

La responsabilità degli Internet Service Provider (ISP)

Introduzione al problema

La Rete Internet in pochi anni ha notevolmente cambiato l'esistenza di tutti noi, con una velocità che per certi versi ci ha lasciato spiazzati.

Come tutte le realtà innovative Internet ha creato una serie di nuovi tipi di relazioni personali e commerciali fra soggetti dai nomi e dalle caratteristiche prima inedite, quali, tra gli altri, gli Internet Service Provider.

Il termine Internet Service Provider (ISP) fa riferimento a fornitori di servizi su Internet che si rivolgono agli utenti finali con un'offerta variegata di servizi.

Il primo e principale di questi servizi è la fornitura dell'accesso alla rete da parte dell'ISP (server/access provider), "propedeutica alla fruizione da parte dell'utente di tutti gli altri servizi telematici offerti da Internet quali quelli della navigazione sul World Wide Web, i servizi d'E-mail [...] Questa è dunque la prima obbligazione dell'Internet Service Provider: garantire agli utenti la possibilità d'accesso alla rete".¹

Ci sono poi altre funzioni, quali ad esempio l'erogazione di spazi sul Web (hosting), la produzione di contenuti (Content Provider) e altri servizi come la messaggiera pubblica (newsgroup, chat) e privata, la fornitura di notizie (news-servers per esempio).

Per questi soggetti si pongono oggi diverse questioni di responsabilità rispetto a violazioni compiute sulla Rete in prima persona o da parte d'utenti che fanno uso delle loro piattaforme tecnologiche e dei loro servizi.

I minori costi di accesso e di pubblicazione infatti hanno generato un incremento numerico di soggetti che entrano in Rete e v'immettono i loro contenuti, con l'inevitabile aumento di probabilità che ve ne siano alcuni che compiono atti illeciti di vario tipo.²

In effetti "le enormi potenzialità diffusive di Internet, strumento che permette di inviare messaggi, immagini, filmati e ogni altro tipo di comunicazione all'interno di pagine web, chatline, mailing lists, newsgroup, ecc., ampliano la gamma dei possibili illeciti fino a ricomprendere fattispecie assai diverse fra loro"³ :

Tutte le forme di "limitazione preventiva" sono poco applicabili poiché è praticamente impossibile pensare ad Internet come ad uno strumento in qualche modo censurabile, a causa della sua dimensione e della sua continua mutevolezza, che deriva dalla struttura stessa con la quale è stato progettato.⁴

Allo stesso tempo però non si può nemmeno considerare la Rete come una sorta di zona franca in cui non si applichi la regolamentazione giuridica, la questione quindi resta scottante, anche ora che, come vedremo, sono stati presi alcuni provvedimenti normativi in proposito.

¹ RENZO RISTUCCIA E LUCA TUFARELLI, *La natura giuridica di Internet e le responsabilità del provider*, www.interlex.it, 19.06.97

² Cfr. REDAZIONALE, *Responsabilità degli Isp sui contenuti illeciti dei siti ospitati*, www.unioneconsulenti.it

³ RUBEN RAZZANTE, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Cedam, Padova 2002, pg.321

⁴ Cfr. REDAZIONALE, *Responsabilità degli Isp sui contenuti illeciti dei siti ospitati*, www.unioneconsulenti.it

Sul piano del diritto infatti il problema di partenza è l'incertezza circa l'applicabilità analogica a Internet delle discipline giuridiche relative ai media tradizionali⁵, posto quindi che "ciò che è illegale off-line lo è anche on-line"⁶ spesso la reale applicazione delle norme si scontra con la difficoltà di far rientrare le fattispecie concrete di Internet all'interno di quelle astratte previste dalla normativa.

Gli illeciti che possono avvenire attraverso la Rete sono molti, tra essi citiamo:

- la violazione delle norme sul diritto d'autore, che si realizza quando documenti, immagini ed altre opere protette sono riprodotte e pubblicate sulla rete senza la necessaria autorizzazione da parte dell'autore o del titolare dei diritti su di esse;
- la diffamazione, avvenuta mediante l'invio di materiale offensivo su un sito della rete;
- la violazione delle norme sul buon costume e contro lo sfruttamento sessuale dei minori, con la pubblicazione di materiale pornografico con minori;
- la violazione delle norme sull'ordine pubblico, con la pubblicazione, ad esempio, di materiale di stampo terroristico;
- la violazione del diritto alla riservatezza, che si ha quando dati riservati o segreti relativi ad un individuo o ad un'organizzazione vengono resi pubblici su un sito *internet* ;
- la concorrenza sleale, nel caso di informazioni false o diffamatorie messe in rete tra imprese concorrenti;
- la violazione delle norme sulla protezione dei marchi⁷

Tra le particolarità del mezzo che rendono estremamente difficile l'applicazione della normativa riferita ai mass-media tradizionali possiamo senz'altro citare la delocalizzazione, che pone problemi d'identificabilità dei soggetti oltre che di giurisdizione (su questo punto si veda ad esempio la sentenza Cassazione Sez.V Penale, 4741/2000, 17 Novembre 2000), le grandi possibilità d'anonimato concesse agli utenti, le modalità peculiari di pubblicazione dei materiali ed altre ancora. Su questo in ogni caso ritorneremo.

Queste considerazioni includono ed introducono la discussione sulla regolamentazione giuridica della responsabilità dei Provider, che è l'argomento di quest'approfondimento monografico, nel caso d'immissione in rete di materiali, immagini o testi, aventi contenuto illecito o d'altre violazioni commesse a mezzo informatico.

Come in tutti i settori ci sono due tipi di responsabilità per gli ISP, quella civile e quella penale. La prima sorge quando un soggetto, attraverso un comportamento illecito, provoca ad un altro soggetto un danno ingiusto. Se sono provati il danno, l'illiceità del comportamento e il rapporto di causa-effetto tra il comportamento e il danno, la sentenza del giudice dispone il risarcimento. Del tutto diversa è la responsabilità penale. Essa esiste solo se una norma di legge prevede un certo comportamento come reato. In linea di principio costituisce reato un atto che determina un diffuso allarme sociale e che l'ordinamento punisce per tutelare la collettività. Ma se un comportamento non è espressamente previsto come reato, semplicemente non è un reato. L'applicazione di una pena per analogia con altri reati non è ammessa. Inoltre la responsabilità penale è personale.

Partendo proprio dall'ultimo punto dunque dovrebbe essere l'autore dell'azione illecita a rispondere della violazione, visto che uno dei principi fondamentali che regolano la responsabilità penale è contenuto nell'art. 27, c. II della Costituzione, che ne sancisce la personalità. In altre parole "si

⁵ Cfr. SERGIO SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su Internet*, www.jei.it

⁶ SERGIO SEMINARA, *op. cit.*, www.jei.it

⁷ Cfr. CARLO GATTEI, *Considerazioni sulla responsabilità dell'Internet provider*, www.interlex.it, 23.11.98

risponde penalmente soltanto per avere commesso consapevolmente (per dolo, salvi i casi eccezionali della colpa) un atto tipico (cioè previsto dalla legge) e antigiusuridico. Corollari di questa impostazione sono: l'impossibilità di rispondere per fatto altrui e quella di attribuire responsabilità penali alle persone giuridiche"⁸.

Come si vede questo disegno normativo è applicabile con difficoltà ad Internet e, di conseguenza, ai provider. E' possibile infatti individuare facilmente l'autore di un illecito (qualora non sia il provider stesso), visto che una delle caratteristiche peculiari di Internet è di consentire azioni a distanza senza dover essere fisicamente presenti nel luogo e che il riconoscimento del soggetto che ha posto in essere una data azione dipende, almeno in astratto, dalla sua precisa intenzione di farsi riconoscere? E qual è la posizione dell'ISP in questa violazione?

Più in generale è direttamente responsabile anch'esso, a livello civile e/o penale, dell'illecito? Il suo è un comportamento concorsuale o comunque negligente? O ancora infine non è soggetto a responsabilità in materia?

"Non è chiaro infatti se come responsabili della distribuzione, divulgazione, pubblicizzazione, detenzione o cessione a terzi debbano intendersi esclusivamente gli autori materiali dell'immissione in Rete dei dati illeciti [...] ovvero anche i proprietari di infrastrutture di telecomunicazione[...] ed i fornitori di servizi"⁹.

Nonostante tali difficoltà per ogni violazione è necessario individuare un responsabile e il più facilmente rintracciabile resta l'Internet Service Provider, allo stesso tempo però "è pure evidente che l'attribuzione agli ISP di un regime troppo gravoso di responsabilità finirebbe per inibirne o, almeno, ridurre l'attività con conseguenze facilmente prevedibili sullo sviluppo delle Rete e sulle enormi possibilità che la stessa fornisce sia nel campo dei rapporti economici che in quello dello sviluppo della personalità e della libertà di manifestazione del pensiero"¹⁰.

Sono tutti problemi che andremo a trattare subito qui sotto.

Le possibili responsabilità imputabili all'ISP (panoramica sul tema)

A livello puramente introduttivo possiamo individuare tre figure di responsabilità per gli ISP ¹¹:

- A) L'ISP è l'autore dell'illecito (art. 2043 del Codice Civile)
- B) L'ISP ha una responsabilità di tipo concorsuale nell'illecito (art. 2055 del Codice Civile)
- C) L'ISP ha una responsabilità dovuta a negligenza, non avendo attuato gli opportuni controlli che avrebbero potuto impedire lo svolgimento dell'illecito (art. 2049 del Codice Civile)

Alcuni autori¹² poi distinguono tra "illeciti di Internet", ovvero quelle violazioni commesse dai soggetti che regolano l'accesso alla rete, "illeciti contro Internet", ovvero quelle attività commesse dagli utenti a danno della rete e dei suoi operatori, ed infine "illeciti per mezzo di Internet", cioè

⁸ ANDREA MONTI, *Uno spettro si aggira per l'Europa: la responsabilità del provider*, www.interlex.it, 12.10.2000

⁹ SERGIO SEMINARA, *La Responsabilità penale degli operatori su Internet*, www.jei.it

¹⁰ L.BUGIOLACCHI, *Principi e questioni aperte in materia di responsabilità extracontrattuale dell'Internet Provider. Una sintesi di diritto comparato*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2000, pp.836

¹¹ Cfr. RUBEN RAZZANTE, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Cedam, Padova 2002, pg.321

¹² Cfr. SABRINA MAGLI e MARCO SAVERIO SPOLIDORO, *La responsabilità degli operatori in Internet: profili interni e internazionali*, *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 1997, pagg. 61 e segg

tutte le violazioni commesse attraverso la rete, per il nostro argomento tuttavia risulta più interessante la prima distinzione di cui sopra.

Il primo caso in effetti è quello meno problematico, in questa situazione infatti è lo stesso ISP ad aver prodotto il contenuto illecito (es. Content Provider) o ad aver messo “a disposizione degli utenti del servizio i dati che manipola come moderatore di un newsgroup o di una mailing list”¹³, si tratta in tal caso della “normale responsabilità che grava su chiunque per fatto proprio: così, il c.d. content provider, ossia il provider che fornisce contenuti, risponde direttamente per eventuali illeciti perpetrati con la diffusione dei medesimi”¹⁴. Lo stesso codice di autoregolamentazione dell’AIP (Associazione Italiana Internet Provider), di cui parleremo diffusamente, afferma che “il fornitore di contenuti è responsabile delle informazioni che mette a disposizione del pubblico [...] Nessun altro soggetto di Internet può essere ritenuto responsabile, salvo che sia dimostrata la sua partecipazione attiva.

Per partecipazione attiva si intende qualsiasi partecipazione diretta all’elaborazione di un contenuto”¹⁵. Non si tratta dunque di una questione particolarmente problematica.

Il punto B) invece si presenta decisamente più complesso, in quanto presuppone che l’ISP sia a conoscenza del fatto che qualcuno compie illeciti attraverso la propria infrastruttura tecnologica ed abbia consapevolmente fornito l’accesso a dati illeciti immessi da altri (art 2055 c.c., concorso di colpa).

Il problema principale è relativo all’esistenza di una reale possibilità tecnica per l’ISP di conoscere tutti i contenuti e servizi ospitati o gestiti sui suoi server e della modalità con cui essa può concretizzarsi.

Inoltre, anche ammettendo che il Provider sia a conoscenza di tali illeciti, quali sono i suoi margini di intervento?

Parte della dottrina sostiene che se l’ISP è a conoscenza del contenuto illecito delle pagine ospitate è un suo preciso dovere l’eliminazione dei contenuti illeciti attraverso l’oscuramento e la cancellazione delle pagine incriminate¹⁶.

Questa ipotesi però non pare attuabile in virtù del fatto che il Provider stesso non ha l’autorità di eliminare qualcosa che, dal punto di vista del diritto di proprietà, non gli appartiene, visto che il contratto di hosting (o di altro tipo di servizio) tutela la proprietà intellettuale dell’utente finale.

Ne tratteremo ancora in seguito

Arrivando poi a C) la situazione di responsabilità è di colpa per omesso controllo (art.2049 c.c., responsabilità del padrone o committente), che avviene “tutte le volte che l’ISP non impedisce l’evento illecito, poiché non controlla la liceità dei contenuti immessi dall’esterno sul server da lui gestito. Questa terza figura è assimilabile a quella ricavabile dall’art.57 c.p.(responsabilità del direttore o vicedirettore responsabile di uno stampato periodico)”¹⁷.

¹³ RUBEN RAZZANTE, *op.cit*, pg.321

¹⁴ GIUSEPPE CASSANO E FRANCESCO BUFFA, *Responsabilità del content provider e dell’host provider*, www.altalex.it, 14.02.2003

¹⁵ Cfr. <http://www.aip.it/autoreg.html>

¹⁶ Cfr. REDAZIONALE, *Responsabilità degli Isp sui contenuti illeciti dei siti ospitati*, www.unioneconsulenti.it

¹⁷ RUBEN RAZZANTE, *Manuale di diritto dell’informazione e della comunicazione*, Cedam, Padova 2002, pg.321

Il già citato codice di autoregolamentazione dell'AIIP su questo punto è molto chiaro “*La fornitura di prestazioni tecniche senza conoscenza del contenuto non può presumere la responsabilità dell'attore che ha fornito tali prestazioni*”¹⁸.

In effetti a tale proposito è difficile dimostrare che l'ISP conosca esattamente il contenuto di una certa pagina o servizio in quanto esse possono essere modificate continuamente, velocemente e lasciando poche tracce. Inoltre l'obbligo di avere un direttore responsabile, ai sensi dell'art.3 della legge 7 marzo 2001, n. 62, è estendibile ai siti internet solo quando essi sono dei prodotti editoriali e fanno informazione in modo professionale e continuato.

Per attribuire una responsabilità all'ISP senza fare riferimento alla figura del responsabile editoriale poi si è talvolta fatto ricorso all'art. 2050 c.c., assimilando l'attività di gestione di un server di rete alle attività cosiddette pericolose, con la conseguenza che in caso di un fatto illecito commesso da un utente di un sito internet, anche il gestore del sito può essere considerato responsabile, salvo non provi "di aver adottato tutte le misure idonee per evitare il danno". Tra le "misure idonee" si è compreso, ovviamente, il monitoraggio di tutti messaggi inviati sul proprio sito¹⁹.

Infine sono stati citati talvolta in materia anche l'art. 2051 c.c., riguardante le “cose in custodia”, e l'art.18 della legge 31 dicembre 1996, n.675, che richiama da vicino il già citato art. 2050 c.c.

Infine cosa succede nel caso in cui siano divulgate e-mail o comunicazioni personali all'interno di newsgroups? A parte l'impossibilità pratica di effettuare il controllo di tutti i contenuti dei messaggi il Provider è bloccato anche dalla Costituzione Italiana, art.15 comma uno: "La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili. Solo l'Autorità Giudiziaria può delimitarla per atto motivato e con le condizioni stabilite dalla legge”.

Come si vede i problemi sul tappeto sono tutt'altro che di facile soluzione.

Per comprendere meglio la situazione odierna può essere interessante ripercorrere lo sviluppo legislativo e, soprattutto, dottrinale e giurisprudenziale della materia nei vari paesi per capire quali sono le tendenze evolutive del momento.

Alcuni casi internazionali di riferimento (evoluzione della disciplina giurisprudenziale e normativa)

Stati Uniti d'America

Gli Stati Uniti, anche in virtù del loro vantaggio tecnologico, sono stati il primo paese in cui si sono verificate controversie e sentenze relative alla questione della responsabilità degli ISP, vediamo alcune, tenendo presente che le figure di responsabilità possibili negli USA sono grossomodo assimilabili²⁰ alle tre presentate all'inizio di questa trattazione (pg.3).

Il diritto statunitense infatti riconosce tre tipi diversi di responsabilità: il primo tipo è quello della responsabilità attribuita al soggetto che ha direttamente compiuto la violazione (*direct liability* o *liability for direct infringement*). La responsabilità per fatti causati da terzi è invece distinta in due differenti tipologie: la responsabilità da concorso colposo (*contributory liability*), che si ha quando il soggetto responsabile, pur non essendo il diretto esecutore della violazione, contribuisce in un qualche modo alla sua realizzazione e ne è a conoscenza (*actual knowledge*) o comunque ha

¹⁸ Cfr. nota 15

¹⁹ Cfr. CARLO GATTEI, *Considerazioni sulla responsabilità dell'Internet provider*, www.interlex.it, 23.11.98

²⁰ Cfr. RUBEN RAZZANTE, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Cedam, Padova 2002, pg.322

motivo di esserlo (*reason to know*), e la responsabilità indiretta (*vicarious liability*), che si verifica quando il soggetto responsabile ha il compito e la possibilità di controllare (*the right and ability to supervise*) l'attività svolta dal terzo che ha direttamente commesso la violazione e quando, a seguito di questa, tragga un vantaggio economico. In quest'ultimo caso nessun valore è dato al fatto che il responsabile indiretto conosca o no il comportamento illecito del terzo²¹.

Rispetto al nostro ordinamento la *direct liability* è assimilabile alla previsione dell'articolo 2043 del Codice Civile, relativo alla responsabilità civile extracontrattuale. La *contributory liability* è a sua volta paragonabile all'art. 2055 del Codice Civile (Concorso di colpa) mentre la *vicarious liability* è assimilabile a quanto previsto all'art.2049 del Codice Civile (Responsabilità del padrone o committente).

Riguardo alla normativa applicabile, occorre anche ricordare che gli Stati Uniti partecipano alle varie convenzioni internazionali in materia di copyright, recepite mediante alcune leggi interne in materia. In particolare l'*US Copyright Act*, modificato nel 1976, riconosce come violazione del copyright il caso di trasmissione attraverso canali televisivi effettuata senza le necessarie autorizzazioni da parte del legittimo titolare dei diritti commerciali (U.S.C.A. 111 (c)). La stessa norma è oggi estesa al caso di comunicazioni via rete telematica. In particolare, l'*US Copyright Act* riconosce al titolare del copyright (U.S.C.A. 106):

1. il diritto di riprodurre l'opera protetta;
2. il diritto di distribuire copie dell'opera al pubblico;
3. il diritto di rendere pubblica l'opera protetta.

L'*US Copyright Act* definisce (17 U.S.C.A. 101) il concetto di "rendere pubblica" un'opera come l'atto di mostrare una copia di essa o direttamente, oppure attraverso un filmato, una fotografia, immagini televisive, od infine mediante altri "meccanismi o processi", comprese quindi le trasmissioni via rete telematica.

Il primo giudizio in materia di responsabilità di un ISP, *Cubby v. Compuserve Inc.* del 1991, riguardava l'invio, da parte di un utente, di messaggi diffamatori registrati poi sul server del provider Compuserve.

Nella sentenza si è avuta l'assoluzione del Provider che "viene equiparato ad una libreria il cui gestore non può essere considerato responsabile di ciò che è scritto all'interno dei libri esposti nello scaffale. Viene ipotizzata una responsabilità del provider solo ove si riesca a dimostrare che lo stesso provider si comporti da editore e non da distributore occupandosi di effettuare direttamente una revisione critica del materiale da pubblicare"²².

Questo primo caso dunque tenderebbe a liberare da ogni responsabilità il Provider nel momento in cui esso si comporti da mero punto di distribuzione dei contenuti.

Nelle successive sentenze tuttavia, *Playboy Enterprises, Inc. v. Frena* del 1993 e *Sega Entertainment, Ltd. v. Maphia* del 1994, ai provider vennero attribuite delle responsabilità per violazioni del copyright, nel primo caso come diretto responsabile della diffusione del materiale, nel secondo invece "per aver messo a disposizione sul proprio *server* gli strumenti necessari per copiare

²¹ Cfr. CARLO GATTEI, *Considerazioni sulla responsabilità dell'Internet provider*, www.interlex.it, 23.11.98

²² RENZO RISTUCCIA e LUCA TUFARELLI, *La natura giuridica di Internet e le responsabilità del provider*, www.interlex.it, 19.06.97

i videogame protetti incoraggiando i suoi utenti a caricare e scaricare i videogiochi. Fu in particolare attribuita al *provider* una responsabilità di tipo concorsuale (*contributory liability*) perché a conoscenza delle violazioni commesse dagli utenti del suo sistema”²³.

Nel caso successivo, *Stratton Oakmont Inc vs. Prodigy* (Supreme Court of New York, Nassau County, 1995) la società di consulenza finanziaria Stratton Oakmont aveva citato in giudizio il provider Prodigy affermando di essere stata denigrata da una serie di messaggi pubblici apparsi in un forum finanziario, in cui si asseriva che il presidente della Stratton era stato incriminato per vari reati²⁴. La Prodigy si era difesa sostenendo che, nella sua qualità di distributore non poteva essere chiamata a rispondere di azioni intraprese da terzi, e ciò anche perché non aveva alcun controllo sulle notizie pubblicate, in conformità con la sentenza precedente (tra l’altro stiamo parlando di un sistema di Common Law).

Nell’indagine tuttavia era emerso che Prodigy operava un controllo, seppur parziale, sui contenuti della messaggistica pubblica attraverso agenti software che provvedevano ad eliminare tutti i messaggi osceni, per questo la Corte di New York ha stabilito che Prodigy o un altro Provider che compia operazioni di filtraggio “può essere citato in giudizio per rispondere dei danni causati da un atto diffamatorio come se si trattasse di una televisione, un giornale ovvero un editore”²⁵. Nello stesso anno tuttavia, nella controversia *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services* del 1995, No. C-95-20091 RMW (N.D. Cal. nov. 21, 1995), la Corte si è di nuovo mossa verso l’esclusione della responsabilità dell’*internet provider*.

Nel caso specifico alcune copie di materiale appartenente alla setta di Scientology erano state messe in rete, senza la necessaria autorizzazione, da parte di un utente di Netcom On-Line, Dennis Erlich. La comunicazione avvenne all’insaputa del provider che forniva l’accesso al proprio newsgroup senza aver predisposto alcun controllo sugli interventi dei vari utenti²⁶.

In questo caso la Corte si è mossa nella direzione di non considerare responsabile Netcom On-Line in quanto il provider non effettuava alcun controllo sul materiale e si comportava quindi da semplice vettore tecnologico neutrale.

Le due sentenze *Stratton Oakmont Inc vs. Prodigy* e *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services* hanno dunque portato ad individuare una divisione fra “gli *access provider*, ossia coloro che forniscono semplicemente l’accesso ad un canale di comunicazione [...] e i *service provider*, che oltre a fornire un accesso alla rete, eseguono varie forme di controllo o di monitoraggio sul materiale inviato sul loro *server*”²⁷.

La penalizzazione dei service provider, assimilati a editori, ha avuto come conseguenza, nel periodo immediatamente successivo, il fatto che “i consulenti legali statunitensi suggerirono rapidamente a tutti gli *internet provider* di evitare qualsiasi forma di controllo e di monitoraggio [...]

²³ CARLO GATTEI, *Considerazioni sulla responsabilità dell’Internet provider*, www.interlex.it, 23.11.98

²⁴ Cfr. RENZO RISTUCCIA e LUCA TUFARELLI, *op. cit.*, www.interlex.it 19.06.97 e RUBEN RAZZANTE, *op. cit.*, Cedam, Padova 2002, pg.323

²⁵ RENZO RISTUCCIA e LUCA TUFARELLI, *op. cit.*, www.interlex.it, 19.06.97

²⁶ Cfr. CARLO GATTEI, *Considerazioni sulla responsabilità dell’Internet provider*, www.interlex.it, 23.11.98

²⁷ CARLO GATTEI, *op. cit.*, www.interlex.it, 23.11.98

pubblicizzando chiaramente in rete la piena libertà e responsabilità attribuite dal provider ai propri utenti”²⁸.

Bisogna dire però che qualcosa è cambiato dal 1996, anno in cui è intervenuta una modifica del Telecommunications Act (che in tal modo è diventato il primo tentativo, su scala mondiale, di introdurre sanzioni nell'ambiente di Internet), “in base alla quale un ISP di un sistema interattivo non può essere considerato responsabile, al pari di un editore, delle informazioni fornite e comunicate da terzi”²⁹. Nel Communication Decency Act inoltre si stabilisce il principio secondo cui nessun provider né utente può essere trattato, dal punto di vista della responsabilità, come un editore (titolo 47, U.S.C/230 C).

Gli effetti di questo provvedimento si sono avvertiti già nella sentenza sul caso *Zeran v. American On Line* del 1997, in cui si è esclusa la responsabilità del provider rispetto a dei messaggi diffamatori inviati da un utente sul server di AOL, anche se, aspetto importante, il provider era a conoscenza di tali contenuti ed anzi aveva avuto richiesta di eliminazione degli stessi da parte dell'interessato.

La situazione in alcuni Paesi europei

Il Regno Unito ha una normativa che prevede la responsabilità diretta dell'ISP che si qualifichi come content provider, ossia che non si comporti da mero vettore di diffusione di informazioni altrui. Inoltre il provider risulta responsabile dei contenuti diffusi da altri in caso effettui qualche operazione di monitoraggio regolare sul materiale che viene immesso sui suoi server³⁰.

Nel caso di violazione del copyright viene applicato l'*UK Copyright, Designs and Patents Act*, modificato nel 1988, che disciplina esplicitamente le comunicazioni televisive, ma viene esteso anche alle comunicazioni su rete telematica. Il primo tipo di responsabilità per violazione delle norme sul copyright è la cosiddetta *primary liability* che si ha in capo a colui che direttamente compie la violazione (una fattispecie analoga alla *direct liability* statunitense). Diverso è invece il caso del cosiddetto *secondary infringement*. In particolare, il par. 24 dell'*UK Copyright, Designs and Patents Act* stabilisce, anche se relativamente alle comunicazioni via fax, che colui che, senza l'autorizzazione da parte del titolare dei diritti, trasmette copia dell'opera protetta mediante un sistema di telecomunicazione è responsabile in via indiretta (*secondary infringement*) purché conosca o sia tenuto a conoscere (*knowing or having reason to believe*) che la comunicazione comporta una violazione delle norme sul copyright. Tale norma può essere estesa al caso di responsabilità del provider che andrebbe quindi considerato responsabile sia se partecipa direttamente all'illecito (*primary infringement*), sia se ne è a conoscenza o ha la possibilità di conoscere la violazione (*secondary infringement*). “A parte quindi la responsabilità diretta del provider nell'illecito, la discriminante per un'eventuale responsabilità del provider per violazioni commesse da terzi è la loro conoscibilità (*knowledge or reason to believe*). La norma va quindi interpretata nel senso di escludere comunque una responsabilità di tipo preventivo per fatti compiuti da terzi - il provider non può essere a conoscenza dell'illecito fintanto che questo non si manifesta -

²⁸ CARLO GATTEI, *op. cit.*, www.interlex.it, 23.11.98

²⁹ RUBEN RAZZANTE, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Cedam, Padova 2002, pg.323

³⁰ Cfr. RUBEN RAZZANTE, *op. cit.*, pg.324

e di introdurre una responsabilità indiretta (*secondary liability*) del provider salvo che questi non provi l'incolpevole mancata conoscenza dell'illecito³¹.

Rispetto a possibili violazioni del copyright citiamo un caso del novembre 1996, quando alcuni brani di due canzoni del complesso irlandese degli U2 furono "rubati" e pubblicati su un sito *Web* di un provider ungherese: la band riuscì a far chiudere il sito internet per violazione del copyright³². In realtà poi parte dei brani rubati ormai erano diffusi in Rete anche da altri soggetti, a testimonianza della difficoltà di controllare, con metodi esclusivamente repressivi, questo settore. A margine occorre ricordare che la disciplina britannica del copyright su Internet è una semplice estensione di quella prevista per le comunicazioni televisive, quindi non può considerarsi adeguata in tutte le situazioni³³.

Per quanto riguarda poi le comunicazioni offensive o diffamatorie, in Gran Bretagna chiunque partecipi alla loro diffusione è considerato responsabile al pari dell'autore. Per i meri fornitori però è ammessa la difesa della cosiddetta *innocence dissemination*: un fornitore non può essere considerato responsabile per il contenuto di ciò che vende o distribuisce se dimostra che, oltre a non aver partecipato alla creazione del materiale offensivo o diffamatorio (par. 1 *Defamation Act 1996*), non era a conoscenza del contenuto di tale materiale, né era in grado di conoscerlo avendo mantenuto un comportamento diligente (*reasonable care*). Il par. 1 del *Defamation Act* stabilisce inoltre che il comportamento diligente (*reasonable care*) del fornitore va considerato tenendo conto sia della eventuale partecipazione del soggetto nella creazione e pubblicazione del materiale offensivo, della natura delle circostanze che hanno dato origine alla pubblicazione, sia infine della precedente condotta o del carattere dell'autore del messaggio.

Il *Defamation Act* del 1996 esplicitamente si riferisce al responsabile di un sistema informatico al par. 1 in cui si afferma che una persona non può essere considerata né un autore, né un editore o un responsabile editoriale se viene coinvolto nella semplice trasmissione in formato elettronico del materiale offensivo o nella gestione del sistema elettronico attraverso il quale il materiale viene cercato, copiato, distribuito e reso accessibile agli utenti. Allo stesso modo un provider non può essere considerato autore o editore o comunque un responsabile editoriale, pur essendo il titolare del sistema di comunicazione attraverso il quale la comunicazione offensiva viene trasmessa, nel caso in cui questi non abbia alcun controllo sulle comunicazioni inviate al proprio server. In Gran Bretagna si riconosce quindi una responsabilità del provider per materiale offensivo prodotto da terzi nel solo caso in cui questi esegua una qualche forma di controllo o di monitoraggio sulle comunicazioni dei propri utenti, ovvero quando si comporta come un responsabile editoriale. Negli altri casi, sulla base del par. 1 del *Defamation Act* il *provider* può sempre ricorrere alla difesa della *innocence dissemination* che lo equipara ad un semplice fornitore di informazioni purché non sia a conoscenza del messaggio offensivo e abbia sempre mantenuto un comportamento diligente³⁴.

In Francia un primo caso di responsabilità extracontrattuale si è avuto nel febbraio del 1999, quando il provider Altern.org è stato condannato dalla Corte d'Appello di Parigi per la diffusione su uno dei suoi siti di foto "ose" di Estelle Hallyday, fotomodella moglie del figlio del rocker francese, Johnny Hallyday. Il caso risale al 1997, la fotomodella sparse denuncia e le foto non autorizzate furono ritirate ancor prima del processo.

³¹ CARLO GATTEI, *Considerazioni sulla responsabilità dell'Internet provider*, www.interlex.it, 23.11.98

³² Cfr. CARLO GATTEI, *op. cit.*, www.interlex.it, 23.11.98

³³ Cfr. RUBEN RAZZANTE, *op. cit.*, pg.324

³⁴ CARLO GATTEI, *Considerazioni sulla responsabilità dell'Internet provider*, www.interlex.it, 23.11.98

Il provider ricorse comunque in appello e “il 10 febbraio il tribunale di seconda istanza, pur escludendo "in generale" una responsabilità del gestore del sito, ha condannato Altern.org a 120 milioni di vecchie lire di risarcimento. Gli specialisti affermano che l'ospitante dei siti e' responsabile dei contenuti delle pagine fin quando l'editore del sito in causa non e' identificato o non si manifesta con certezza”³⁵.

La Corte in effetti ha ritenuto che un provider che ospita anonimamente nel suo spazio persone che mettono in linea contenuti di varia natura “eccede evidentemente il ruolo tecnico di un semplice trasmettitore d'informazione e deve obbligatoriamente assumersi, nei confronti di terzi dei quali si sarebbero violati i diritti in tali circostanze, le conseguenze di un'attività che ha deliberatamente intrapreso”³⁶.

L'ISP dunque non ha obbligo di controllo sul contenuto dei siti ma è comunque responsabile, visto il suo consenso al mantenimento dell'anonimato da parte dei fornitori dei contenuti. Una sentenza del Tribunale di Nanterre (8 dicembre 1999) ha precisato questa responsabilità in un obbligo generale di prudenza e diligenza, ulteriormente esplicitato in informazione (ai creatori dei contenuti circa il rispetto dei diritti di terzi), vigilanza e azione (bloccare l'accesso al sito se viene segnalata una lesione). Questo provvedimento cerca di raggiungere un equilibrio tra “l'esigenza di assicurare l'individuazione di un responsabile e quella di non far gravare sui provider obblighi effettivamente inesigibili”³⁷.

Questo tipo di previsioni si è infine concretizzato nella legge 719/2000, che prevede per i Provider l'obbligo di informare gli utenti circa il rispetto dei diritti di terzi e a proposito della possibilità di restringere o bloccare l'accesso a determinati servizi in caso di comportamenti illegittimi.

In Olanda la giurisprudenza si è orientata a limitare la responsabilità dell'ISP alla sola partecipazione diretta alla fattispecie criminosa³⁸.

Le sentenze di riferimento sono due: la prima è del 1995, quando il Tribunale di Rotterdam si trovò a valutare la violazione delle norme sul copyright dovuta a scambio di software illegittimamente copiato tra gli utenti di un server. In questo caso “il provider fu riconosciuto responsabile in quanto aveva consapevolmente modificato il proprio server consentendo il caricamento e la riproduzione di file dal proprio sito internet . Il provider fu riconosciuto direttamente responsabile della violazione per negligenza in quanto avrebbe potuto e dovuto prevedere un comportamento illecito da parte dei suoi utenti”³⁹.

La seconda decisione è del Tribunale dell'Aia nel 1996, e riguarda invece la violazione del copyright di materiale appartenente alla Chiesa di Scientology attraverso il trasferimento di file su un newsgroup. La Corte sostenne che “il provider aveva semplicemente fornito agli utenti uno spazio dove poter discutere, il newsgroup appunto, e che nessun obbligo di controllo sul materiale

³⁵ ANSA 24-FEB-99 18:09, Riportata in www.interlex.it, 01.03.98

³⁶ L.BUGIOLACCHI, *Principi e questioni aperte in materia di responsabilità extracontrattuale dell'Internet Provider. Una sintesi di diritto comparato*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2000, pp.850

³⁷ L.BUGIOLACCHI, *op. cit.*, pp.850

³⁸ RUBEN RAZZANTE, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Cedam, Padova 2002, pg.323

³⁹ CARLO GATTEI, *Considerazioni sulla responsabilità dell'Internet provider*, www.interlex.it, 23.11.98

in rete poteva essere riconosciuto in capo al provider per cui si escludeva una qualsiasi forma di responsabilità”⁴⁰. Questa sentenza dunque ha stabilito che il provider non è responsabile di tutto il materiale presente sul server e che esso è obbligato ad intervenire in seguito ad una violazione ma soltanto se: “(1) questi sia a conoscenza del comportamento dell'utente, o se almeno questo comportamento sia verosimilmente conoscibile, e (2) che la violazione dell'utente sia inequivocabilmente chiara, ovvero che non vi sia alcun dubbio sulla illiceità del comportamento del terzo”⁴¹. Per questo un provider si può difendere sia sostenendo di non essere a conoscenza della situazione di illecito sia dicendo che, al momento del controllo, la violazione non era chiara ed esplicita.

Infine in materia di diffamazione, nel Codice Penale olandese esiste una norma (par. 53 e 54) che esclude la responsabilità dell'editore se questi non ha alcun controllo sul materiale pubblicato. Si può quindi ritenere che in Olanda in materia di diffamazione commessa su rete telematica la responsabilità del provider sia limitata alla sola partecipazione diretta alla fattispecie criminosa.

In Germania un caso di violazione delle norme sul copyright fu risolto da una corte locale nel 1996 con l'applicazione delle norme sul responsabile editoriale e con il riconoscimento della conseguente responsabilità penale del provider che avrebbe avuto l'obbligo di controllare la legittimità del materiale inviato dai propri utenti. Secondo la Corte tedesca questo controllo non solo era tecnicamente possibile, ma poteva essere preteso verso tutti i provider. In materia di diffamazione, l'orientamento della Corte federale tedesca era quello di limitare la responsabilità dell'editore, e quindi per analogia anche quella del provider, alle sole affermazioni "dichiaratamente" offensive. La Corte distrettuale di Stoccarda nel 1997 si trovò a dover discutere un caso di diffamazione commesso su un provider, sostenendo che sarebbe stato impossibile riconoscere in capo al responsabile del provider un obbligo di controllo di tutto il materiale inviato dai propri utenti. Una responsabilità quindi poteva soltanto ammettersi nel caso in cui il provider fosse a conoscenza o avesse potuto conoscere l'esistenza del materiale offensivo.

La legislazione tedesca per altro si è dotata molto presto, con la legge 22 luglio 1997 sui servizi di informazione e di comunicazione (*Gesetz zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations- und Kommunikationsdienste* o *IuKDG*), di una compiuta normativa espressamente concernente la responsabilità degli operatori su Internet⁴².

Infatti l'art. 5 della suddetta legge dispone che:

1. I fornitori di servizi sono responsabili secondo le leggi generali dei propri materiali da essi resi disponibili.
2. I fornitori di servizi sono responsabili dei materiali altrui da essi resi disponibili solo se hanno conoscenza dei loro contenuti e sia tecnicamente possibile ed esigibile impedirne la disponibilità.
3. I fornitori di servizi non sono responsabili dei materiali altrui ai quali essi hanno fornito solo l'accesso. Un'automatica e di breve durata ritenzione di materiali altrui, conseguente alla richiesta di utenti, va intesa come fornitura di accesso.
4. Qualora, nel rispetto della riservatezza delle comunicazioni a distanza di cui al § 85 della legge sulle telecomunicazioni, il fornitore di servizi acquisisce conoscenza di contenuti illeciti e una chiusura sia tecnicamente possibile ed esigibile, rimangono salvi, secondo le leggi generali, gli obblighi di impedimento della disponibilità di tali materiali

⁴⁰ CARLO GATTEI, *op. cit.*, www.interlex.it, 23.11.98

⁴¹ CARLO GATTEI, *op. cit.*, www.interlex.it, 23.11.98

⁴² SERGIO SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, www.jei.it

La legge tedesca quindi pone una duplice distinzione: disponibilità vs. indisponibilità dei materiali e loro proprietà vs. altruità: il primo aspetto riguarda l'accesso ai materiali mentre il secondo, fa riferimento al titolare della loro proprietà, qualificando la "riconducibilità al provider (che può essere pure il titolare di una homepage), il quale si presenta come l'autore del materiale - anche in quanto se ne sia appropriato, non indicandone la paternità - ovvero, laddove eserciti un controllo preventivo di congruità e/o di liceità sui materiali da rendere accessibili, come responsabile della loro immissione in rete". La IuKDG distingue inoltre due figure di provider : il fornitore di servizi, o service provider , e il fornitore di un accesso alla rete, o access provider . Il service provider è colui che, oltre a predisporre per i propri utenti un accesso alla rete, è un fornitore d'informazioni - direttamente o tramite terzi - sulla rete stessa. Si deve quindi intendere che qualsiasi provider che predisponga proprie pagine Web a cui gli utenti possono accedere debba essere considerato un service provider . Il service provider va considerato responsabile sia per il materiale illecito da lui creato o riprodotto e messo a disposizione per i propri utenti (par. 5 IuKDG,⁴³), sia per il materiale illecito prodotto da altri e messo a disposizione sul suo server .La responsabilità per i materiali altrui risulta in ogni caso subordinata, anzitutto, alla conoscenza del contenuto illecito, inteso come dato effettivo e non semplicemente potenziale. Nei confronti del provider sussiste dunque "il dovere - esigibile e tecnicamente possibile - di sopprimere i materiali illegali contenuti nel server da lui gestito e dei quali egli in qualsiasi modo abbia acquisito conoscenza"⁴⁴.

Possiamo notare subito come questa normativa si trovi in accordo con i principi successivamente indicati dalla direttiva 2000/31/CE, di cui parleremo in seguito, che cerca di temperare l'esigenza del controllo con la possibilità per i Provider di non essere gravati da oneri di controllo eccessivi, tali da bloccarne l'attività.

Questa normativa ha visto subito un'applicazione importante in un decreto d'archiviazione emesso il 13 febbraio 1998 dalla Procura generale presso la Corte di Cassazione tedesca⁴⁵, relativamente ad un procedimento penale che vedeva coinvolti più provider come imputati d'agevolazione in istigazione e apologia di reati.

Nel provvedimento infatti si ribadisce il fatto che "la condotta del provider consistente nell'apertura d'accessi ad Internet per gli utenti non è antiggiuridica in sé ma anzi, alla luce delle esigenze dell'attuale società dell'informazione e in particolare anche della scienza, risulta socialmente diffusa e auspicata" ma implica un onere di controllo per i provider, che devono essere considerati come destinatari di determinati "doveri per la sicurezza del traffico". Questi doveri si concretizzano nel momento in cui diviene nota l'intenzione o il comportamento illecito, mentre non si può ipotizzare nessun controllo preventivo, che non risulterebbe né possibile né esigibile.

In sintesi la giurisprudenza europea sembra avviarsi verso una responsabilità del provider per violazione del copyright più estesa rispetto alla responsabilità per materiale offensivo o diffamatorio. Nel primo caso si ritiene che vi sia un obbligo in capo al provider di bloccare la violazione nel momento in cui ne venga a conoscenza, o, in alcuni casi, come in Gran Bretagna, nel momento in cui la violazione risulta essere conoscibile. Sia in Germania che in Olanda, ma non in Gran Bretagna ed in Francia, la responsabilità per diffamazione risulta invece limitata alla partecipazione diretta al fatto criminoso. Una ulteriore questione, affrontata soltanto dai giudici olandesi ma di fondamentale importanza, è il problema della riconoscibilità dell'illiceità di un comportamento. Al riguardo il Tribunale dell'Aia ha considerato esistente un obbligo d'intervento

⁴³ CARLO GATTEI, *Considerazioni sulla responsabilità dell'Internet provider*, www.interlex.it, 23.11.98

⁴⁴ SERGIO SEMINARA, *op. cit.*, www.jei.it

⁴⁵ Testo reperibile all'URL <http://www.jura.uni-sb.de/jurpc/rechtspr/19980017.htm>

solo in presenza di una violazione inequivocabilmente chiara. Infine, in Germania, in Gran Bretagna e Olanda si esclude comunque una qualsiasi responsabilità in capo al "mero fornitore" d'accesso alla rete telematica.

Unione Europea

L'Unione Europea si è dotata di provvedimenti volti all'armonizzazione della normativa su Internet degli Stati membri, al fine di rendere reale lo scambio e la libera concorrenza anche in questo settore. Possiamo citare due direttive europee relative a questo campo, in materia di commercio elettronico (2000/31/CE) e di diritti d'autore nella società dell'informazione (2001/29/CE).

Nella nostra analisi siamo interessati soprattutto alla prima, che si propone di creare regole uniformi per il commercio elettronico e in particolare, si propone di fornire indicazioni comuni relativamente alle regole da applicare alla prestazione di servizi delle società dell'informazione. Tali servizi sono precisati attraverso il rinvio ad altre direttive comunitarie, la 98/34/CE, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione, e la 98/84/CE, sulla tutela dei servizi ad accesso condizionato e dei servizi d'accesso condizionato. I servizi della società dell'informazione sono definiti come "qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica, mediante apparecchiature elettroniche d'elaborazione (compresa la trasmissione digitale) e di memorizzazione dei dati e a richiesta individuale di un destinatario di servizi"⁴⁶.

La direttiva 2000/31/CE c'interessa in quanto contiene (Sezione quattro, Responsabilità dei prestatori intermediari), negli art.12-15, una serie di previsioni relative ai prestatori intermediari, definiti "la persona fisica o giuridica che presta un servizio della società dell'informazione"⁴⁷, fra cui possiamo far rientrare sicuramente anche gli ISP.

La direttiva, all'art.12 (Semplice trasporto -"Mere conduit"), recita:

1. Gli Stati membri provvedono affinché, nella prestazione di un servizio nella società dell'informazione consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazioni, informazioni fornite da un destinatario del servizio, o dal fornire un accesso alla rete di comunicazione, il prestatore non sia responsabile delle informazioni trasmesse a condizione che egli:

- a) Non dia origine alla trasmissione
- b) Non selezioni il destinatario dell'informazione
- c) Non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse

2. Le attività di trasmissione e di fornitura d'accesso di cui al comma uno includono la memorizzazione automatica, intermedia e transitoria delle informazioni trasmesse, a condizione che essa serva solo alla trasmissione sulla rete di comunicazione e che la sua durata non ecceda il tempo ragionevolmente necessario a tale scopo.

⁴⁶ GIANFRANCO PUOPOLO E LAURA LIGUORI, *La direttiva 2000/31/CE e la responsabilità del provider*, www.interlex.it, 07.09.2000

⁴⁷ GIANFRANCO PUOPOLO E LAURA LIGUORI, *La direttiva 2000/31/CE e la responsabilità del provider*, www.interlex.it, 07.09.2000

3. Il presente articolo lascia impregiudicata la possibilità, secondo gli ordinamenti degli Stati membri, che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa esiga che il prestatore impedisca o ponga fine ad una violazione.

Anche in campo comunitario dunque si fissa il principio della divisione fra meri servizi d'accesso e servizi di fornitura/produzione di contenuti e la relativa differenziazione di responsabilità, dunque la direttiva tende a non attribuire una responsabilità al prestatore, e quindi anche al provider, che si comporti da mero fornitore d'accesso, senza una produzione propria di contenuti (comma uno, lettera a), non faccia selezioni di destinarlo (comma uno, lettera b) e non metta in atto operazioni di filtraggio. Si tratta di una scelta che di fatto sposa i più recenti filoni giurisprudenziali, statunitensi ed europei, di cui abbiamo precedentemente parlato. Un Provider che sia un semplice vettore sarebbe quindi assimilabile ad un telefono, per cui nessuno penserebbe di individuare qualche responsabilità per ciò che si dicono i suoi utenti. E' stata però sollevata l'obiezione che la prestazione di servizi internet non è assimilabile tout-court a quella di servizi telefonici perché tecnicamente il provider - anche quello "intermedio" - ha un ruolo attivo nella gestione e nello smistamento delle comunicazioni in transito. A questo proposito si potrebbero ad esempio citare i proxy server, che si interpongono fra l'utente e i dati o i vari sistemi di filtraggio adottati da molti provider per bloccare certi contenuti o "indirizzare" la navigazione o, ancora, alla gestione dei news-server, caso in cui il provider, per varie ragioni, decide di veicolare solo certe gerarchie di newsgroup e non altre. Dal che potrebbe derivare che il semplice fatto di "ospitare" un certo newsgroup implichi averne accettato i contenuti.

Riguardo poi al concetto di "origine della trasmissione" si può rilevare che tecnicamente, c'è sempre un provider che dà origine ad una trasmissione e non necessariamente si tratta del soggetto che ha formato il contenuto asseritamente illecito (ancora una volta, torniamo al caso dei proxy). Quindi affermare che la responsabilità sussiste se si origina la trasmissione di un qualcosa significa che si è sempre e comunque responsabili. Probabilmente la norma voleva significare che il provider non dovrebbe essere responsabile se si limita a fornire una piattaforma tecnologica che poi l'utente impiega come meglio crede

L'articolo 13 (Memorizzazione temporanea o "catching") recita:

1. Gli Stati membri procedono affinché, nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nel trasmettere, su di una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non sia responsabile della memorizzazione automatica, intermedia e temporanea effettuata al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltramento ad altri destinatari a loro richiesta, a condizione che:

- a) non modifichi le informazioni
- b) si conformi alle condizioni d'accesso alle informazioni
- c) si conformi alle norme d'aggiornamento delle informazioni, indicate in un modo ampiamente riconosciuto ed usato dalle imprese del settore
- d) non interferisca con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta ed usata nel settore
- e) agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitarne l'accesso, non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove inizialmente si trovavano 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.

2. Il presente articolo lascia impregiudicata la possibilità, secondo gli ordinamenti degli Stati membri, che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa esiga che il prestatore impedisca o ponga fine ad una violazione.

Questo articolo dunque solleva il provider da responsabilità derivanti dalla memorizzazione, per scopi relativi alla mera trasmissione di cui all'art.12, fissando però alcuni limiti (comma uno, lettere a, b, c, d, e). I più problematici sono alle lettere c) ed e) del comma uno.

Non è chiaro infatti come si possano determinare norme d'aggiornamento delle informazioni, che siano ampiamente riconosciute ed usate dalle imprese del settore. Alcuni rilevano che “la norma non parla di standard industriali aperti (come quelli dell'internet), ma ricorre ad una nozione molto più vaga (ampiamente riconosciuti e utilizzati). Quindi, se una casa discografica o una software house riescono ad imporre una propria tecnologia, questa diventa vincolante per tutti anche se non è uno standard riconosciuto”⁴⁸.

Quanto alla lettera e) poi che significa "venga effettivamente a conoscenza"? Se si tratta di un provvedimento di un'autorità giurisdizionale o amministrativa, la legge prevede le forme in cui deve essere notificata e quindi non ci sono problemi. Ma “la semplice segnalazione di un utente può significare che il provider viene "effettivamente a conoscenza" del fatto? Ha l'obbligo di verificare la fondatezza della segnalazione (e quindi di svolgere un'impropria, onerosa attività investigativa)?”⁴⁹.

L'articolo 14 (Hosting) prevede:

1. Gli Stati membri procedono affinché, nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione d'informazioni fornite da un destinatario del servizio il prestatore non sia responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore:

- a) non sia effettivamente al corrente che del fatto l'informazione o l'attività è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegittimità dell'attività o dell'informazione, o
- b) non appena al corrente di tali fatti agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.

2. Il comma uno non si applica se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore.

3. Il presente articolo lascia impregiudicata la possibilità, secondo gli ordinamenti degli Stati membri, per un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa di esigere che il prestatore ponga fine ad una violazione o la impedisca nonché la possibilità, per gli Stati membri, di definire procedure per la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime.

In questo si alleggerisce il Provider da alcune responsabilità, infatti nel caso in cui il servizio consista nella memorizzazione d'informazioni fornite da un destinatario del servizio (*hosting*), l'intermediario non è responsabile delle informazioni memorizzate ove non sia a conoscenza dell'effettiva illiceità di tali informazioni, e sempre che, nel caso in cui venga a conoscenza

⁴⁸ ALCEI, *Provider e responsabilità nella legge comunitaria 2001*, www.interlex.it, 19.06.2002

⁴⁹ MANLIO CAMMARATA, *Passaggi impegnativi per gli internet provider*, www.interlex.it, 18.03.2002

dell'illiceità delle stesse, agisca immediatamente per rimuoverle. In effetti però questo vantaggio è sottoposto alle condizioni di cui alle lettere a) e b) del comma uno, per cui la tendenza potrebbe essere quella secondo cui "i provider tenderebbero a privilegiare la trasmissione o la memorizzazione d'informazioni provenienti da soggetti maggiormente affidabili (e cioè economicamente più forti), a danno di soggetti dotati di una minore forza economica. In questo modo, tuttavia, verrebbe fortemente menomata la libertà della rete ed il concetto che la stessa sia l'unico strumento adatto a dare voce a pensieri e informazioni provenienti da chiunque possa accedervi: in buona sostanza, regole troppo restrittive per Internet, potrebbero stravolgerne le caratteristiche essenziali, che rendono questo mezzo unico tra tutti i mezzi di comunicazione attualmente a nostra disposizione"⁵⁰.

Infine l'art.15 (Assenza dell'obbligo generale di sorveglianza) prevede:

1. 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 d'attività illecite.
2. Gli Stati membri possono stabilire che i prestatori di servizi della società dell'informazione siano tenuti ad informare senza indugio la pubblica autorità competente di presunte attività o informazioni illecite dei destinatari dei loro servizi o a comunicare alle autorità competenti, a loro richiesta, informazioni che consentano l'identificazione dei destinatari dei loro servizi con cui hanno accordi di memorizzazione dei dati.

Con questo articolo l'Unione Europea ha inteso alleviare ai provider una serie d'obblighi di controllo che in effetti oltre, che difficilmente realizzabili tecnicamente, sarebbero fortemente pregiudicanti l'attività stessa degli ISP, bloccando lo sviluppo della rete. In questo l'UE si è conformata al filone normativo e giurisprudenziale ormai più diffuso nei paesi europei e negli USA.

L'articolo inoltre stabilisce, al comma uno, l'impossibilità per gli Stati membri di prevedere gli obblighi di controllo di cui sopra, istituendo in questo non una linea d'indirizzo ma un vero e proprio obbligo. L'unica delega che viene lasciata è quella relativa (comma 2) alla possibilità per gli Stati membri di stabilire che gli ISP debbano comunicare tempestivamente alle autorità gli illeciti riscontrati sui propri sistemi. Questo implicitamente fa riferimento anche al problema dei margini d'azione dei provider, ossia cosa può fare un ISP per far fronte alle violazioni? Ha il diritto di rimuovere materiali altrui senza l'autorizzazione dell'autorità giudiziaria? E può leggere i messaggi degli utenti in transito sui suoi server senza violare, nel caso italiano, l'articolo 15 della Costituzione sulla segretezza della corrispondenza? Sono argomenti di cui ripareremo.

Tornando però alla direttiva 2000/31/CE e al comma 2 dell'articolo 15 possiamo anche dire che l'obbligo di comunicazione dell'illecito all'autorità contrasta con la mancanza di quello al controllo delle informazioni immesse in rete. Non si capiscono infatti le condizioni in cui il provider dovrebbe venire a conoscenza degli illeciti, se non è tenuto a controllare i contenuti che ospita, se non una situazione di casualità. Per questo questa normativa non può ancora considerarsi un punto d'arrivo nella disciplina della responsabilità degli Internet Service Provider.

⁵⁰ GIANFRANCO PUOPOLO E LAURA LIGUORI, *La direttiva 2000/31/CE e la responsabilità del provider*, www.interlex.it, 07.09.2000

La situazione italiana

Il percorso giurisprudenziale che ha condotto alle tendenze attuali in materia di responsabilità degli ISP è stato piuttosto contorto e difficoltoso, per quanto in definitiva si possa ricondurre a due diverse fasi, quella precedente e quella successiva alla sentenza del Tribunale di Roma del 4 luglio 1998.

L'8 agosto 1996 un provider fu ritenuto responsabile di compartecipazione colposa dal Tribunale di Napoli per aver autorizzato o comunque consentito il comportamento (concorrenza sleale) dell'utente creatore dei contenuti illeciti. La conseguenza fu la chiusura del sito, motivata con l'equiparazione di un sito internet ad un organo di stampa, con relativi doveri di controllo sul materiale pubblicato⁵¹.

Una successiva sentenza dello stesso Tribunale di Napoli nell'agosto 1997⁵² è poi andata nella direzione della conferma di quest'equiparazione con l'organo di stampa, e nel fare questo si ribadivano anche i precisi obblighi di vigilanza connessi a tale posizione.

Anche il Tribunale di Teramo, l'11 dicembre 1997, ha confermato l'equiparazione tra sito internet e l'organo di stampa, precisando che "il mezzo non modifica l'essenza del fatto"⁵³. In pratica con queste interpretazioni si è fatta gravare sugli ISP una responsabilità analoga a quelle previste dall'articolo 57 c.p. e dall'articolo 30 della Legge 6 agosto 1990, n. 223, che attribuisce gli stessi obblighi dell'editore di una testata giornalistica al gestore di una radio o di una televisione.

Tra queste ultime due sentenze citate se ne colloca una del Tribunale di Cuneo (23 giugno 1997) che invece esclude ogni responsabilità del provider rispetto ad una violazione del diritto d'autore attuata attraverso un sito ospitato dal suo server. La motivazione era che il provider in questione si era limitato a concedere solo il servizio di connessione ed accesso alla Rete ed uno spazio di pubblicazione, per questo nella sentenza il suo ruolo "con una certa approssimazione può assimilarsi a quello di un centro commerciale che abbia concesso in locazione la bancarella sulla quale l'autore ha esposto i prodotti incriminati"⁵⁴.

Questa sentenza tuttavia non ha creato un precedente, viste le decisioni della Procura della Repubblica presso la Pretura Circondariale di Venezia (1 luglio 1998) circa il sito "Isole nella Rete".

In questo caso erano stati inviati sul sito messaggi diffamatori e di boicottaggio che andavano a colpire un tour operator specializzato in viaggi in Turchia: dopo aver sequestrato il server di Isole nella Rete (un'associazione no-profit che fornisce spazio e comunicazione a centri sociali, organizzazioni e radio di movimento, associazioni di volontariato sociale) il giudice ha considerato l'ISP responsabile per i contenuti illeciti immessi dagli utenti. Tra l'altro il provvedimento di sequestro è stato particolarmente contestato in quanto, come rileva Cammarata⁵⁵: "per avere la

⁵¹ Cfr. RUBEN RAZZANTE, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Cedam, Padova 2002, pg.328

⁵² RUBEN RAZZANTE, *op. cit.*, pg.328

⁵³ RUBEN RAZZANTE, *op. cit.*, pg.328

⁵⁴ RUBEN RAZZANTE, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Cedam, Padova 2002, pg.328-329

⁵⁵ MANLIO CAMMARATA, *Internet, diritto e politica, non c'è da stare allegri*, www.interlex.it, 02.07.98

prova dell'esistenza di una pagina Web al magistrato basta copiarla. Per farla sparire basta ordinare al provider di rimuoverla” mentre con il sequestro di tutto il server si vanno ad oscurare le pagine di tutti gli altri utenti con un danno evidente per questi ultimi.

In questa prima fase dunque la giurisprudenza si è orientata nella direzione dell'attribuzione di una notevole responsabilità di controllo gravante in capo agli ISP, suscitando per altro molte polemiche (anche quotidiani come La Repubblica ne hanno parlato) e preoccupazione fra operatori, utenti della Rete⁵⁶ ed anche giuristi⁵⁷.

Pochi giorni dopo quello di Isole della Rete tra l'altro si è verificato un nuovo episodio, relativo allo spazio “Oltre il Confine” che la rete civica di Roma mette a disposizione delle associazioni no-profit. In tale spazio era stato pubblicato un messaggio in cui si parlava di satanismo, sesso ed altri contenuti pericolosi, un parroco siciliano lo ha visto e ha denunciato il fatto, la responsabile della rete civica, dopo aver verificato la veridicità della segnalazione, si è spaventata e ha cancellato tutto quello che c'era sul server, compresi i link alle associazioni di volontariato ed altri contenuti a sfondo sociale⁵⁸. Questo episodio non ha carattere strettamente giuridico ma dimostra il livello di tensione degli operatori di Internet in quel periodo e solleva anche il problema di quali siano le facoltà di censura del provider, ovvero se esso sia autorizzato a cancellare, di propria iniziativa, dei contenuti presenti sul server. Nei casi citati precedentemente infatti è l'autorità giudiziaria ad aver ordinato la rimozione di eventuali contenuti illeciti, in questo è stata la responsabile dello spazio di sua iniziativa. Torneremo sul tema.

Per avere finalmente un cambio di tendenza nella giurisprudenza italiana dobbiamo arrivare all'ordinanza del 4 luglio 1998⁵⁹, con cui il Tribunale di Roma ha rigettato un ricorso della Banca del Salento che chiedeva un provvedimento d'urgenza per la rimozione di un messaggio ritenuto diffamatorio immesso su di un newsgroup di Mailgate, un servizio della Pantheon s.r.l., da un utente.

La situazione era in effetti simile a quella che aveva portato al sequestro del server di Isole nella Rete pochi giorni prima: là si trattava di un testo immesso direttamente in uno spazio Web, qui di un messaggio pubblicato in un'area di discussione. In entrambi i casi il reato contestato era la diffamazione. Il giudice romano tuttavia, considerando che l'area del newsgroup non aveva moderatore, ha stabilito che il Provider "non può essere chiamato a rispondere in proprio per le attività svolte nella sua qualità di organo responsabile del news-server Pantheon s.r.l. Neppure la Pantheon s.r.l. è da ritenersi legittimata passiva dal presente ricorso, in quanto il news-server si limita a mettere a disposizione degli utenti lo spazio "virtuale" dell'area di discussione e nel caso di specie, trattandosi di un newsgroup non moderato, non ha alcun potere di controllo e vigilanza sugli interventi che vi vengono inseriti"⁶⁰.

Nell'ordinanza inoltre si rileva "che il messaggio inviato da un soggetto nella sua qualità di privato cittadino, come nel caso che ci occupa, non può essere qualificato, ai fini della sua eventuale valenza scriminante della diffamazione, come esercizio del diritto di cronaca giornalistica non

⁵⁶ Cfr. GIANFRANCO LIVRIAGHI, *Pericolo: sequestratori in agguato*, www.interlex.it, 29.06.98

⁵⁷ Cfr. MANLIO CAMMARATA, *Internet, diritto e politica, non c'è da stare allegri*, www.interlex.it, 02.07.98

⁵⁸ MANLIO CAMMARATA, *Il diavolo nel sito e il provider diventa esorcista*, www.interlex.it, 16.07.98

⁵⁹ Testo disponibile all'URL www.interlex.it/testi/or980704.htm

⁶⁰ MANLIO CAMMARATA, *Finalmente una decisione sulla responsabilità del provider*, www.interlex.it, 20.07.98

essendo possibile rintracciare i necessari estremi del carattere giornalistico dell'attività svolta e dell'intento lucrativo proprio di ogni attività professionale. Ed ancora il messaggio in oggetto si caratterizza non tanto per la narrazione di fatti accaduti (profilo prevalente nel campo del diritto di cronaca), quanto per la formulazione di giudizi personali da parte del Restaino (l'autore della diffamazione) sugli eventi verificatesi e pertanto deve essere considerato manifestazione del diritto di critica, di cui all'art.21 della Costituzione".

Questo provvedimento ha aperto la strada ad un nuovo filone giurisprudenziale sulla questione della responsabilità degli ISP in Italia, con una linea che vede l'esonero del mero gestore del sito, che "si limiti a mettere a disposizione degli utenti lo spazio virtuale"⁶¹.

Lo stesso Tribunale di Roma, il 22 Marzo 1999, ha anche precisato il principio secondo cui il provider ha una responsabilità concorsuale nella violazione qualora siano chiare le intenzioni illecite dell'utente, ossia "se dalle circostanze nelle quali si è concretizzato il rapporto tra operatore neutro e utente fornitore di contenuto risulta palese che quest'ultimo intende utilizzare il sito per la commissione di un illecito, la responsabilità del provider deve essere affermata a titolo concorsuale"⁶². Risulta quindi applicata all'ISP che abbia dato un apporto causale all'illecito la disposizione dell'art. 2055 c.c., in un'ottica che anticipa i provvedimenti dell'Unione Europea, art.14 direttiva 2000/31/CE.

Per venire ai pronunciamenti più recenti il Tribunale di Bologna il 26 novembre 2001 ha qualificato come fornitore di contenuti un provider che, "pur limitandosi a fornire l'accesso al sito gestito (anche in piena autonomia) da altri, non consenta d'identificare il soggetto in questione né fornisca prova del contenuto degli accordi di utilizzazione dello spazio web con tale soggetto identificato"; questo comporta una responsabilità, in via analogica (possibile in quanto ai soli fini civilistici), ai sensi dell'art. 11 legge 8 febbraio 1948, n. 47, secondo la quale «per i reati commessi con il mezzo della stampa sono civilmente responsabili, in solido con gli autori del reato e fra di loro, il proprietario della pubblicazione e l'editore». Bisogna dire però che in quest'ottica la responsabilità del provider si ricollega soprattutto alla protezione (oggettiva) dell'anonimato del gestore del sito, più che all'attività di hosting vera e propria"⁶³.

Il Tribunale di Firenze, 21 maggio 2001, n. 3155 ha poi affermato la responsabilità dell'host provider per l'uso di terzi di un sito recante nome lesivo del marchio noto altrui, nel momento in cui l'attività di registrazione del domain name sia stata curata dal provider medesimo: in questo caso la responsabilità comunque è per un'azione direttamente compiuta dall'ISP (per cui ricade nel primo tipo di responsabilità che abbiamo tratteggiato a pag. 3, ISP autore dell'illecito), anche in necessario collegamento con l'attività del gestore terzo del sito (in mancanza della quale la mera creazione di un domain name - che restasse inutilizzato - resterebbe irrilevante in quanto inidonea a ledere l'altrui diritto).

Infine il Tribunale di Napoli, 14 giugno 2002, ha distinto rigorosamente la posizione del content provider da quella dell'host provider e ha stabilito che il banner pubblicitario è idoneo a produrre responsabilità ove esso stesso sia direttamente illecito, mentre resta irrilevante ove l'illecito riguardi

⁶¹ RUBEN RAZZANTE, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Cedam, Padova 2002, pg.329

⁶² L.BUGIOLACCHI, *Principi e questioni aperte in materia di responsabilità extracontrattuale dell'Internet Provider. Una sintesi di diritto comparato*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2000, pp.863

⁶³ GIUSEPPE CASSANO E FRANCESCO BUFFA, *Responsabilità del content provider e dell'host provider*, www.altalex.it, 14.02.2003

il sito su cui il banner sia ospitato⁶⁴. Dunque l'aver consentito di pubblicizzare la propria società su di un sito altrui non determina che la società pubblicizzata possa rispondere di tutta l'attività svolta sul sito medesimo, dal quale è per così dire solo ospitata, né che abbia l'obbligo giuridico di accertare o d'impedire le eventuali immissioni di messaggi illeciti da parte del gestore dell'altro sito. E' una situazione analoga alla responsabilità del soggetto che gestisce un sito contenente un link ad un illecito posto in essere sul sito cui si rinvia, e non si parla invece di responsabilità del titolare di quest'ultimo sito per l'attività che - a monte, se si può così dire - è svolta dal sito richiamante⁶⁵. Si tratta di una sentenza importante perché individua con precisione la distinzione fra le diverse tipologie di provider e ne sancisce i diversi tipi e gradi di responsabilità⁶⁶.

Questi dunque sono stati i provvedimenti giurisprudenziali nel nostro Paese, per quanto riguarda il quadro più strettamente normativo invece l'Italia ha recepito le direttive europee in materia di commercio elettronico (2000/31/CE) e di diritti d'autore nella società dell'informazione (2001/29/CE) con la legge 1 marzo 2002 n. 39. L'attuazione della direttiva 2000/31/CE è stata poi affidata al decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70. Inoltre a regolare la materia rispetto alla fornitura di accesso ad Internet è intervenuta anche la legge 8 aprile 2002, n. 59 - Disciplina relativa alla fornitura di servizi di accesso ad Internet, che regola però soprattutto aspetti di tipo commerciale, regolazione auspicata da lungo tempo da parte degli operatori del settore⁶⁷.

Spesso poi viene citata la legge 3 agosto 1998 n. 269, concernente le norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, e del turismo sessuale a danno di minori, che colpisce anche chi "distribuisce o pubblicizza il materiale pornografico di cui al primo comma, ovvero distribuisce o divulga notizie o informazioni finalizzate all'adescamento ed allo sfruttamento sessuale di minori di anni 18", coinvolgendo potenzialmente anche gli ISP⁶⁸, pur con tutti i problemi di conoscibilità dell'illecito di cui abbiamo più volte parlato.

Altri testi poi riguardano più strettamente il commercio elettronico, argomento che rientra solo indirettamente nel nostro discorso, e sono:

- Decreto legislativo 15 gennaio 1992, n. 50 - Attuazione della direttiva n. 85/577/CEE in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali;
- Decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114 (art. 18) - Riforma della disciplina relativa al settore del commercio, a norma dell'articolo 4, comma 4, della legge 15 marzo 1997;
- Decreto legislativo 22 maggio 1999, n. 185 - Attuazione della direttiva 97/7/CE relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza.

A questi possiamo aggiungere la Circolare n. 3487/C del 01.06.2000 "Disciplina della vendita di beni tramite mezzo elettronico" del Ministero dell'industria, commercio e artigianato sul decreto legislativo 114/88 e avremo un quadro abbastanza completo della normativa generale sul commercio elettronico.

⁶⁴ Cfr. anche REDAZIONALE, *Tribunale di Napoli, 14 giugno 2002 - responsabilità del presunto provider e pubblicità con banner*, www.dirittosulweb.it

⁶⁵ Per approfondimenti cfr. GIUSEPPE CASSANO E FRANCESCO BUFFA, *op. cit.*, www.altalex.it, 14.02.2003

⁶⁶ Cfr. NICOLÒ GHIBELLINI, *La responsabilità del provider: dubbi e perplessità*, <http://www.consulentelegaleinformatico.it/Approfondimenti/26.htm>

⁶⁷ Cfr. GIUSTINO SISTO, *"La legge salva Provider"*, www.dirittosulweb.it

⁶⁸ Cfr. ANTONIO COLUCCIA, *La responsabilità amministrativa e da reato dei providers - la pedofilia on-line*, www.infoius.it

Infine la stessa direttiva 2000/31/CE, all'art 19, incoraggia gli Stati membri a dotarsi ed inviare un insieme di usi sul commercio elettronico: in Italia ciò è stato fatto nel giugno 2001 dalla Camera di Commercio di Milano (Deliberazione CCIAA di Milano 23 luglio 2001, n. 258)⁶⁹, che ha raccolto gli usi sui contratti tra i navigatori e gli ISP. Dal testo emerge che “a rispondere delle informazioni (immesse) è solo il cliente [...] mentre l'ISP viene trattato come un mero trasmettitore tecnico di dati senza alcun dovere di intervento sull'informazione trasmessa”⁷⁰. L'ISP dunque è qualificato come responsabile solo nel caso interrompa il servizio di accesso, che, nel rispetto contratto, deve essere erogato in modo continuativo (art 7 del testo elaborato dalla Camera di Commercio), con alcune deroghe (fissate dall'art 5 dello stesso testo).

Parliamo in primo luogo della legge delega 1. marzo 2002 n. 39, “Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2001”, di cui, per la nostra analisi, ci interessa l'art. 31 (“Attuazione della direttiva 2000/31/CE, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno”).

La previsione dell'articolo è la seguente:

Il Governo è delegato ad emanare, entro il termine e con le modalità di cui all'articolo 1, commi 1 e 2, un decreto legislativo per dare organica attuazione alla direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno, nel rispetto dei principi e criteri direttivi generali di cui all'articolo 2, nonché dei seguenti principi e criteri direttivi:

a) definire le informazioni obbligatorie generali che devono essere fornite dal prestatore di un servizio ai destinatari del servizio stesso ed alle competenti autorità da designare ai sensi della normativa vigente nonché le modalità per renderle accessibili, in modo facile, diretto e permanente; in particolare, devono essere indicati in modo chiaro e inequivocabile i prezzi dei servizi, anche riguardo alle imposte e ai costi di consegna e deve essere reso esplicito che l'obbligo di registrazione della testata editoriale telematica si applica esclusivamente alle attività per le quali i prestatori del servizio intendano avvalersi delle provvidenze previste dalla legge 7 marzo 2001, n. 62, o che comunque ne facciano specifica richiesta;

b) definire gli obblighi di informazione sia per la comunicazione commerciale che per la comunicazione non sollecitata; quanto a quest'ultima, ai sensi della normativa sul trattamento dei dati personali, devono essere incoraggiati ed agevolati sistemi di filtraggio da parte delle imprese. In ogni caso, l'invio di comunicazioni non sollecitate per posta elettronica non deve dare luogo a costi supplementari di comunicazione per il destinatario;

c) definire l'impiego di comunicazioni commerciali fornite da soggetti che esercitano una professione regolamentata, nel rispetto delle relative norme applicabili, nonché forme e procedure di consultazione e cooperazione con gli ordini professionali, nel rispetto della loro autonomia, per la predisposizione delle pertinenti norme e per incoraggiare l'elaborazione di codici di condotta a livello comunitario che precisino le informazioni che possono essere fornite a fini di comunicazioni commerciali;

⁶⁹ Testo disponibile all'URL

<http://www.medialaw.it/Telecomunicazioni/Internet/Provider/usicciaami.htm>

⁷⁰ RUBEN RAZZANTE, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Cedam, Padova 2002, pg.330

d) disciplinare la responsabilità dei prestatori intermediari con riferimento all'attività di semplice trasporto; in particolare, il prestatore non sarà considerato responsabile delle informazioni trasmesse a condizione che:

- 1) non sia esso stesso a dare origine alla trasmissione;
- 2) non selezioni il destinatario della trasmissione;
- 3) non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse;

e) disciplinare la responsabilità dei prestatori con riferimento alla memorizzazione temporanea detta "caching"; il prestatore non sarà considerato responsabile della memorizzazione automatica, intermedia e temporanea di tali informazioni, effettuata al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltra ad altri destinatari a loro richiesta, a condizione che egli:

- 1) non modifichi le informazioni;
- 2) si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni;
- 3) si conformi alle norme di aggiornamento delle informazioni;
- 4) indichi tali informazioni in un modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore;
- 5) non interferisca con l'uso lecito delle tecnologie ampiamente riconosciute ed utilizzate nel settore per ottenere dati sull'impiego delle stesse informazioni;

6) agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato o per disabilitarne 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;

f) disciplinare la responsabilità dei prestatori con riferimento all'attività cosiddetta di "hosting"; il prestatore non sarà considerato responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che egli:

- 1) non sia effettivamente al corrente del fatto che l'attività o l'informazione è illecita;
- 2) per quanto attiene alle azioni risarcitorie, non sia al corrente dei fatti o di circostanze che rendano manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione;
- 3) non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso;

g) disciplinare le modalità con le quali i prestatori di servizi delle società dell'informazione sono tenuti ad informare senza indugio la pubblica autorità competente di presunte attività o informazioni illecite dei destinatari dei loro servizi o a comunicare alle autorità competenti, a loro richiesta, informazioni che consentano l'identificazione dei destinatari dei loro servizi, con cui hanno accordi di memorizzazione dei dati;

h) favorire l'elaborazione, da parte di associazioni o di organizzazioni imprenditoriali, professionali o di consumatori, di codici di condotta per evitare violazioni dei diritti, garantire la protezione dei minori e salvaguardare la dignità umana;

i) prevedere misure sanzionatorie effettive, proporzionate e dissuasive nei confronti delle violazioni;

l) prevedere che il prestatore di servizi è civilmente responsabile del contenuto di tali servizi nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa, non ha agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto, ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non ha usato la dovuta diligenza;

m) prevedere che, in caso di dissenso fra prestatore e destinatario del servizio della società dell'informazione, la composizione extragiudiziale delle controversie possa adeguatamente avvenire anche per via elettronica.

Come si può vedere la legge delega riprende in molti punti esattamente la previsione della direttiva europea, che in effetti era piuttosto precisa nelle sue previsioni, come ad esempio avviene alle lettere *d*), *e*), *f*), che riprendono in modo identico rispettivamente l'art 12, 13 e 14, per questo motivo pregi e limiti restano sostanzialmente gli stessi.

Rispetto al discorso della mera trasmissione dunque (lettera *d*) il principio è quello che il provider non dovrebbe essere responsabile se si limita a fornire una piattaforma tecnologica che poi l'utente impiega come meglio crede. Resta il problema della formulazione "origine della trasmissione", perché tecnicamente, c'è sempre un provider che dà origine ad una trasmissione e non necessariamente si tratta del soggetto che ha formato il contenuto ritenuto illecito (ancora una volta, torniamo al caso dei proxy o ai sistemi di filtraggio, vedi pg.14).

Per quanto riguarda il catching (lettera *e*) la norma è scritta pensando probabilmente ai proxy, ai mirror e alla gestione delocalizzata dei servizi in banda larga, tuttavia come dobbiamo intendere, quel "conformarsi alle condizioni di accesso e di aggiornamento delle informazioni"? Lo scenario, estremizzando la lettura del testo, sarebbe quello di dover interpellare ciascun titolare dei diritti sul materiale memorizzato in un mirror o in un proxy per chiedergli ogni quanto tempo aggiorna i contenuti e se quei contenuti possono ancora rimanere on line oppure no. Applicando rigorosamente questa norma la paralisi è praticamente inevitabile. Ovviamente è una lettura interpretativa un po' estrema data da alcuni fautori della libertà della Rete che vedono con sospetto ogni restrizione⁷¹ ma il dubbio può rimanere.

Rispetto alla lettera *f*) poi bisogna stabilire cosa si intende con la locuzione "effettivamente al corrente"? Una interpretazione rigoristica potrebbe finire per stabilire che la responsabilità del provider sussiste quando, a prescindere dalle formalità di una eventuale comunicazione (notifica tramite ufficiale giudiziario, atto di diffida e quant'altro), di fatto, egli è a conoscenza che il proprio cliente sta compiendo un atto illecito o diffondendo informazioni illecite.

Un altro punto critico riguarda il potere con cui il provider decide se un cliente sta commettendo un atto illecito o diffondendo informazioni illecite, in alcuni casi può essere semplice ma comunque ciò darebbe all'ISP un potere inquirente e giudiziario che non gli compete. Una interpretazione più elastica potrebbe essere quella secondo cui la norma è fonte di responsabilità del provider se questi, venuto comunque a conoscenza di una sentenza passata in giudicato che dichiara la illiceità di una informazione o di una attività, ne tollera comunque la permanenza. Anche questa soluzione, però non risolve il problema dello stabilire quando e come un qualcosa sia "effettivamente" conosciuto.

Rispetto poi alla lettera *l*) la previsione della responsabilità civile per la mancata esecuzione dell'ordine dell'autorità giudiziaria o amministrativa (già peraltro sanzionate penalmente e

⁷¹ Cfr. ad esempio ALCEI, *Provider e responsabilità nella legge comunitaria 2001*, www.interlex.it, 19.06.02

amministrativamente) sembra non avere carattere problematico ma secondo alcuni aggrava non poco la posizione del fornitore di servizi. Infatti “l’art. 2043 del codice civile stabilisce una clausola generale secondo la quale chiunque commette un fatto illecito è tenuto a risarcirne le conseguenze. Ma per applicarla al provider sarebbe necessario dimostrare un suo coinvolgimento attivo nella commissione dell’illecito. Con la formula proposta dalla legge comunitaria, invece, non c’è bisogno di provare che il fornitore di contenuti sia "coinvolto" nell’azione delittuosa dell’utente. Basta "soltanto" che non abbia rimosso prontamente il materiale incriminato. Il che si collega alla seconda ipotesi di responsabilità, relativa a quella che sembra essere una vera e propria "obbligazione di controllo" delle modalità di utilizzo dei servizi da parte dei clienti”⁷².

In ogni caso alla legge delega 1. marzo 2002 n. 39 ha fatto seguito il decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70 di attuazione della direttiva 2000/31/CE e alle responsabilità dei prestatori di servizi della società dell’informazione, contenute negli articoli 14, 15, 16 e 17 del testo normativo italiano.

Essi riprendono le previsioni della legge delega, che a sua volta copiava, con variazioni non sostanziali, gli articoli da 12 a 16 della direttiva, tanto che è stato rilevato che “l’intervento normativo non appare poi così chiarificatore ed innovatore”⁷³. Si tratta delle responsabilità per i servizi di "semplice trasporto" (art. 14 dell’attuazione), memorizzazione temporanea o catching (art. 15), hosting (art. 16), a cui si aggiunge la fondamentale previsione dell’assenza di un obbligo generale di sorveglianza (art. 17). Non occorre dunque ripeterci a proposito degli artt.14, 15, 16. Sottolineiamo solo il fatto che siano state copiate in modo identico le disposizioni della direttiva 2000/31/CE ha creato dissensi in alcuni giuristi, che hanno affermato che “il nostro legislatore si è limitato ad un vero e proprio "copia & incolla" del (necessariamente generico) testo italiano della direttiva, senza il benché minimo intervento di adattamento ai nostri principi giuridici”⁷⁴.

Qualcosa di più si può dire invece a proposito dell’art.17 del decreto legislativo, che corrisponde, con alcune variazioni stavolta significative, all’art.15 della direttiva 2000/31/CE “Assenza dell’obbligo generale di sorveglianza”.

L’articolo infatti recita:

1. Nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 14, 15 e 16, il prestatore non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite.

2. Fatte salve le disposizioni di cui agli articoli 14, 15 e 16, il prestatore è comunque tenuto:

- a. ad informare senza indugio l’autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza, qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un suo destinatario del servizio della società dell’informazione;
- b. a fornire senza indugio, a richiesta delle autorità competenti, le informazioni in suo possesso che consentano l’identificazione del destinatario dei suoi servizi con cui ha accordi di memorizzazione dei dati, al fine di individuare e prevenire attività illecite.

3. Il prestatore è civilmente responsabile del contenuto di tali servizi nel caso in cui, richiesto dall’autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non ha agito prontamente per

⁷² ALCEI, *Provider e responsabilità nella legge comunitaria 2001*, www.interlex.it, 19.06.02

⁷³ NICOLÒ GHIBELLINI, *Isp sempre più responsabili*, www.assoprovider.net, 24.05.2003

⁷⁴ DANIELE MINOTTI, *Responsabilità penale: il provider è tenuto ad "attivarsi"?*, www.interlex.it, 05.05.03

impedire l'accesso a detto contenuto, ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non ha provveduto ad informarne l'autorità competente.

Il comma uno segue le disposizioni della direttiva 2000/31/CE che recita “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”, fatto abbastanza chiaro dato che il testo comunitario faceva esplicito divieto agli Stati membri di stabilire obblighi di controllo per i provider.

Tuttavia il comma secondo, alla lettera a), prevede come obbligatorio l'atto, da parte dei provider, di informare l'autorità giuridica o amministrativa di eventuali illeciti di cui sia venuto a conoscenza, provvedimento che invece la direttiva consentiva come opzionale per i singoli Stati membri (“Gli Stati membri possono stabilire che i prestatori di servizi della società dell'informazione siano tenuti ad informare senza indugio la pubblica autorità competente di presunte attività o informazioni illecite dei destinatari dei loro servizi o a comunicare alle autorità competenti, a loro richiesta, informazioni che consentano l'identificazione dei destinatari dei loro servizi con cui hanno accordi di memorizzazione dei dati”, art 15, comma 2). La norma dunque è legittima ma se teniamo presente il fatto che il discorso della conoscenza degli illeciti da parte dei provider era piuttosto ambiguo visto il mancato obbligo di controllo si capisce come questa previsione normativa del decreto legge abbia suscitato qualche perplessità nei giuristi⁷⁵.

La lettera b) del comma 2 sulla comunicazione di dati su richiesta dell'autorità competente non suscita particolari problemi, chiunque rifiuta di fornire a un'autorità competente informazioni (di cui è certamente in possesso) sul presunto autore di un illecito penale, commette infatti il reato di favoreggiamento.

Infine il comma 3 riprende sostanzialmente l'art 14 della direttiva 2000/31/CE e l'articolo 31 lettera l) della legge delega 1. marzo 2002 n. 39, riguardante l'hosting, anche qui comunque dobbiamo rilevare come la direttiva (art 14, comma 3) lasciasse “impregiudicata la possibilità, secondo gli ordinamenti degli Stati membri, per un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa di esigere che il prestatore ponga fine ad una violazione o la impedisca nonché la possibilità, per gli Stati membri, di definire procedure per la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime”).

Questa possibilità si è tradotta in obbligo nel decreto legislativo, dato che il prestatore diviene civilmente responsabile (d.lgs 9 aprile 2003, n. 70, art 17, comma 3) se non rimuove il contenuto o impedisce l'accesso se richiesto dall'autorità, che dunque ha il potere di esigere ciò. Anche in questo caso dunque la normativa italiana si mostra più severa di quanto richiesto dalla direttiva europea.

Il problema è che, vista la genericità delle previsioni, recepite in gran parte senza adattamenti, bisogna far ricorso alle regole generali del sistema penale, in particolare agli artt. 40, comma 2, e 110 c.p.

Per quanto riguarda l'applicabilità dell'art. 40, comma 2, c.p., occorre verificare se possa dirsi sussistente, in capo al prestatore, un “obbligo giuridico di impedire l'evento” (evento coincidente con il reato commesso da terzi), vale a dire quell'obbligo “di garanzia” presupposto per

⁷⁵ Cfr. ad es. MANLIO CAMMARATA, *Sotto torchio gli operatori della Rete*, www.interlex.it, 10.04.03

l'applicazione della norma citata ("Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale e cagionarlo"), che, in combinazione con il disposto dell'art. 110 c.p., fonda la punibilità del concorso per omissione nel reato commissivo posto in essere da altri. Ciò perché "il decreto in commento non prevede ipotesi di reato specifiche (abbozza un precetto, ma tace su eventuali sanzioni di carattere penale), mentre nel nostro ordinamento non è previsto un generico obbligo, in capo al semplice cittadino, di denunciare o, addirittura, impedire la commissione dei reati. In buona sostanza, non è punibile la mera connivenza [...] il prestatore di servizi è tenuto, in taluni casi, ad attivarsi in qualche modo. Si tratta, però, di obblighi di garanzia sufficientemente precisi atti a fondare ipotesi di responsabilità penale?"⁷⁶.

In virtù di quanto detto sopra possiamo affermare quindi che, a parte qualche eccezione⁷⁷, il recepimento italiano della normativa comunitaria generalmente non ha soddisfatto pienamente i soggetti interessati e nemmeno i giuristi.

Conclusione, alcune riflessioni sullo stato della disciplina

Da quanto abbiamo detto finora si può dedurre facilmente come, in Italia ma anche in ambito internazionale, il problema della responsabilità degli Internet Service Provider non sia ancora stato disciplinato da normative che possano realmente reputarsi complete e definitive.

Se prendiamo ad esempio in esame il problema del controllo esercitato sui contenuti ci rendiamo conto che la tendenza generale è quella di deresponsabilizzare i meri fornitori di accesso, considerati alla stregua di un vettore neutro quale il telefono, rispetto ai produttori di contenuti. Ciò è assolutamente condivisibile ed anzi auspicabile per evitare il blocco delle attività sulla Rete, tuttavia in molti sistemi giuridici e giurisprudenziali in virtù di questo principio si è finito per penalizzare, come negli USA o anche in Italia, chi effettua forme di controllo e di filtraggio dei contenuti rispetto a chi le trasmette. Per restare sul caso italiano infatti se consideriamo gli articoli 14 comma 1 e 17 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70 possiamo pensare che "dal momento in cui il provider dichiara di sorvegliare i contenuti immessi dai clienti si può presumere che egli possa essere effettivamente a conoscenza dell'eventuale illiceità di tali contenuti. E quindi si addossa le relative responsabilità"⁷⁸. Questo tipo di penalizzazione sicuramente non è un incentivo alla cura della sicurezza dei contenuti immessi in Rete.

Un altro notevole problema è poi quello relativo all'effettiva conoscibilità e conoscenza del reato da parte del provider, un aspetto presente in molti sistemi giuridici (direttiva 2000/31/CE, d.lgs 70/03, normative di diversi paesi europei), che tuttavia è molto difficile da qualificare. L'unica presa di posizione particolareggiata in materia è quella del Tribunale dell'Aia nel 1996 (vedi anche pg.10), che attribuisce la responsabilità al provider solo se la violazione dell'utente è conoscibile e se tale illecito è chiaro, facendo sì che l'ISP si possa giustificare dicendo che il fatto non era riconoscibile come illecito. In ogni caso questa specificazione rimane comunque non sufficiente perché resta da stabilire sempre quali siano i modi con cui l'ISP possa venire a conoscenza degli illeciti se, al contempo, un po' tutti gli ordinamenti non gli attribuiscono l'obbligo di indagare e monitorare i materiali che riceve dagli utenti. Inoltre l'eventuale intenzione di indagare sui contenuti scambiati dagli utenti si può scontrare con forme di tutela che arrivano fino al rango costituzionale, come ad

⁷⁶ DANIELE MINOTTI, *Responsabilità penale: il provider è tenuto ad "attivarsi"?*, www.interlex.it, 05.05.03

⁷⁷ Cfr. ad es. VALENTINA FREDIANI, *Più chiare le responsabilità degli Isp*, www.assoprovider.net, 24.04.2003

⁷⁸ MANLIO CAMMARATA, *Le trappole nei contratti di hosting*, www.interlex.it, 05.05.2003

esempio l'art.15 sulla segretezza della corrispondenza. Infine resta da chiarire cosa debba fare il provider che trovi nei suoi server degli illeciti finché non riceve istruzioni da un autorità giudiziaria che ha il potere di ordinarne la rimozione, dato che “il Provider stesso non ha l'autorità di eliminare qualcosa che, dal punto di vista del diritto di proprietà, non gli appartiene”⁷⁹, senza contare poi il “rischio di ledere o limitare la libertà di espressione e di critica dei propri utenti”⁸⁰. L'unica certezza in materia dunque resta l'obbligo di denuncia all'autorità competente previsto dall'articolo 17, comma 2, lettera a), del d.lgs 70/03, che almeno sana il problema dato dal fatto che l'obbligo di denuncia a carico del privato, previsto dal nostro codice solo nel caso in cui l'attività esercitata sia definibile come "pubblico servizio" (art. 358 comma 2 c.p) altrimenti non si applicherebbe all'ISP⁸¹.

Per quanto riguarda poi l'identificabilità degli autori delle violazioni dobbiamo ricordare che una delle caratteristiche peculiari di Internet è quella di consentire azioni a distanza senza dover essere fisicamente presenti nel luogo e che il riconoscimento del soggetto che ha posto in essere una data azione dipende, almeno in astratto, dalla sua precisa intenzione di farsi riconoscere. Dunque un utente può tranquillamente fornire generalità false visto che, almeno in Italia, “gli Internet provider non hanno l'obbligo di chiedere l'esibizione di un documento ai nuovi abbonati, o comunque di identificarli con altri mezzi che offrano un ragionevole grado di sicurezza”⁸². Si capisce facilmente come in una situazione di questo tipo si vanifichi la previsione di cui all'art. 17, comma 2, lettera b) del d.lgs 70/03, visto che l'ISP è in grado solo di fornire i dati che l'utente ha voluto fornirgli circa le sue generalità, informazioni potenzialmente false. Il tema si intreccia inoltre al delicato aspetto del trattamento dei dati personali sulla Rete⁸³. Nel '98 l'allora ministro Flick, disse al convegno "Internet e privacy": “...si tratta di assicurare la identificabilità di coloro che contribuiscono al sito...” ossia degli utenti che compiono attività che modificano i contenuti ospitati su di un server. A questo proposito possiamo citare il provvedimento preso, nel marzo 2003, dal portale Italia On Line che, dopo la fusione fra Wind ed Infostrada, per “ridurre sensibilmente il rischio di ospitare contenuti illegali sullo spazio WEB di Digiland”⁸⁴ (la propria area di hosting gratuito) ha stabilito che il caricamento di pagine web sul suo server possa avvenire solo attraverso connessioni Wind, Libero o Infostrada (i tre marchi del gruppo). In tal modo l'ISP ha cercato di tutelarsi risalendo più facilmente agli autori di eventuali illeciti, visto che è in grado di conoscere, senza mediazioni di terzi, l'identità del titolare di quell'abbonamento. Il provvedimento sarebbe stato preso “ su suggerimento dell'Autorità giudiziaria”⁸⁵. In effetti non è difficile risalire al numero IP che è legato ad ogni computer connesso in Rete ma solo il Provider che concede l'accesso può rivelare il nome del relativo titolare e tale informazione, come ha ribadito recentemente il Garante per La Privacy Stefano Rodotà, può essere richiesta solo dall'autorità giudiziaria. Per questo un ISP come Italia On Line si tutela di più se limita l'ambito del controllo ai numeri IP a cui può collegare da sé un nome senza dover ricorrere ad un'autorità per sapere tali informazioni da un altro provider. Resta in ogni

⁷⁹ REDAZIONALE, *Responsabilità degli Isp sui contenuti illeciti dei siti ospitati*, www.unioneconsulenti.it

⁸⁰ CARLO GATTEI, *Considerazioni sulla responsabilità dell'Internet provider*, www.interlex.it, 23.11.98

⁸¹ Cfr. UNOLEGAL CONSULTING (a cura di), *Internet e contenuti illeciti: il regime di responsabilità degli Internet Service Provider*, www.unonet.it

⁸² MANLIO CAMMARATA, *Per la sicurezza della Rete si deve vietare l'anonimato totale*, www.interlex.it, 11.06.1998

⁸³ Cfr. UMBERTO FANTIGROSSI e DANIELA REDOLFI, *La privacy nelle telecomunicazioni anche per gli Internet Providers*, www.jusnet.it

⁸⁴ Tratto dall'e-mail inviata da IOL agli utenti del proprio servizio

⁸⁵ Vedi nota precedente

caso il problema della veridicità dei dati che l'utente ha dato al momento della registrazione, tema che viene solo aggirato. Lo stesso utilizzo delle tracce contenute dai file di log dei provider inoltre non è sufficiente da solo per reperire con sicurezza un utente in caso di un illecito⁸⁶.

Proseguendo nel discorso non possiamo non citare il problema delle azioni preventive che possono essere attuate a tutela dei soggetti che lamentano una violazione, ed in particolare il tema dei sequestri. Si tratta infatti di provvedimenti presi in analogia con i media tradizionali ma che su Internet perdono di senso perché "per avere la prova dell'esistenza di una pagina Web al magistrato basta copiarla. Per farla sparire basta ordinare al provider di rimuoverla"⁸⁷. Inoltre quando si sequestra un server si priva del servizio da esso offerto anche tutta una serie di soggetti terzi che si avvalgono dei suoi servizi e che sono totalmente estranei alla violazione. Infine per un soggetto che voglia perpetuare un comportamento illecito non è particolarmente difficile spostarsi su di un altro punto della Rete e da lì continuare le sue attività⁸⁸. L'impressione che ne deriva dunque è quella di provvedimenti presi per scarsa conoscenza del mezzo e le polemiche in proposito restano vivaci⁸⁹.

Un ultimo tema infine è quello dell'autoregolamentazione degli ISP, infatti una soluzione alla cattiva fama della Rete potrebbe essere "un'azione che affermi i valori positivi di Internet, non con l'aneddotica edificante o con ottimistici proclami, ma con una strategia fondata su comportamenti concreti a favore degli utenti [...] con un'autoregolamentazione dei fornitori di accessi e di contenuti, da riassumere in un codice onesto, chiaro ed effettivamente applicabile"⁹⁰. Un codice di autodisciplina dunque consentirebbe di mantenere "la libertà della Rete" e nello stesso tempo di assicurare un principio di legalità a tutti i comportamenti che sulla Rete si sviluppano, equilibrio che una regolamentazione normativa nazionale potrebbe ottenere con una certa difficoltà. In questo modo, ferma restando la necessità di emanazione di norme nazionali e internazionali che regolino gli aspetti più rilevanti delle attività telematiche e determinino il contesto di certezza giuridica nel quale deve operare l'autoregolamentazione, quest'ultima offrirebbe il vantaggio di responsabilizzare i soggetti coinvolti e assicurare il giusto equilibrio tra regolamentazione e libertà di iniziativa. Inoltre com'è spesso avvenuto "tali codici a volte sono emanati in una situazione di vuoto normativo, allo scopo di rendere superfluo l'intervento del legislatore ovvero di fornirgli criteri orientativi da subito destinati a valere nei confronti degli associati"⁹¹. Il tema è discusso ormai da tempo in dottrina, almeno dal 1995⁹².

Lo stesso Garante per la protezione dei dati personali Rodotà, in un suo articolo⁹³, a proposito della disciplina di Internet afferma che "la necessità di mettere a punto una strumentazione adeguata alla

⁸⁶ Per dettagli tecnici cfr. PAOLO NUTI, *Ma i "log" non bastano per rintracciare i presunti malfattori*, www.interlex.it, 11.06.98

⁸⁷ MANLIO CAMMARATA, *Internet, diritto e politica, non c'è da stare allegri*, www.interlex.it, 02.07.98

⁸⁸ Cfr. SERGIO SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su Internet*, www.jei.it

⁸⁹ Cfr. ad es. MANLIO CAMMARATA, *Quando il sequestro è contro la legge*, www.interlex.it, 12.07.02 e UNOLEGAL CONSULTING (a cura di), *Internet e contenuti illeciti: il regime di responsabilità degli Internet Service Provider*, www.unonet.it, 27.11.2000

⁹⁰ MANLIO CAMMARATA, *Chi deve osservare il codice deontologico degli Internet provider?*, www.interlex.it, 30.04.98

⁹¹ SERGIO SEMINARA, *La Responsabilità penale degli operatori su Internet*, www.jei.it

⁹² Cfr. GIUSEPPE CORASANITI, *Ipotesi di codice di autodisciplina per la comunicazione telematica*, 31.05.95

⁹³ STEFANO RODOTÀ, *Anche il diritto insegue la società che corre, e cambia*, *Telèma* n. 11, 1998 <http://www.fub.it/telema/TELEMA11/Telema11.html>

nuova realtà che dev'essere regolata [...] Nasce così la spinta verso forme di autodisciplina, verso un uso di strumenti contrattuali, che non hanno solo la funzione di colmare temporaneamente una lacuna, ma di identificare una diversa e più complessa strategia di regolazione". Inoltre Rodotà ricorda la direttiva europea 95/46 sulla protezione dei dati personali che "per sé considerata [...] si colloca nella dimensione sovranazionale e obbliga gli Stati nazionali ad adeguare la legislazione interna alle sue prescrizioni. Al tempo stesso, però, attribuisce specifica rilevanza ai codici di autodisciplina, che gli Stati membri devono incoraggiare, e lascia posto anche al ricorso agli strumenti contrattuali...". La conclusione è che "l'integrazione delle fonti tradizionali esige l'intervento di discipline individuali (contratto) o di settore (codici di autoregolamentazione), che si presentano anche come la prima forma della disciplina giuridica (eventualmente in attesa di altre forme di intervento)".

Il riferimento che può venire collegato a questa situazione è il Codice di Autoregolamentazione dell'Ordine dei Giornalisti del 1998, previsto dall'articolo 25 della legge 31 dicembre 1996, n.675, che si configura come fonte normativa secondaria atipica nel nostro ordinamento. Tuttavia i codici di autoregolamentazione, che pure sono uno strumento indispensabile per supplire alle carenze del quadro normativo, hanno efficacia reale se l'adesione ed il rispetto delle norme in essi contenute sono obbligatori per tutti gli operatori ai quali sono diretti i codici stessi, il nostro ordinamento non prevede, tranne che per alcuni settori (appunto i giornalisti).

In Italia, in risposta alla risoluzione del Consiglio delle Telecomunicazioni della UE del 28 novembre 1997 e al successivo invito del Ministero delle Poste e Telecomunicazioni agli operatori del settore Internet ad intraprendere i lavori per un codice di autoregolamentazione., è stata elaborata una bozza, ad opera di un gruppo di lavoro composto da esperti di: AIIP (Associazione Italiana Internet Provider), ANEE (Associazione Nazionale Editoria Elettronica), Telecom Italia, Olivetti⁹⁴.

Questo testo è ancora piuttosto generico nelle sue statuizioni ma ha il pregio di prevedere possibili soluzioni ad alcuni dei problemi irrisolti di cui sopra, in linea con quanto auspicato anche nella dottrina⁹⁵.

Ad esempio vi è contemplata, Titolo 3, Applicazione del Codice, la creazione di un Giurì con compiti di "tutela del rispetto del presente Codice, l'intervento in caso di segnalazione di infrazioni da parte di soggetti Internet, di consumatori o di chiunque vi abbia interesse, l'accertamento e la pronuncia su eventuali infrazioni e l'applicazione di sanzioni nei confronti dei soggetti ritenuti responsabili.

Inoltre il Giurì può inoltre esprimere pareri preventivi sulla conformità al Codice di informazioni da mettere a disposizione del pubblico, sulla congruità ai principi del rating di particolari contenuti e sui criteri di autocertificazione". Sono inoltre previste nel dettaglio procedure, sanzioni e termini del ricorso all'autorità giudiziaria.

Inoltre si cerca di porre fine ai problemi di identificazione degli utenti, stabilendo (Titolo 2, Regole generali di comportamento) che "i soggetti devono consentire l'acquisizione dei propri dati personali a chi fornisca loro accesso e/o hosting. I fornitori di detti servizi sono tenuti a registrare i dati per renderli disponibili all'autorità giudiziaria nei termini previsti dalla legge. [...] Una volta identificato, l'utente può chiedere al suo fornitore di accesso e hosting di avere un identificativo diverso dal suo nome (pseudonimo) con cui operare in Rete (anonimato protetto)."

⁹⁴ Il testo è disponibile all'URL <http://www.aiip.it/autoreg.html>

⁹⁵ Cfr. ad es. in MANLIO CAMMARATA, *Il codice deontologico per gli Internet provider: quali obblighi e quali garanzie?*, www.interlex.it, 26.06.96

Infine, tra le altre cose, sono previsti alcuni principi fondamentali di responsabilità, di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, della proprietà intellettuale ed industriale. Il limite di questo documento tuttavia, oltre che nel suo carattere non definitivo, sta nel fatto che “l’adesione al presente Codice è volontaria e aperta a tutti i soggetti di Internet operanti in Italia o in lingua Italiana” e che “soggetti obbligati all’osservanza del presente Codice sono coloro che lo abbiano sottoscritto”, cosicché la forza dello stesso risulta ancor limitata.

Tra l'altro un diverso codice, denominato di “deontologia e di buona condotta per i servizi telematici”, è stato rilasciato dall'Anfov (Associazione per la convergenza nei servizi di comunicazione) il 1° gennaio 1998⁹⁶. Questo secondo codice sostanzialmente elenca gli stessi principi di quello Aiip, con particolare insistenza sul tema dell’anonimato e dei log, e anche qui è previsto un organismo di autoregolamentazione. Una cosa interessante è un’attenzione particolare all’informativa sui diritti di terzi e sulla possibilità di interrompere il servizio in reazione a violazioni che richiama da vicino il tipo di previsioni della legge 719/2000 francese (vedi pag. 10). Questo codice, a differenza di quello Aiip, si pone come obbligatorio anche per i non aderenti e per gli utenti, cosa che ha dato luogo a critiche⁹⁷, anch’esso però, pur essendo entrato in vigore il 1 gennaio 1998, ha risentito degli stessi problemi di efficacia dell’altro.

In conclusione i codici di autoregolamentazione sono uno strumento indispensabile per supplire alle carenze del quadro normativo, oltre che per fornire ai settori interessati certezza di regole e uniformità di comportamenti. Questi risultati si possono ottenere solo se l’adesione ai codici e il rispetto delle norme in essi contenute sono obbligatori per tutti gli operatori ai quali sono diretti i codici stessi. Questa opinione è confermata dalla normativa europea. Riteniamo quindi che l’approvazione di un codice di autoregolamentazione obbligatorio e reso efficace dalla legge sia la via migliore per disciplinare questo campo, ferma restando la necessità di rendere finalmente adeguata la disciplina esistente, specie quella italiana. In particolar modo una valida regolamentazione proposta degli stessi operatori del settore può diventare una solida base su cui poi costruire norme con forza di legge, che regolino finalmente la materia in modo non analogico ma nel rispetto delle sue peculiarità e dei suoi caratteri distintivi.

⁹⁶ Il testo completo è disponibile all’URL

<http://www.medialaw.it/Telecomunicazioni/Internet/Provider/codanfov.htm>

⁹⁷ Cfr. MANLIO CAMMARATA, *Chi deve osservare il codice deontologico degli Internet provider?*, www.interlex.it, 30.04.98

Bibliografia

TESTI E RIVISTE CARTACEE

- RUBEN RAZZANTE, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Cedam, Padova, 2002.
- L.BUGIOLACCHI, *Principi e questioni aperte in materia di responsabilità extracontrattuale dell'Internet Provider. Una sintesi di diritto comparato*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2000
- SABRINA MAGLI e MARCO SAVERIO SPOLIDORO, *La responsabilità degli operatori in Internet: profili interni e internazionali*, *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 1997, pagg. 61 e segg

RIVISTE SU INTERNET

INTERLEX (www.interlex.it)

- MANLIO CAMMARATA, *Il minimo danno possibile con la maggiore utilità?*, riportato su Interlex da MCmicrocomputer n. 141 - giugno 1994
- GIUSEPPE CORASANITI, *Ipotesi di codice di autodisciplina per la comunicazione telematica*, 31.05.95
- MANLIO CAMMARATA, *Il codice deontologico per gli Internet provider: quali obblighi e quali garanzie?*, 26.06.96
- MANLIO CAMMARATA e ANDREA MONTI, *Proposta per un codice di autoregolamentazione dei fornitori di servizi telematici*, 01.04.97
- RENZO RISTUCCIA e LUCA TUFARELLI, *La natura giuridica di Internet e le responsabilità del provider*, 19.06.97
- MANLIO CAMMARATA, *L'obbligo di collegamento al CED del Vicinale riguarda gli Internet provider?*, 07.08.97
- *Provider francese condannato per contenuti immessi da altri* (notizia Ansa riportata integralmente sulla rivista), 01.03.98
- MANLIO CAMMARATA, *Chi deve osservare il codice deontologico degli Internet provider?*, 30.04.98
- PAOLO NUTI, *Ma i "log" non bastano per rintracciare i presunti malfattori*, 11.06.98
- MANLIO CAMMARATA, *Per la sicurezza della Rete si deve vietare l'anonimato totale*, 11.06.1998
- GIANFRANCO LIVRIAGHI, *Pericolo: sequestratori in agguato*, 29.06.98
- MANLIO CAMMARATA, *Non c'è differenza tra una home page e la copertina di un giornale*, 01.07.98
- MANLIO CAMMARATA, *Internet, diritto e politica, non c'è da stare allegri*, 02.07.98
- MANLIO CAMMARATA, *Il diavolo nel sito e il provider diventa esorcista*, 16.07.98
- MANLIO CAMMARATA, *Finalmente una decisione sulla responsabilità del provider*, 20.07.98
- CARLO GATTEI, *Considerazioni sulla responsabilità dell'Internet provider*, 23.11.98
- GIANFRANCO PUOPOLO e LAURA LIGUORI, *La direttiva 2000/31/CE e la responsabilità del provider*, 07.09.2000
- ANDREA MONTI, *Uno spettro si aggira per l'Europa: la responsabilità del provider*, 12.10.2000
- MANLIO CAMMARATA, *Passaggi impegnativi per gli internet provider*, 18.03.2002
- ALCEI, *Provider e responsabilità nella legge comunitaria 2001*, 19.06.2002

- MANLIO CAMMARATA, *Quando il sequestro è contro la legge*, 12.07.2002
- MANLIO CAMMARATA, *Sotto torchio gli operatori della Rete*, 10.04.2003
- MANLIO CAMMARATA, *Troppe norme, occorre un testo unico*, 17.04.2003
- DANIELE MINOTTI, *Responsabilità penale: il provider è tenuto ad "attivarsi"?*, 05.05.2003
- MANLIO CAMMARATA, *Le trappole nei contratti di hosting*, 05.05.2003

ALTALEX (www.altalex.it)

- GIUSEPPE CASSANO E FRANCESCO BUFFA, *Responsabilità del content provider e dell'host provider*, 14.02.2003, (<http://www.altalex.com/index.php?idstr=30&idnot=5686>)

JEI (www.jei.it)

- SERGIO SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, (www.jei.it/seminara.htm)

DIRITTO SUL WEB (www.dirittosulweb.it)

- REDAZIONALE, *Tribunale di Napoli, 14 giugno 2002 - responsabilità del presunto provider e pubblicità con banner*, (<http://www.dirittosulweb.com/approfondimenti/display.asp?id=710>)
- GIUSTINO SISTO, *"La legge salva Provider"*, (<http://www.dirittosulweb.com/approfondimenti/display.asp?id=482>)

TELEMA (www.fub.it/telema/)

- STEFANO RODOTÀ, *"Anche il diritto insegue la società che corre, e cambia"*, *Telèma* n. 11, 1998 (<http://www.fub.it/telema/TELEMA11/Telema11.html>)

INFOIUS (www.infoius.it)

- ANTONIO COLUCCIA, *La responsabilità amministrativa e da reato dei providers –la pedofilia on-line*, (http://www.infoius.it/monografie/resp_providers/intro.asp)

JUSNET (www.jusnet.it)

- UMBERTO FANTIGROSSI e DANIELA REDOLFI, *La privacy nelle telecomunicazioni anche per gli Internet Providers*

ALTRI SITI

CONSULENTE LEGALE INFORMATICO (www.consulentelegaleinformatico.it)

- VALENTINA FREDIANI, *Internet Provider: responsabilità e casistica*, 05.03.2002, (<http://www.consulentelegaleinformatico.it/Approfondimenti/6.htm>)
- NICOLÒ GHIBELLINI, *La responsabilità del provider: dubbi e perplessità*, (<http://www.consulentelegaleinformatico.it/Approfondimenti/26.htm>)

ASSOPROVIDER (www.assoprovider.net)

- NICOLÒ GHIBELLINI, *Isp sempre più responsabili*, 24.05.2003, (<http://www.assoprovider.net/page-news-on-line.phtml?ID=155>)
- VALENTINA FREDIANI, *Più chiare le responsabilità degli Isp*, 24.04.2003 (<http://www.assoprovider.net/page-news-on-line.phtml?ID=150>)

UNONET (www.unonet.it)

- UNOLEGAL CONSULTING (a cura di), *Internet e contenuti illeciti: il regime di responsabilità degli Internet Service Provider*, 27.11.2000 (<http://www.unonet.it/articoli/diritto/04DAD79.asp>)

UNIONE CONSULENTI (www.unioneconsulenti.it)

- REDAZIONALE, *Responsabilità degli Isp sui contenuti illeciti dei siti ospitati*, (<http://www.unioneconsulenti.it/article.php?sid=318>)

VARI

- www.aiip.it, sito dell'Associazione Italiana Internet Provider
- www.anfov.it, sito dell'Associazione per la convergenza nei servizi di comunicazione
- www.medialaw.it

TESTI NORMATIVI ITALIANI

- Legge 8 febbraio 1948, n. 47
- Legge 6 agosto 1990, n. 223
- Decreto legislativo 15 gennaio 1992, n. 50
- Legge 31 dicembre 1996, n.675
- Decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114 (art. 18)
- Decreto legislativo 22 maggio 1999, n. 185
- Legge 3 agosto 1998 n. 269
- Legge 7 marzo 2001, n. 62
- Legge delega 1. marzo 2002 n. 39
- Legge 8 aprile 2002, n. 59
- Decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70
- Circolare n. 3487/C del 01.06.2000 "Disciplina della vendita di beni tramite mezzo elettronico" del Ministero dell'industria
- Deliberazione CCIAA di Milano 23 luglio 2001, n. 258

TESTI NORMATIVI COMUNITARI

- Direttiva 8 giugno 2000/31/CE
- Direttiva 2001/29/CE

SENTENZE E DECISIONI GIURISPRUDENZIALI

- Procura della Repubblica presso la Pretura Circondariale di Vicenza; Decreto di sequestro preventivo (artt. 321.3-bis c.p.p.) relativo al procedimento n.1079/98 - MOD 44-05
- Corte di Cassazione - Sezione V Penale, Sentenza n.4741/2000 del 17 novembre 2000
- Tribunale di Napoli, sentenza 8 agosto 1996
- Tribunale di Cuneo, sentenza 23 giugno 1997
- Tribunale di Napoli, sentenza ? agosto 1997
- Tribunale di Teramo, sentenza 11 dicembre 1997
- Tribunale di Roma, sentenza 4 luglio 1998
- Tribunale di Roma, sentenza 22 Marzo 1999
- Tribunale di Firenze, sentenza n. 3155, 21 maggio 2001
- Tribunale di Bologna, sentenza 26 novembre 2001
- Tribunale di Napoli, sentenza 14 giugno 2002

© 2003 – 2006 GIANLUIGI ZARANTONELLO - www.gianluigizarantonello.it