

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PARMA

Dottorato di ricerca in Diritto Commerciale: Proprietà
Intellettuale e Concorrenza

Ciclo XXIII

La responsabilità degli Internet Service Provider

Coordinatore:

Chiar.mo Prof. Pietro Vagliasindi

Tutor:

Avv. Giulio Bergomi

Dottorando: Dott. Jacopo Liguori

INDICE

1. Introduzione	4
2. Il contesto operativo degli ISP: Internet	6
3. Gli ISP e i servizi della società dell'informazione	9
4. La disciplina della responsabilità dell'ISP ante Direttiva 2000/31/CE	11
4.1 Il sistema normativo e giurisprudenziale statunitense. Il DMCA	11
4.2 Il sistema normativo e giurisprudenziale italiano	19
4.3 La situazione negli altri paesi dell'UE	33
4.3.1 Germania	33
4.3.2 Francia	34
4.3.3 Paesi Bassi	35
5. L'attuale disciplina della responsabilità dell'ISP	36
5.1 La Direttiva 2000/31	36
5.2 Il recepimento della Direttiva 2000/31 in Italia: il d. lgs 70/2003	45
5.3 La giurisprudenza italiana	65
5.4 La giurisprudenza comunitaria	99
5.5 Brevi cenni relativi alla situazione nei principali paesi UE ed extra UE	106
5.5.1 Regno Unito	106
5.5.2 Francia	107
5.5.3 Germania	111
5.5.4 Spagna	114
5.5.5 Stati Uniti	115
5.5.6 Cina	116
6. Il futuro della responsabilità dell'ISP	118
6.1 Italia	118
6.2 Regno Unito	131
6.3 Francia	133
6.4 Germania	133
6.5 Spagna	134
6.6 Paesi Bassi	134
6.7 Unione Europea	135

7. Conclusioni	138
7.1 Necessità di un nuovo intervento legislativo	138
7.2 Gli interventi in autotutela	141
BIBLIOGRAFIA	148

1. **Introduzione**

Google, Yahoo, eBay, Telecom Italia sono solo alcune delle aziende che, recentemente, sono diventate protagoniste del dibattuto scenario della responsabilità dell'Internet Service Provider (di seguito, per brevità, "**ISP**"), per i servizi resi tramite Internet.

Già da un decennio, magistrati, studiosi e avvocati di tutto il mondo si interrogano, infatti, sull'ambito di responsabilità degli operatori della rete ed ancora prima sul metodo che essi dovrebbero adottare per mitigare il rischio di tale responsabilità, per la maggior parte derivante da un sistema di comunicazione senza controllo o, per dirla con "*parole nostre*", una "*sconfinata prateria di Internet dove tutto è permesso e niente è vietato*"¹.

Ciò premesso, questo studio si prefigge l'obiettivo di delineare in primo luogo la figura dell'Internet Service Provider ed in particolare i profili di responsabilità in relazione alla sua attività di prestatore di servizi della società dell'informazione (dalla semplice fornitura di accesso alla rete, sino alla memorizzazione o redazione dei contenuti).

Sarà affrontata la disciplina normativa degli ISP, dapprima mutuata analogicamente dagli istituti della responsabilità civile del codice civile e poi specificatamente delineata dal decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70 in attuazione della 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 ("**Direttiva sul Commercio Elettronico**").

Parte dello studio sarà quindi dedicata all'analisi della dottrina che ha commentato l'intervento legislativo e, soprattutto, all'esame delle numerose pronunce giurisprudenziali che si sono interessate, in maniera piuttosto

¹ Dott. Oscar Magi, sentenza del 12 aprile 2010, n. 1972/2010, IV Sezione Penale del Tribunale di Milano in Resp. civ. e prev. 2010, 7-8, 1556

contrastante, della responsabilità della figura del prestatore di servizi della società dell'informazione.

Inoltre, in un contesto globale, quale quello di internet, che dovrebbe quanto più possibile prevedere soluzioni omogenee, saranno previste alcune sezioni dedicate ad un'analisi comparata, al fine di mettere in luce differenze e similitudini tra i vari sistemi normativi.

Un particolare riguardo sarà riservato agli attuali meccanismi implementati dai prestatori di servizio al fine di limitare, quanto possibile, la propria responsabilità.

Infine, anche alla luce degli ultimi sviluppi giurisprudenziali e delle recenti proposte di modifiche legislative, si cercherà di tracciare una linea di percorso per le possibili soluzioni *de iure condendo*.

2. Il contesto operativo degli ISP: Internet

Oggi, gli ISP servono, sulla rete globale, circa un miliardo e mezzo di persone, in ogni parte del mondo, tanto da rendere internet il più importante strumento di comunicazione di massa.

Con specifico riferimento al nostro paese e relativamente all'anno 2010, il 69,7% della popolazione italiana, cioè 33,4 milioni, ha dichiarato di poter accedere a internet da qualsiasi luogo (casa, ufficio e luogo di studio *in primis*) e attraverso qualsiasi strumento, con un incremento di 2,4 milioni di individui pari al 7,9% in più rispetto al 2009². L'*audience online* del 2010 è aumentato del 12,5% rispetto all'anno precedente raggiungendo 25 milioni di Italiani con un età superiore ai 2 anni che hanno navigato almeno una volta nel *cyberspazio*. Nel giorno medio gli utenti attivi sono 12 milioni, con una crescita del 15,3% rispetto al 2009, con 1 ora e 30 minuti di tempo speso online quotidianamente e 183 pagine viste per persona. Gli ultimi dati di ottobre 2011, registrano 27,3 milioni di Italiani che hanno navigato almeno una volta e gli utenti attivi hanno raggiunto quota 13 milioni, il 7,6% in più rispetto al 2010³.

Ci si potrebbe domandare quali siano le ragioni di un utilizzo così diffuso. Le risposte sono essenzialmente riconducibili a due: una di carattere tecnico e l'altra di carattere pratico, complementari tra di loro.

La prima attiene al fatto che, a partire dal 2005, ha cominciato a diffondersi la presenza di *website* in cui gli utenti erano messi in grado di ricoprire un ruolo attivo, quando non esclusivo, nella creazione di ciò che vi veniva immesso; fino ad allora infatti il mondo del *web* era simile a quello dei media tradizionali, per cui i contenuti erano realizzati dall'editore del sito o da suoi collaboratori. Non è un caso che si sia cominciato a parlare di *web 2.0*, in contrapposizione al *web 1.0*, e che già nel 2006 la rivista *Time* abbia scelto come immagine della copertina, per il numero tradizionalmente dedicato al personaggio dell'anno, un personal computer all'interno del cui schermo la parola "*You.*" Ciò

² Dati pubblicati da Audiweb del mese di dicembre 2010 (ottenuti sulla base di 10.000 intervistati italiani fra gli 11 e i 74 anni)

³ Comunicato stampa Audiweb del 30-11-2011 in www.audiweb.it

sta a significare proprio il potere di controllo riservato all'utente nell'Era dell'informazione. Va altresì rilevato che è proprio la caratteristica per cui sono gli utenti ad essere i protagonisti dei *website* che permette a quest'ultimi di ottenere un grandissimo successo, spesso superiore a quello dei *website* tradizionali, in quanto in tal modo si consente agli utenti stessi di sentirsi parte di una immensa comunità con cui scambiare idee e condividere valori e passioni.

La seconda ragione riguarda la circostanza per cui oggi con Internet si può fare praticamente qualsiasi cosa e, sempre più spesso, in modo più efficiente: grazie a software come *Skype*, le distanze e i costi si sono incredibilmente ridimensionati, tanto che, con una videochiamata, chiacchierare con una persona dall'altra parte del globo è persino più piacevole rispetto a una conversazione al telefono con una persona a tre isolati da casa; per mezzo di *social network* come *Facebook*, si possono rintracciare vecchie amicizie, anche tramite le foto profilo, di cui, volendo fare un paragone, l'elenco telefonico non dispone; grazie ad *online store* come www.yoox.com, i negozi sono diventati luoghi aperti al pubblico 24 ore su 24, e consultando siti di recensioni sui viaggi come www.tripadvisor.com, è possibile ottenere giudizi diretti degli utenti, sicuramente più genuini e disinteressati, che danno a colui che legge le recensioni un'immagine più veritiera del bene o servizio recensito, rispetto a quella che potrebbe trovare sul sito dell'albergatore. In altre parole, ormai con internet è possibile condividere e consultare un numero pressoché infinito di informazioni, incontrarsi, fare affari e, tutto ciò, per mezzo degli ISP.

Se è vero che Internet favorisce lo sviluppo economico, la comunicazione sociale e la libertà di manifestazione del pensiero, tuttavia è altresì vero che questo strumento sta diventando sempre più un moltiplicatore di illeciti. Diffamazione via web, violazione del diritto alla riservatezza e del diritto d'autore o diritti di proprietà industriale sono solo alcuni esempi. E di nuovo, gli ISP sono, in tali circostanze, protagonisti.

In particolare, tra questi illeciti, le **violazioni del diritto d'autore** sono le più frequenti (e quelle sulle quali sarà principalmente incentrato questo studio): è, infatti, sotto gli occhi di tutti come l'utente, per mezzo di internet e, soprattutto

dell'infrastruttura offerta dagli ISP, sia messo in grado di riprodurre e diffondere, con estrema facilità, un gran numero di documenti, immagini ed altre opere protette, senza la necessaria autorizzazione da parte dell'autore o del titolare dei diritti su di esse.

Esemplificando, chiunque oggi può guardare un film appena uscito nelle sale cinematografiche, comodamente sul proprio computer, scaricando i contenuti illegalmente. O ancora, si prenda il caso del noto servizio di *peer to peer* (“**P2P**”), definito come “*un tipo di network transiente che permette ad un gruppo di persone con lo stesso programma, di connettersi e accedere direttamente alle risorse*”⁴. Con tale tecnica gli utenti possono scambiarsi file, senza necessità di detenere gli stessi, su un server unico.

Le sempre più sofisticate infrastrutture di cui oggi è possibile dotarsi (dal pc alla connessione) e la garanzia del quasi totale anonimato sulla rete hanno poi di gran lunga contribuito alla diffusione del fenomeno.

Infine, quando anche non si configura alcun illecito, il comportamento dell'utente può comunque essere in grado di intaccare la propria reputazione: non sono pochi i casi in cui la presenza di messaggi o simili sul noto *social network Facebook*, in cui dipendenti di aziende esprimono la propria noia e il proprio “dolce far niente”, diventa motivo di richiamo o, nei casi più estremi, di licenziamento.

In tale contesto operano dunque gli ISP.

⁴ Tratto da http://www.pc-facile.com/glossario/peer_to_peer alla voce “peer to peer”

3. **Gli ISP e i servizi della società dell'informazione**

Il termine anglosassone “*Internet Service Provider*” (ISP) viene comunemente tradotto in italiano come “*fornitore di servizi su Internet*” ed è stato definito come “*il soggetto che esercita un'attività imprenditoriale di prestatore di servizi della società dell'informazione offrendo servizi di connessione, trasmissione e immagazzinamento dei dati, ovvero ospitando un sito sulle proprie apparecchiature*”⁵ o ancora “*una struttura commerciale o un'organizzazione che offre agli utenti (residenziali o imprese), dietro la stipulazione di un contratto di fornitura, la fornitura di servizi inerenti Internet, i principali dei quali sono l'accesso a Internet e la posta elettronica*”⁶.

Più in dettaglio, troviamo, in primo luogo, i provider deputati a consentire l'**accesso alla rete**, per il tramite delle loro infrastrutture, comunemente detti “*mere conduit*” o “*access provider*”. Detti provider offrono dunque agli utenti della rete il semplice trasporto di dati e di informazioni (si pensi all'azienda Telecom per il nostro paese).

Si è giustamente affermato che la fornitura di accesso alla rete è “*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*”⁷.

I provider possono poi consentire agli utenti internet di condividere le informazioni più facilmente, potendole anche ospitare in via permanente nelle proprie piattaforme informatiche. Nel primo caso si parla di “*caching provider*” (ad es. Google con il suo motore di ricerca) e nel secondo di “*hosting provider*”

⁵ Relazione Illustrativa che ha accompagnato la notifica dello schema di d. lgs. alla Commissione Europea effettuata ai sensi della direttiva 98/34/CE con nota n. 2003 DAR 2009/I del 24 gennaio 2003

⁶ Tratto da http://it.wikipedia.org/wiki/Internet_Service_Provider alla voce “Internet Service Provider”

⁷ RISTUCCIA e TUFARELLI, La natura giuridica di Internet e le responsabilità del provider, www.interlex.it, 19.06.97

(ad es. sempre Google con la sua piattaforma Youtube per la condivisione di file video).

Inoltre, accanto anche ad altri servizi, come la fornitura di account *email* o la gestione di *chatline*, *mailing lists*, *newsgroup*, i provider possono occuparsi di redigere i contenuti da immettere sulla rete (“*content provider*”).

Come si analizzerà in seguito, all’interno della vasta gamma di servizi che l’ISP offre agli utenti finali, la fornitura dell’accesso alla rete e il servizio di *hosting* sono sicuramente quelli che emergono per la loro rilevanza e problematicità.

E gli ISP, come è intuibile, sono diventati, loro malgrado, i protagonisti di numerosi contenziosi promossi, per la maggior parte dai titolari di diritti di proprietà intellettuale. Infatti, in un contesto nel quale gli utenti si trasferiscono file costituiti da, ad esempio, musiche e video coperti da diritto d’autore, è evidente che risalire al singolo utente è oltremodo difficoltoso e, conseguentemente, anche l’individuazione dei responsabili della singola violazione del diritto d’autore. E dunque, come si dirà più in dettaglio di seguito, ciò ha portato coloro che detengono i diritti violati ad esperire azioni legali non tanto nei confronti dei singoli utenti, ma nei confronti degli ISP, al fine di bloccare contemporaneamente più illeciti.

Il problema giuridico odierno è dunque quello di comprendere se e quando sia possibile imputare una responsabilità civile agli ISP nel momento in cui vengono compiute violazioni sulla rete direttamente o indirettamente, cioè da parte dei fruitori dei loro servizi. Ed ancor prima, capire come gli ISP possano affrontare ed evitare i rischi e le conseguenze che ne sono sottesi.

4. **La disciplina della responsabilità dell'ISP ante Direttiva 2000/31/CE**

La presente sezione sarà dedicata all'esame della situazione e della disciplina vigente in relazione alla responsabilità degli Internet Service Providers, prima dell'entrata in vigore della Direttiva sul Commercio Elettronico.

4.1 **Il sistema normativo e giurisprudenziale statunitense. Il DMCA**

Prima di approfondire la soluzione adottata nel nostro ordinamento in tema di responsabilità civile del provider, si ritiene utile accennare brevemente a quanto avvenuto nel sistema statunitense e ciò, sia per ragioni di ordine temporale, in quanto proprio in quel paese si sono verificati le prime controversie aventi ad oggetto l'attività dei provider, sia perché detto sistema è stato considerato fonte di ispirazione della Direttiva sul Commercio Elettronico.

Il sistema di responsabilità civile statunitense, similmente anche ad altri ordinamenti tra cui il nostro, distingue tre ipotesi: la *direct liability*, la *contributory liability* e la *vicarious liability*, ovvero la responsabilità diretta, a titolo di concorso e a titolo di vigilanza, riconducibili rispettivamente agli artt. 2043, 2055 e 2049 del codice civile italiano.

In altre parole, vi è responsabilità diretta quando l'internet service provider è direttamente responsabile dell'illecito, a titolo di concorso quando il provider ha avuto conoscenza dell'illecito, ovvero ha protetto l'anonimato del vero responsabile dell'illecito e, a titolo di vigilanza, quando l'operatore della rete non ha adempiuto (con dolo o colpa) ad un obbligo di vigilanza ad esso imposto.

In applicazione di tali principi, il caso *Cubby v. CompuServe Inc.* del 1991⁸ fu uno dei primi in cui venne affrontato il tema della responsabilità di un ISP: CompuServe era stato citato in quanto provider del server che aveva riprodotto messaggi diffamatori inseriti da un utente.

⁸ Caso *Cubby v. CompuServe Inc* No. 90 Civ. 6571 United States District Court, S.D. New York Oct. 29, 1991 in http://epic.org/free_speech/cubby_v_compuserve.html

In tale occasione, il giudice ritenne Compuserve non responsabile, in quanto la sua figura era stata assimilata a quella di “*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*”⁹. In altre parole, la Corte americana, pur non disconoscendo l’illiceità dei messaggi, respinse tuttavia ogni ipotesi di responsabilità nei confronti del provider, sostenendo che (in quel caso concreto) lo stesso era un mero distributore di informazioni e a lui **non competeva alcuna attività di controllo**.

Poco più tardi, nei casi **Playboy Enterprises, Inc. v. Frena** del 9 dicembre 1993¹⁰ e **Sega Entertainment, Ltd. v. Maphia** del 28 marzo 1994¹¹, ai provider vennero invece attribuite delle responsabilità per aver compiuto e contribuito a violazioni del diritto d’autore, 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 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.

L’anno seguente, nelle decisioni **Stratton Oakmont Inc vs. Prodigy** dell’11 dicembre 1995¹² e **Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services**¹³, fu esplicitata la distinzione fra gli *access provider* e i *service provider*, sanzionando i secondi, laddove avessero eseguito forme di controllo o filtraggio del materiale ospitato presso le loro piattaforme.

⁹ RISTUCCIA e TUFARELLI, La natura giuridica di Internet e le responsabilità del provider, www.interlex.it, 19.06.97

¹⁰ In http://www.loundy.com/CASES/Playboy_v_Frena.html

¹¹ In http://www.loundy.com/CASES/Sega_v_MAPHIA.html

¹² In <http://cyber.law.harvard.edu/metaschool/fisher/ISP/ISPC4.html>

¹³ In <http://jolt.richmond.edu/v3i1/burhugh.html>

Nel primo caso, la società di consulenza finanziaria Stratton Oakmont aveva citato in giudizio la società Prodigy, gestore di un forum finanziario, nel quale erano stati postati una serie di messaggi pubblici, apparentemente denigratori, in cui si asseriva che il presidente della Stratton era stato incriminato per vari reati. Il provider aveva sostenuto, a propria difesa, di essere solo un distributore che non poteva essere chiamato a rispondere di azioni intraprese da terzi. Inoltre, il gestore affermava di non aver alcun controllo sulle notizie pubblicate. Tuttavia, nel corso del processo emerse che Prodigy operava un controllo, seppur parziale, sui contenuti della messaggistica pubblica attraverso determinati software che provvedevano ad eliminare tutti i messaggi osceni. Per tale motivo, la Corte di New York ritenne che il provider o chiunque altro ponesse in essere 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”*. Al provider veniva dunque attribuita la **responsabilità** per quanto diffuso sui siti ospitati e per aver realizzato un **sistema di filtraggio** che, in quanto tale, lo avrebbe reso simile al direttore responsabile di una testata giornalistica.

Come poteva apparire evidente, tale prassi giurisprudenziale determinò come immediata ripercussione che i consulenti legali statunitensi suggerirono rapidamente a tutti gli internet provider di evitare qualsiasi forma di controllo e di monitoraggio pubblicizzando chiaramente in rete la piena libertà e responsabilità attribuite dal provider ai propri utenti. E il suggerimento allora preso in considerazione, fu poi mutuato, come vedremo, anche nel nostro sistema.

Nel secondo caso in esame, *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services* del 1995, No. C-95-20091 RMW (N.D. Cal. nov. 21, 1995), i giudici statunitensi esclusero la responsabilità di Netcom, in quanto si ritenne che alcun controllo era stato posto in essere dal provider. Nella fattispecie, l'attore lamentava che alcune copie di materiale appartenente alla setta di Scientology fossero state messe in rete, senza la necessaria autorizzazione, da parte di un utente del provider Netcom On-Line. Dalle indagini emerse tuttavia che la diffusione del materiale era avvenuta all'insaputa del provider, il quale non aveva posto in essere alcun tipo di controllo.

In seguito, l'emendamento del Telecommunications Act 1996 negò la possibilità che la figura dell'ISP potesse essere assimilata a quella dell'editore. Il **caso Zeran v. American On Line** del 21 marzo 1997¹⁴ ne fu un esempio: il provider fu assolto pur essendo a conoscenza dei contenuti illeciti e addirittura pur avendo ricevuto una richiesta di rimozione da parte dell'interessato.

In tale contesto e con specifico riguardo al tema della responsabilità del provider per gli illeciti derivanti dalla violazione delle norme sul diritto d'autore che qui più interessa, l'8 ottobre 1998 venne approvato, con voto unanime del Senato degli Stati Uniti e controfirmato dal Presidente Bill Clinton il 28 ottobre 1998, il **Digital Millennium Copyright Act (DMCA)**.

Nel documento legislativo sopra citato, che si proponeva di implementare i trattati WIPO del 1996 e ridefinire alcuni aspetti della tutela del diritto d'autore in seguito all'avvento della tecnologia digitale e di internet, è stata dedicata una sezione apposita (la n. 512) alla disciplina organica della responsabilità dell'internet provider¹⁵.

In breve, il legislatore statunitense ha predisposto una limitazione di responsabilità a favore degli ISP (cd. "**Safe Harbour**") per arginare le richieste di risarcimento danni derivanti da violazioni del copyright perpetrate, loro tramite, dagli utenti internet, facendo, tuttavia, salvi eventuali provvedimenti di inibitoria alla continuazione dell'illecito.

A tale fine, sono state previste quattro diverse categorie di attività di cui possono occuparsi gli ISP: (i) "*Transitory communications*", (ii) "*system caching*", (iii) "*storage of information on systems or networks at direction of users*" e (iv) "*information location tools*", laddove per provider, con riferimento alla prima limitazione, si è voluto intendere: "*an entity offering the transmission, routing, or providing of connections for digital online communications, between*

¹⁴ In http://www.loundy.com/CASES/Zeran_v_AOL.html

¹⁵ Si veda il testo completo in <http://www.copyright.gov/title17/92chap5.pdf> e la sintesi in <http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>

or among points specified by a user, of material of the user's choosing, without modification to the content of the material as sent or received' mentre, con riguardo alle altre tre categorie, *"a provider of online services or network access, or the operator of facilities therefor"*.

Inoltre, il sistema prevede che il provider debba assicurare altre due condizioni per ottenere l'esenzione *"(1) it must adopt and reasonably implement a policy of terminating in appropriate circumstances the accounts of subscribers who are repeat infringers; and (2) it must accommodate and not interfere with "standard technical measures"*.

Poi, più in particolare, con riferimento al primo caso di esenzione, si è richiesto che siano rispettate le seguenti condizioni: *"(i) The transmission must be initiated by a person other than the provider; (ii) The transmission, routing, provision of connections, or copying must be carried out by an automatic technical process without selection of material by the service provider; (iii) The service provider must not determine the recipients of the material; (iv) Any intermediate copies must not ordinarily be accessible to anyone other than anticipated recipients, and must not be retained for longer than reasonably necessary; (v) The material must be transmitted with no modification to its content"*.

Circa la seconda limitazione, invece, i requisiti sono i seguenti: *"(i) The content of the retained material must not be modified; (ii) The provider must comply with rules about "refreshing" material - replacing retained copies of material with material from the original location— when specified in accordance with a generally accepted industry standard data communication protocol; (iii) The provider must not interfere with technology that returns "hit" information to the person who posted the material, where such technology meets certain requirements; (iv) The provider must limit users' access to the material in accordance with conditions on access (e.g., password protection) imposed by the person who posted the material; (v) Any material that was posted without the copyright owner's authorization must be removed or blocked promptly once the*

service provider has been notified that it has been removed, blocked, or ordered to be removed or blocked, at the originating site".

Con riguardo poi alla terza attività riconducibile ai provider si è richiesto che: "(i) *The provider must not have the requisite level of knowledge of the infringing activity, as described below; (ii) If the provider has the right and ability to control the infringing activity, it must not receive a financial benefit directly attributable to the infringing activity; (iii) Upon receiving proper notification of claimed infringement, the provider must expeditiously take down or block access to the material*". Ed il primo punto è stato esplicito come segue: "*Under the knowledge standard, a service provider is eligible for the limitation on liability only if it does not have actual knowledge of the infringement, is not aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent, or upon gaining such knowledge or awareness, responds expeditiously to take the material down or block access to it*".

L'*hosting provider* andrà quindi esente da responsabilità laddove adotti un atteggiamento neutro rispetto alle informazioni trasmesse e, con particolare riferimento all'ipotesi di *hosting*: (i) non abbia conoscenza effettiva che il materiale o l'attività svolta con il materiale sul suo sistema o sulla sua rete è illegittimo; (ii) in assenza di tale conoscenza effettiva, non sia comunque consapevole di fatti o circostanze da cui possa apparire l'attività illegittima; (iii) laddove sia a conoscenza effettiva o nel momento in cui diventi consapevole di fatti o materiali illegittimi, agisca speditamente per rimuoverli oppure disattivi l'accesso a detti materiali; (iv) non riceva un beneficio economico direttamente attribuibile all'attività illecita, nel caso in cui abbia il diritto e la capacità di controllare tale attività; (v) e dietro notifica di un reclamo per la violazione del copyright, si attivi per rimuovere speditamente il materiale oggetto di tale reclamo oppure per disattivare l'accesso al soggetto autore dell'attività in violazione.

Al fine di rimuovere il materiale asseritamente illecito è stata quindi prevista una particolare procedura ("*take down procedure*") che include una "*notification*" da parte del titolare dei diritti che si assumono violati ed

eventualmente una "*counter notification*", per garantire il diritto di difesa del segnalato.

Più in dettaglio, la procedura si articola come segue: "*Under the notice and takedown procedure, a copyright owner submits a notification under penalty of perjury, including a list of specified elements, to the service provider's designated agent. Failure to comply substantially with the statutory requirements means that the notification will not be considered in determining the requisite level of knowledge by the service provider. If, upon receiving a proper notification, the service provider promptly removes or blocks access to the material identified in the notification, the provider is exempt from monetary liability. In addition, the provider is protected from any liability to any person for claims based on its having taken down the material. In order to protect against the possibility of erroneous or fraudulent notifications, certain safeguards are built into section 512. Subsection (g)(1) gives the subscriber the opportunity to respond to the notice and takedown by filing a counter notification. In order to qualify for the protection against liability for taking down material, the service provider must promptly notify the subscriber that it has removed or disabled access to the material. If the subscriber serves a counter notification complying with statutory requirements, including a statement under penalty of perjury that the material was removed or disabled through mistake or misidentification, then unless the copyright owner files an action seeking a court order against the subscriber, the service provider must put the material back up within 10-14 business days after receiving the counter notification*".

L'obiettivo del legislatore statunitense è stato dunque quello di porre a carico dei titolari dei diritti l'onere di monitorare internet e di segnalare all'agente preposto dal provider eventuali illeciti, ciò che ha il pregio di un più efficace meccanismo di rimozione del materiale e, sicuramente un minor costo.

Infine, il DMCA ha preso in esame l'attività dei provider e la conseguente limitazione di responsabilità concernete le "*Information Location Tools*" (ovvero l'attività di links, motori di ricerca etc.): "*(i) The provider must not have the requisite level of knowledge that the material is infringing. The knowledge*

standard is the same as under the limitation for information residing on systems or networks; (ii) If the provider has the right and ability to control the infringing activity, the provider must not receive a financial benefit directly attributable to the activity; (iii) Upon receiving a notification of claimed infringement, the provider must expeditiously take down or block access to the material".

Come vedremo, l'impostazione del DMCA è stata ripresa, seppur con qualche peculiarità, dal legislatore comunitario prima e da quello italiano poi. Inoltre, laddove queste ultime sono risultate carenti, il DMCA è stato ripreso quale strumento interpretativo nei casi giurisprudenziali affrontati nel nostro paese ed anche come strumento migliorativo nei progetti di riforma legislativa.

4.2 Il sistema normativo e giurisprudenziale italiano

Anche nel nostro paese, la responsabilità extracontrattuale degli ISP ha rappresentato, sin dalle prime controversie della fine degli anni 90, una delle aree più dibattute dagli studiosi del diritto della responsabilità civile¹⁶. E, strada facendo, si è sempre più avvertita la necessità di regolare con una disciplina *ad hoc* la responsabilità gravante sui prestatori di servizi nella rete.

Il dibattito, in particolare, fu, ed è tutt'ora incentrato sulla responsabilità derivante dall'attività degli *hosting provider*, soprattutto per gli illeciti commessi, mediante internet, dagli effettivi autori materiali delle informazioni o delle attività illecite.

Prima dell'entrata in vigore della Direttiva 2000/31 e sulla scorta di quanto avveniva negli Stati Uniti, si erano susseguite diverse interpretazioni in relazione alle varie fattispecie che potevano dare luogo a responsabilità per l'ISP.

Ai primi commentatori, l'internet service provider era apparso sicuramente come un soggetto cui poter applicare il regime di responsabilità civile e/o penale, previsto dal nostro ordinamento.

¹⁶ Sulle varie teorie che si sono avvicinate e di cui si da conto nella presente sezione, si vedano i numerosi scritti, monografie e/o articoli citati nella bibliografia del presente studio tra cui ALPA, *Cyber law. Problemi giuridici connessi allo sviluppo di Internet*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, II, 385 e in TOSI (a cura di), *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*, Milano, 2003, Prefazione, CERINA, *Contraffazione di marchio sul World Wide Web e questioni di giurisdizione*, commento al caso "Blue Note", U.S. District Court di New York, in *Dir. Ind.*, 1997, n. 4, 302, CERINA, *Internet: nuova frontiera per il diritto dei marchi?*, in *Dir. ind.*, 1996, n. 71, 552, COSTANZO, *Libertà di manifestazione del pensiero e "pubblicazione" in Internet* nota Tribunale Teramo, 11/12/1997 in *Riv. inf. e informatica* 1998, 2, 372 COSTANZO, *I newsgroups al vaglio dell'Autorità giudiziaria (ancora a proposito della responsabilità degli attori d'Internet)* nota a Tribunale Roma, 04/07/1998 in *Riv. inf. e informatica* 1998, 4-5, 0811 COSTANZO, *Ancora a proposito di rapporti tra diffusione Internet e pubblicazione a mezzo stampa*, in *Dir. inf.*, 2000, 657 ss. COSTANZO, *Profili evolutivi del regime giuridico di Internet*, in *Dir. inf.*, 1996, 834, GATTEI, *Considerazioni sulla responsabilità dell'Internet provider*, 23.11.98, <http://www.interlex.com>, RISTUCCIA e TUFARELLI, *La natura giuridica di Internet e le responsabilità del provider*, in www.interlex.it, 19.06.97, SAMMARCO, *Assegnazione dei nomi a dominio su internet, interferenze con il marchio, domain grabbing e responsabilità del provider*, nota a Tribunale Roma 22/03/1999 in *Riv. inf. e informatica*, 2000, 1, 67, SEMINARA, *La pirateria su Internet e il diritto penale*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1997 fasc. 1-2, 71-114, TROIANO, *Gli illeciti attraverso Internet: problemi di imputazione e responsabilità*, in *AIDA*, 1998 pt. 1, 399-415.

Come noto, la prima si sostanzia in un comportamento illecito, da chiunque posto in essere, che sia tale da provocare ad un altro soggetto un danno ingiusto. A fronte di tale responsabilità e qualora il soggetto danneggiato sia in grado di provare il danno, l'illiceità del comportamento e il rapporto di causa-effetto tra il comportamento e il danno, sarà possibile ottenere un risarcimento. La responsabilità penale, invece, è configurabile solo allorché una norma di legge preveda che ad un certo comportamento, considerato particolarmente dannoso e/o pericoloso per la collettività, corrisponda un reato¹⁷.

Più in dettaglio, per quanto riguarda le possibili responsabilità imputabili all'ISP, emerse anzitutto il caso in cui l'ISP avesse diffuso contenuti illeciti e dunque fosse stato l'autore dell'illecito ("*content provider*").

In tale situazione, in mancanza di una normativa di settore, si ritenne di poter applicare i principi generali in materia di **responsabilità civile** di cui **all'art. 2043 codice civile**, stabilendo che il provider rispondesse **per fatto proprio**. Ed invero, lo stesso codice di autoregolamentazione dell'Aiip (Associazione Italiana Internet Provider), già sosteneva che il fornitore di contenuti era responsabile delle informazioni che metteva a disposizione del pubblico.

Inoltre, si riteneva di non poter in alcun modo escludere la responsabilità, anche penale, laddove ciò fosse configurabile, in tutte le ipotesi in cui vi fosse da parte del provider una violazione diretta di una norma in relazione all'attività posta in essere.

La questione si era fatta via via più complessa nel delineare la **responsabilità** del provider quando quest'ultimo veniva chiamato a rispondere del **fatto illecito altrui**, posto in essere dall'utente valendosi delle proprie infrastrutture di comunicazione ("*access provider*"), del proprio server o del sito creato sul proprio server ("*host provider*"), o finanche delle pagine da esso memorizzate temporaneamente ("*cache provider*").

¹⁷ Nel presente studio, ci occuperemo principalmente della responsabilità civile, lasciando tuttavia spazio ad esempi di casi giurisprudenziali in cui sono state applicate anche le norme penali.

Come correttamente evidenziato dai primi commentatori, appariva, infatti, evidente come, nei casi sopra citati, l'attività del provider fosse *“del tutto autonoma rispetto a quella illecita del terzo, pur essendo causalmente la prima condicio sine qua non della verifica della seconda”*¹⁸.

Si era dunque teorizzata l'ipotesi in cui un soggetto avesse realizzato illeciti attraverso l'infrastruttura tecnologica dell'ISP, che ne fosse conscia ed avesse consapevolmente fornito l'accesso a dati illeciti immessi da altri, evidenziando in tal caso una **responsabilità di tipo concorsuale** nell'illecito ex art. **2055** del codice civile, oppure, una responsabilità dovuta a negligenza, causata dal mancato svolgimento dei necessari controlli volti a prevenire la commissione di illeciti ex art. **2049** del codice civile.

C'era poi anche chi aveva fatto riferimento all'art. **2050** del Codice Civile, ritenendo l'attività di gestione di un server di rete un'attività pericolosa, con la conseguenza che qualunque fatto illecito commesso da un utente di un sito internet poteva gravare anche sul gestore, salvo che quest'ultimo non potesse provare di aver adottato tutte le misure idonee per evitare il danno (ad es. la verifica di ogni contenuto immesso nel sito gestito)¹⁹.

Infine, si era teorizzata (ed anzi resa concreta) l'applicazione delle **norme sulla responsabilità dell'editore di testata giornalistica**, equiparando, di fatto, il gestore di un sito web al responsabile editoriale, in modo da attribuirgli un obbligo di verifica dei contenuti immessi in rete e quindi una conseguente responsabilità nel caso in cui detti contenuti non fossero risultati legittimi.

Detta tesi, accolta, come vedremo, anche dalla prima giurisprudenza, ricostruiva la responsabilità civile del provider applicando in via analogica l'art. 11 della legge 47/1948: *"Per i reati commessi col mezzo della stampa sono civilmente responsabili, in solido con gli autori del reato e fra di loro, il*

18 CASSANO e BUFFA, Responsabilità del content provider e dell'host provider in *Il Corriere giuridico*, 2003 fasc. 1, pp. 77 – 81.

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

proprietario della pubblicazione e l'editore". Mentre, lato penale, si riteneva di poter applicare il successivo art. 13: "Nel caso di diffamazione commessa col mezzo della stampa, consistente nell'attribuzione di un fatto determinato, si applica la pena della reclusione da uno a sei anni e quella della multa non inferiore a lire 500.000", nonché l'art. 30 della legge 223/1990, in tema di trasmissioni radiofoniche o televisive.

Da ciò se ne faceva discendere, dunque, un obbligo di vigilanza gravante sull'*host provider* sulle informazioni presenti sul proprio server a pena di corresponsabilità per gli illeciti compiuti da terzi (quali ad esempio l'intestatario del sito web messo a disposizione dall'ISP).

La maggiore criticità di questo orientamento la si rintracciava nella stessa normativa sulla stampa: l'art. 1 della legge citata prevedeva che fossero considerate stampe o stampati, ai fini della legge, *"tutte le riproduzioni tipografiche o comunque ottenute con mezzi meccanici o fisico-chimici in qualsiasi modo destinate alla pubblicazione"*, escludendo così in realtà ed esplicitamente l'applicazione ad altre fattispecie. Si ravvisava inoltre l'impossibilità di pervenire ad una applicazione analogica di una norma penale in *malam partem*. Tale criticità non valse tuttavia a impedire l'equiparazione che di fatto portava ad una previsione di responsabilità a carattere oggettivo, a causa dell'impossibilità materiale a controllare tutto ciò che si trovasse nel server.

Non sembrava esserci invece alcuna responsabilità dell'ISP qualora, come precedentemente richiamato, l'utente avesse pregiudicato, con la sua condotta, la sua reputazione: non si poteva infatti richiedere al provider di controllare l'idoneità dei materiali volontariamente caricati dall'utente a pregiudicare lo stesso, sia per l'arbitrarietà delle scelte che andrebbero prese al riguardo, sia per l'impossibilità materiale e tecnica per gli ISP a controllare continuamente le informazioni inserite.

All'interno del panorama italiano ed in maniera non difforme da quanto sopra teorizzato, si sono registrati due principali filoni giurisprudenziali, ove lo

spartiacque fu rappresentato dalla sentenza del Tribunale di Roma del 4 luglio 1998 (su cui *infra*).

Inizialmente la giurisprudenza optò per una linea più rigida in cui gli obblighi di controllo per l'ISP erano particolarmente gravosi e altrettanto forti furono le reazioni dei giuristi, nonché dei prestatori di servizi, degli utenti e anche di alcune testate giornalistiche²⁰.

La prima tesi, elaborata dalla dottrina e seguita dalla giurisprudenza fu, come sopra accennato, quella legata alla c.d. **responsabilità per stampa**²¹. E la prima pronuncia nella quale la figura del provider venne equiparata a quella dell'organo di stampa, fu quella del **Tribunale di Napoli dell'8 agosto 1997**, in cui venne affermato che *"Il titolare di un nome di dominio Internet ha gli obblighi del proprietario di un organo di comunicazione, poiché la rete Internet, quale "sistema internazionale di interrelazione tra piccole e grandi reti telematiche", è equiparabile ad un organo di stampa"* e che pertanto **"il proprietario di un canale di comunicazione destinato ad un pubblico di lettori - al quale va equiparato quale organo di stampa un sito Internet - ha l'obbligo di vigilare sul compimento di atti di concorrenza sleale eventualmente perpetrati attraverso la pubblicazione di messaggi pubblicitari di cui deve verificare la natura palese, veritiera e corretta, concorrendo, in difetto, e a titolo di responsabilità aquiliana nell'illecito di concorrenza sleale"**²².

In altro punto, si osservò che: *"Il titolare di un nome di dominio Internet risponde degli eventuali illeciti integrati dal contenuto delle pagine inserite nel sito da lui gestito: su di lui grava infatti un obbligo di diligente verifica circa la legittima titolarità del segno distintivo usato dall'inserzionista e di controllo preventivo circa il contenuto del messaggio, al fine di verificare che la pubblicità sia palese, veritiera e corretta. Tale principio rimane fermo anche se il titolare*

²⁰ STAGLIANÒ "Diffamazione? I danni li paga il server" in La Repubblica del 31 marzo 2000 http://www.repubblica.it/online/tecnologie_internet/diffamazione/demon/demon.html

²¹ Si veda il commento di ALBERTINI, alla decisione del Tribunale Napoli del 8 agosto 1997, Le comunicazioni via Internet di fronte ai giudici: concorrenza sleale ed equiparabilità alle pubblicazioni a stampa in Giust. civ. 1998, I, 259

²² Trib. Napoli, 8 agosto 1997, in Dir. inf., 1997, 970 (caso Cirino Pomicino) e in Riv. dir. ind., 1999, II, 38

del nome di dominio si limita alla manutenzione tecnica del sito, mentre la creazione, la gestione e la negoziazione commerciale delle pagine da mettere in rete è affidata ad un soggetto terzo. L'onere di provare il contenuto di una pubblicazione "on line" può essere soddisfatto mediante l'esibizione della riproduzione a stampa delle pagine elettroniche di cui si compone un "sito" Internet. Il proprietario di un "sito" Internet ha obblighi precisi di vigilanza sul compimento di atti di concorrenza sleale eventualmente perpetrati attraverso la pubblicazione di messaggi pubblicitari. La colposa o dolosa inottemperanza a questi obblighi comporta la sua corresponsabilità nell'illecito concorrenziale”.

Il giudice, argomentando sul punto, ritenne altresì opportuno richiamare un precedente del Tribunale di Milano, nel quale il proprietario dell'organo di comunicazione era stato dichiarato corresponsabile di un imprenditore, autore dell'illecito concorrenziale (decreto del 29 aprile 1976).

Tale linea venne confermata l'anno successivo anche da altre ordinanze.

In una seconda pronuncia il **Tribunale di Teramo l'11 dicembre 1997**, fissando dapprima il principio secondo il quale *“l'abuso del diritto di cronaca è sanzionabile anche se commesso mediante internet, poiché il mezzo non modifica l'essenza del fatto che mantiene il requisito dell'illiceità e rimane sanzionabile alla stregua di tutte le condotte che comportino aggressione all'onore e al decoro”* escluse la responsabilità civilistica del provider, ma solo in virtù del contratto sottoscritto fra internet provider ed utente. Infatti, in osservanza di detto principio, dispose la rimozione dal sito delle informazioni lesive della reputazione del ricorrente, inibendone l'ulteriore diffusione. Dunque, a parere del giudicante, le stesse responsabilità che gravavano sull'editore cartaceo potevano essere imputate all'attività editoriale telematica ²³.

Sempre in tema di diffamazione, il **Pretore di Vicenza, con ordinanza del 23 giugno 1998** dispose il sequestro preventivo di tutte le attrezzature usate per

²³ Trib. Teramo, 11 dicembre 1997 in Dir. informatica 1998, 370 con nota di COSTANZO, Libertà di manifestazione del pensiero e "pubblicazione" in Internet nota Tribunale Teramo, 11/12/1997 in Riv. inf. e informatica 1998, 2, 372

diffondere sul sito web il messaggio diffamatorio affinché cessasse in ogni caso la diffusione via Internet del messaggio diffamatorio²⁴. E in detta occasione, già si manifestarono accese critiche in quanto vennero coinvolte tutte le attrezzature gestite dalla resistente, senza distinguere il singolo messaggio ed indirizzare eventualmente il provvedimento verso quell'unico sito web oggetto di denuncia.

In una successiva pronuncia, il **Tribunale di Macerata, il 2 dicembre 1998**, affermò che *“al contrario della Registration Authority, che, ragionevolmente, non può rifiutare una registrazione solo perché ritiene che il nome proposto sia il marchio noto di soggetto diverso, il gestore di rete va assimilato ad una sorta di editore, il quale ha l’obbligo di vigilare affinché attraverso la sua pubblicazione non vengano perpetrati delitti o illeciti di natura civilistica, cosicché tale soggetto risponde dell’illecito consistente nell’adozione di un domain name che costituisce violazione dell’altrui marchio e titolo di una pubblicazione”*²⁵.

Anche il **Tribunale di Bari**, l'11 giugno 1998 aveva ritenuto di poter affermare che un sito Internet *“si configura come un peculiare giornale telematico”*²⁶.

Una voce fuori dal coro, non ancora in grado di dare vita a un precedente, fu quella del **Tribunale di Cuneo, il 23 giugno 1997**, che ritenne equiparabile la figura del provider che avesse semplicemente fornito l’accesso alla rete e uno spazio di pubblicazione, non a un organo di stampa, bensì, a *“un centro commerciale che abbia concesso in locazione la bancarella sulla quale l’autore ha esposto i prodotti incriminati”* e con ciò escluse la responsabilità del provider. In altre parole, il giudice stabilì che *“il service provider, che si limiti a concedere l’accesso alla rete, nonché lo spazio del proprio server per la pubblicazione dei servizi informativi realizzati dal fornitore, non è responsabile della violazione del diritto d’autore eventualmente compiuta da quest’ultimo”*²⁷.

²⁴ Pretura Vicenza 23 giugno 1998, in Dir. Inf. Inf. (Giuffrè), pag. 821, 1998.

²⁵ Trib. Macerata, il 2 dicembre 1998 in Dir. ind., 1999, 35

²⁶ Trib. Bari 11 giugno 1998 in Riv. dir. ind. 1999, II, 519

²⁷ Trib. Cuneo, 23 giugno 1997 in Giur. piemontese 1997, 493

Per arrivare ad un'effettiva inversione di tendenza occorre attendere la richiesta di un provvedimento d'urgenza da parte della Banca del Salento al Tribunale di Roma, a seguito di messaggi diffamatori inseriti da un utente all'interno di un newsgroup di MailGate, un servizio della Pantheon s.r.l..

Il Tribunale di Roma, con l'ordinanza del 4 luglio 1998²⁸, rigettò la richiesta ed escluse ogni responsabilità del provider, in quanto l'attività dello stesso si era limitata alla fornitura di uno spazio in rete per gli utenti.

Il giudice stabilì che *“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”*. Oltretutto, nel caso di specie, il giudice non ravvisò alcun profilo diffamatorio, posto che, anche nell'ambito di internet, doveva applicarsi il principio riconosciuto dall'art. 21 della nostra costituzione il quale sancisce il diritto di critica, che può essere espresso da un privato cittadino mediante un *“dissenso motivato, cioè nell'affermazione di fatti non apodittica, ma supportata da appigli concreti. Pertanto, chi voglia esprimere un giudizio sfavorevole sull'operato di un altro soggetto, dovrà spiegarne le motivazioni e fornire dati obiettivi”*.

E già allora, i primi commentatori concordemente rilevarono come la responsabilità dei contenuti non potesse che essere attribuita al loro autore, in quanto il provider non poteva avere **alcun potere di controllo e vigilanza** sugli interventi che poteva essere inseriti nei siti da lui gestiti.

In maniera non difforme il **Tribunale di Oristano, nella decisione del 25 maggio 2000**, affermò che *“deve escludersi l'applicabilità delle norme dettate in materia di diffamazione a mezzo stampa e in materia di trasmissioni radiofoniche o televisive alla diffamazione commessa tramite Internet, trattandosi di un mezzo*

²⁸ Trib. Roma, 4 luglio 1998 in Dir. Inf. Inf. (Giuffrè), pag. 807, 1998 con nota di COSTANZO, I newsgroups al vaglio dell'Autorità giudiziaria (ancora a proposito della responsabilità degli attori d'Internet) nota a Tribunale Roma, 04/07/1998 in Riv. inf. e informatica 1998, 4-5, 0811

di informazione del tutto peculiare al quale, vertendo in materia penale, non può essere estesa in via analogica la disciplina dettata per la stampa o per la radio o la televisione”²⁹.

Poco prima, il **22 marzo del 1999**, sempre il **Tribunale di Roma** aveva tentato di fissare in maniera più puntuale i **criteri per l'imputazione** di responsabilità del provider, in particolare della **responsabilità concorsuale**, precisando che la stessa poteva sussistere solo nel momento in cui fosse stato evidente l'intento illecito dell'utente.

In quella occasione, il giudice osservò quanto segue: *“sulla base dei principi del concorso nel fatto illecito altrui, che il terzo risponde se con la sua condotta commissiva od omissiva, ha dato un apporto causale al realizzarsi dell'illecito, in presenza di un atteggiamento psicologico di dolo o colpa: nel caso del provider, che effettua il collegamento; non si dubita che egli non possa accertarsi del contenuto illecito delle comunicazioni e dei messaggi che vengono immessi in un sito; tuttavia, **non può escludersi la sua colpa, se le comunicazioni necessariamente date allo stesso provider al fine di ottenere il collegamento, configurino esse stesse all'evidenza un illecito”**.*

Una diversa ricostruzione, secondo il giudice, *“consentirebbe, ad esempio, che vada esente da responsabilità, pur sussistendo tutti gli elementi del concorso nell'illecito, il provider che dia il collegamento a chi dichiaratamente intenda aprire un sito al fine di effettuare traffico di minori a fini turpi o commercio di sostanze stupefacenti. Nel caso specifico, l'ordinaria diligenza avrebbe dovuto consentire di cogliere l'illiceità, almeno sotto il profilo della concorrenza sleale, dell'utilizzo di un acronimo noto da parte di soggetto a tal fine non autorizzato. Né la mancanza nel provider, della qualità di imprenditore, nel campo in cui si chiede la tutela, esclude la sua responsabilità una volta che si accerti che egli fosse a conoscenza della esistenza di detta qualità in chi richiede il collegamento e l'apertura di un sito”³⁰.*

²⁹ Trib. Oristano, 25 maggio 2000 in Dir. informatica 2000, 653

³⁰ Trib. Roma 22 marzo del 1999 in Riv. dir. comm. 1999, II, 273. Si veda anche il commento di SAMMARCO, Assegnazione dei nomi a dominio su internet, interferenze con il marchio, domain

Veniva così applicato analogicamente l'art. 2055 del codice civile, precludendo in tal senso all'art. 14 della Direttiva 2000/31, di cui si dirà *infra*.

Dello stesso avviso il **Tribunale di Napoli, nella decisione del 15 maggio 2002**, che stabilì: *“poiché il dolo o la colpa non sono elementi costitutivi della fattispecie legale della concorrenza sleale che si qualifica per la sua oggettiva difformità rispetto ai principi della correttezza professionale e per la sua idoneità a danneggiare l'altrui azienda, e poiché - conseguentemente - l'affermazione della illiceità concorrenziale ai fini dell'inibitoria di cui all'art. 2599 c.c. non richiede un'autonoma indagine in ordine alla sussistenza dell'elemento soggettivo, l'inesigibilità da parte del "provider" del controllo sui materiali presentati nei siti internet degli utenti e sui rapporti tra questi ultimi ed i titolari di marchi più o meno celebri di cui essi facciano uso nelle loro pagine web non esclude che, una volta accertata la scorrettezza nell'uso delle pagine web, sussista la corresponsabilità del "provider" a norma degli art. 2055 c.c. e 7, comma 13, d.lg. 25 gennaio 1992 n. 74 (in applicazione di questo principio il collegio del tribunale di Napoli ha confermato l'ordinanza reclamata che aveva ordinato ad Infostrada di provvedere all'immediata cancellazione dalla rete di tutte le pagine attivate da Borrelli e compagni nelle quali direttamente o a mezzo di collegamenti palesi od occulti erano stati illegittimamente usati i nomi della S.p.A. Philips e della S.p.A. Grundig Italiana)”*³¹.

Ed in altro passaggio significativo, il giudice, già peraltro in anticipo al recepimento della Direttiva 2000/31, ritenne che *"ancorché la direttiva 2000/31/Ce del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 in materia di commercio elettronico escluda il potere degli Stati membri di imporre al prestatore di servizi della società dell'informazione un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni da lui trasmesse o memorizzate per conto degli utenti nella rete o di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite, e subordini a specifiche condizioni la responsabilità*

grabbing e responsabilità del provider, nota a Tribunale Roma 22/03/1999 in Riv. inf. e informatica, 2000, 1, 67

³¹ Trib. Napoli, 15 maggio 2002 in Dir. industriale 2003, 163

del prestatore che si sia limitato a trasmettere informazioni fornite dal destinatario del servizio oppure a fornire l'accesso alla rete, resta espressamente impregiudicata la possibilità, secondo gli ordinamenti degli Stati membri, che un organo giurisdizionale oppure un'autorità amministrativa esiga dal prestatore del servizio che questi impedisca o ponga fine ad una trasmissione. Conseguentemente non può escludersi la legittimità di una interpretazione valevole per l'ordinamento italiano che, mettendo in risalto la natura professionale dell'attività svolta dal "provider" nella prestazione di servizi della società dell'informazione e gli indubbi profitti che egli ne trae, esiga da lui una piena cooperazione nel momento in cui si tratta di impedire il protrarsi dell'illecito posto in essere attraverso la rete informatica astraendo da qualsiasi considerazione di ordine soggettivo (in applicazione di questo principio il tribunale di Napoli ha confermato l'ordinanza reclamata con riferimento alla corresponsabilità solidale di Infostrada per non avere oscurato tutte le pagine in cui, direttamente o tramite collegamenti palesi od occulti, fossero illegittimamente usati i marchi Philips e Grundig".

Tra le ultime pronunce emanate prima del decreto legislativo attuativo della direttiva comunitaria è opportuno citare anche le seguenti: anzitutto quella del **Tribunale di Bologna del 26 novembre 2001**, in cui, in linea con l'ultimo filone giurisprudenziale delineatosi, si ritenne responsabile il solo *content provider*, seppur richiamando la criticata equiparazione agli organi di stampa, per l'informazione da lui creata e inserita nella rete a causa della mancata verifica circa la liceità della stessa: "*Nel caso di riproduzione e trasmissione per via telematica di scritti lesivi dei diritti della persona, mentre non appare configurabile una responsabilità per l'illecito dell'access provider e del service provider, deve, invece, ritenersi sussistente la responsabilità del content provider, che produce e gestisce l'informazione, ai sensi dell'art. 2043 c.c., atteso il suo dovere di controllo sulla legittimità delle informazioni immesse sul proprio sito e considerata, altresì, la sua equiparabilità agli organi di stampa, con conseguente applicazione analogica nei suoi confronti dell'art. 11 l. n. 47 del 1948*"³².

³² Trib. Bologna, 26 novembre 2001, in Dir. autore, 2002, 332

Si segnala poi la sentenza del **28 maggio 2001 del Tribunale di Firenze**, n. 3155/2001, con la quale si ritenne direttamente responsabile l'*host provider* che cura la registrazione a beneficio di terzi di un *domain name*, concretamente utilizzato, lesivo del marchio noto altrui³³.

Si ricorda inoltre la nota decisione del **Tribunale di Napoli del 26 febbraio 2002** ove si affermò che *“la registrazione ed il collegamento in rete costituiscono presupposti ineludibili dell'attività commerciale svolta a mezzo Internet: si pongono come momenti prodromici di una catena causale che ha come logica conclusione l'accesso al sito da parte degli utenti. In altri termini, così come costituisce contraffazione qualunque attività che si pone in qualunque punto della catena distributiva di una merce o di un servizio, avvalendosi illecitamente di un dato segno, così sono sanzionabili come atti di contraffazione, la registrazione e quindi l'attivazione di un sito. Beninteso, alla stregua delle regole generali in materia di marchi, il provider risponderà, ai fini risarcitori, solo se in dolo o in colpa”*³⁴.

Sempre del **Tribunale di Napoli, l'ordinanza del 14 giugno 2002**, nella quale si stabilì che la responsabilità del prestatore di servizi con riguardo al banner pubblicitario sussisteva solo nel momento in cui il banner fosse direttamente illecito. In tale provvedimento, il giudice affermò che *“l'aver consentito di pubblicizzare la propria società su di un sito altrui non può certo significare 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. In tale prospettiva il paragone con la posizione del soggetto pubblicizzato su di un giornale risulta del tutto pertinente, anche perché la differenza sopra evidenziata - cioè la possibilità di collegamento con il sito pubblicizzato - non modifica la posizione di “neutralità” della società che gestisce tale ultimo sito, dato che tale società rimane comunque estranea e non*

³³ Trib. Firenze, 28 maggio 2001 in Dir. industriale 2002

³⁴ Trib. Napoli, 26 febbraio 2002 in Arch. civ. 2002, 706. Si veda anche il commento di SAMMARCO, Illeciti contraffattori: responsabilità del provider, rischio di impresa e ruolo della Registration Authority, Nota a: Tribunale Napoli, 26/02/2002, in Riv. inf. e informatica 2002, 6, 1050

fornisce alcun apporto all'attività illecita realizzata attraverso i messaggi che possono di volta in volta essere immessi da altri sul sito" ³⁵. Non si ravvisò pertanto alcun obbligo di controllo, accertamento ed impedimento in capo all'*host provider* rispetto agli illeciti compiuti da soggetti terzi ospitati sugli spazi web da esso forniti.

Infine, va osservato come i **Tribunali di Monza (ordinanza del 14 maggio 2001)**³⁶ e Cuneo (sentenze già citata del 23 giugno 1997³⁷ e del 19 ottobre 1999³⁸), in anticipo rispetto al d. lgs. n. 70/2003, ebbero prevalentemente a escludere la responsabilità dell'*host provider* per le informazioni inserite da terzi sulla sua piattaforma, a causa dell'impossibilità pratica di un controllo preventivo ed avessero altresì preferito non punire in automatico, ma in base agli obblighi di diligenza, prudenza e perizia di cui all'art. 2043 del codice civile, il provider che non avesse agito immediatamente per rimuovere le informazioni o disabilitarne l'accesso, una volta informato o venuto casualmente a conoscenza di illeciti, come accaduto nella sentenza del Tribunale di Napoli sopra citata.

Riassume bene l'orientamento sopra descritto la massima del Tribunale di Cuneo del 19 ottobre 1999: *"L'Internet service provider che offre servizi di hosting è responsabile per le violazioni di diritti d'autore nei siti ospitati sul proprio server solo quando ponga in essere una condotta attiva od omissiva, causalmente correlata al danno, ascrivibile quantomeno a titolo di colpa: come accade ad esempio allorché il provider, a conoscenza dell'illecito, cooperi con l'autore dell'immissione di contenuti protetti per la realizzazione del sito"*.

Meritevole di menzione ed a completamento dell'orientamento sull'ipotesi dell'equiparazione del provider all'editore, è pure l'ordinanza del Tribunale del riesame di Genova del 29 gennaio 2001, nella quale venne affermato che per il provider *"l'attuale ordinamento non configura alcuna responsabilità analoga a quella, prevista dall'art. 57 cod. pen. a carico del direttore del periodico per le*

³⁵ Trib. Napoli, 14 giugno 2002 in Dir. industriale 2002, 370

³⁶ Trib. Monza, 14 maggio 2001 in Corriere giuridico 2001, 1625

³⁷ Trib. Cuneo, 23 giugno 1997 in Giur. piemontese 1997, 493

³⁸ Trib. Cuneo, 19 ottobre 1999 in Annali it. dir. autore, 2000, 809

*pubblicazioni integranti reati commessi a mezzo stampa, né alcun obbligo di vigilanza, fatte salve le ipotesi di concorso nel reato.”*³⁹

Sempre in tema di impossibilità di applicazione al provider delle norme sulla stampa, è interessante riportare il ragionamento espresso nella pronuncia del Tribunale di Aosta ove si stabilì che *“in forza del principio espresso dall’art. 1 cod. pen. e 14 preleggi, non può ritenersi che il testo reso pubblico mediante sito internet sia assimilabile a uno stampato, se non compiendo una operazione analogica in malam partem, non consentita dal nostro ordinamento. Il concetto di riproduzione, che costituisce il fulcro della definizione di stampato ex art. 1, l. 47/1948, presuppone - da un punto di vista logico - una distinzione fisicamente percepibile tra l’oggetto da riprodurre e le sue riproduzioni, essendo poi indifferente il procedimento fisico - chimico mediante il quale la riproduzione viene posta in essere. Il testo pubblicato su sito Internet non può invece essere considerato una riproduzione. Il relativo file, invero, si trova in unico originale sul sito stesso, e può essere consultato dall’utente mediante l’accesso al sito. La riproduzione del file, del tutto eventuale, viene posta in essere solo in seguito dallo stesso utente, il quale, se lo desidera, può provvedere a stampare il file, scaricato. Non può dunque ritenersi che il titolare del sito internet sia responsabile di tali riproduzioni, in quanto del tutto eventuali e poste in essere dagli stessi utenti. Come è già stato sopra argomentato, i files pubblicati su Internet non sono riproduzioni, ma documenti informatici originali. Si evidenzia dunque una lacuna legislativa, che non può essere colmata dall’interprete, siccome in danno dell’imputato”*.⁴⁰

In conclusione, l’orientamento che sembrava prevalere nel nostro paese prima dell’entrata in vigore della Direttiva 2000/31 e in maniera non difforme da quanto previsto negli Stati Uniti, fu quello che stabiliva l’inesistenza di un obbligo generale di sorveglianza in capo al provider e la previsione di una sua responsabilità solo qualora fossero ravvisati casi di dolo o colpa a suo carico.

³⁹ Trib. Genova, 29 gennaio 2001 in Giur. merito, 2003, 1477

⁴⁰ Trib. Aosta, 15 febbraio 2002 in Giur. merito 2002, 765

4.3 **La situazione negli altri paesi dell'UE**

Prima di trattare più diffusamente la disciplina dell'attuale assetto normativo, è utile riportare di seguito anche alcuni esempi di come l'argomento venne affrontato negli altri principali paesi dell'Unione Europea.

4.3.1 **Germania**

La normativa tedesca è stata considerata, insieme con il sistema statunitense sopra descritto, la primaria fonte d'ispirazione della Direttiva 2000/31 sulla responsabilità degli ISP. Il legislatore tedesco, già nel 1997, aveva infatti predisposto una normativa riguardante la responsabilità degli ISP che anticipava di qualche anno la maggior parte dei contenuti poi ripresi dalla citata direttiva.

In particolare, l'art. 5 della legge del 22 luglio 1997, sui servizi di informazione e comunicazione, stabiliva il principio secondo il quale al provider spettava un dovere di tutela dei diritti di cittadini, che si concretizza nel dovere di cancellare i contenuti illeciti di cui avesse avuto effettiva conoscenza; ai fini della responsabilità non era invece sufficiente la conoscenza potenziale e difatti al provider non spettava alcun controllo preventivo.

In base a tale disposizione, i fornitori di servizi erano ritenuti responsabili secondo i principi generali della responsabilità civile per i propri materiali da essi resi disponibili, mentre erano considerati responsabili dei materiali altrui da essi resi disponibili solo se avevano avuto conoscenza dei loro contenuti e fosse tecnicamente possibile ed esigibile impedirne la disponibilità. Infine, i fornitori di servizi non erano ritenuti responsabili dei materiali altrui ai quali essi avessero fornito solo l'accesso.

In giurisprudenza si manifestò dapprima un orientamento molto rigoroso e che anticipava quello che avvenne anche nel nostro paese. Nel 1996, infatti, in un caso di violazione delle norme sul copyright per mezzo di un provider, la corte locale ritenne di poter applicare le norme sul responsabile editoriale e sanzionare penalmente il provider che era stato ritenuto avere l'obbligo di controllare la legittimità del materiale inviato dai propri utenti. Secondo la Corte tedesca detto

controllo era non solo tecnicamente possibile, ma opportuno che fosse preteso da tutti i provider.

Poco più tardi, la Corte distrettuale di Stoccarda nel 1997 si trovò ad affrontare un caso di diffamazione commesso sul sito di 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.

Infine, è importante ricordare il decreto d'archiviazione emesso il 13 febbraio 1998 dalla Procura generale presso la Corte di Cassazione tedesca, ove si stabilì che la condotta del provider consistente nell'apertura d'accessi ad Internet per gli utenti non era antigiuridica in sé ma anzi, alla luce delle esigenze dell'attuale società dell'informazione e in particolare anche della scienza, risultava socialmente diffusa e auspicata ma implicava un onere di controllo per i provider, che dovevano essere considerati come destinatari di determinati doveri per la sicurezza del traffico. Questi doveri si concretizzavano, secondo la corte, nel momento in cui diveniva nota l'intenzione o il comportamento illecito, mentre non si poteva ipotizzare nessun controllo preventivo, che non sarebbe risultato né possibile né esigibile.

4.3.2 Francia

Un aspetto peculiare del sistema francese, precedente all'implementazione della direttiva di cui si dirà *infra*, venne ben descritto nel caso Hallyday v. Altern.org del 1997. In tale controversia il provider fu **sanzionato per aver consentito l'anonimato** alle persone che avevano inserito contenuti illeciti, non garantendo ai terzi la possibilità di rivalersi se non nei confronti dell'ISP stesso.

La modella Estelle Hallyday aveva lamentato la presenza di sue foto "ose" sul sito del provider Altern e ne aveva chiesto la rimozione. In appello, la corte francese, pur statuendo un generale principio di non responsabilità per i gestori dei siti, condannò ugualmente il provider a rifondere i danni alla modella, per non

aver permesso di risalire agli autori dell'illecita diffusione delle foto. Infatti, il provider aveva permesso ai propri utenti di trasmettere, in forma anonima, immagini, suoni, scritti o altro senza prendere alcun tipo di precauzione. Al provider, si contestò di non aver informato gli utenti dell'obbligo di rispettare i diritti dei terzi e di non essere intervenuto nella verifica del contenuto.

Di lì a poco, intervenne una più mite decisione. Al fine di non addossare obblighi concretamente inesigibili sui provider, una sentenza del Tribunale di Nanterre del 1999 chiarì che la responsabilità ateneva a un generale dovere di prudenza e diligenza, concretizzato nel dovere di informazione relativamente al rispetto dei diritti di terzi, e di vigilanza e azione, ad esempio bloccando l'accesso al sito nel momento in cui si aveva conoscenza di una lesione. Tale impostazione fu poi concretamente recepita nella legge che implementava la Direttiva 2000/31.

4.3.3 Paesi Bassi

In Olanda sono meritevoli di menzione 2 casi. Il primo, risalente al 1995, nel quale il Tribunale di Rotterdam sanzionò il provider che si era reso colpevole di aver contribuito alla violazione delle norme sul copyright sui software che erano stati illegittimamente scambiati tra gli utenti di un server. I giudici olandesi riconobbero **colpevole** il provider per **aver scientemente consentito**, tramite una modifica del proprio server, **il caricamento e la riproduzione dei file**.

Il secondo caso, si riferisce ad una sentenza del Tribunale dell'Aia del 1996 con la quale si stabilì il principio per cui il provider era responsabile dei contenuti all'interno del server qualora si fossero verificate due condizioni: la violazione realizzata dall'utente fosse manifestamente illecita e il provider conoscesse quanto svolto dall'utente o ciò fosse comunque conoscibile. La controversia riguardava una violazione di materiale coperto da copyright da parte della Chiesa di Scientology, che ne lamentava la presenza in un newsgroup. Il Tribunale ritenne il provider non responsabile in quanto si era semplicemente limitato a fornire uno spazio web, definito newsgroup, sul quale non poteva avere alcun tipo di controllo.

5. L'attuale disciplina della responsabilità dell'ISP

In un contesto quale quello sopra delineato, e considerata la disomogeneità di soluzioni che si era avvertita nei vari paesi europei, intervenne la direttiva europea in materia di commercio elettronico n. 31 del 2000, emanata al fine di rendere appunto uniforme la normativa degli Stati membri sulla responsabilità dei prestatori di servizi che operano nella società dell'informazione, per poter permettere, anche in un così delicato settore una tangibile, e non ideale, libera concorrenza.

La direttiva, come meglio vedremo più avanti, stabilì un articolato meccanismo di esenzione di responsabilità per gli ISP per l'attività posta in essere dagli utenti e, inoltre, il principio secondo il quale gli ISP non hanno alcun dovere di controllo dei materiali immessi nella rete.

5.1 La Direttiva 2000/31

Le intenzioni del legislatore comunitario erano state ben delineate nei **considerando**, che vale la pena richiamare di seguito. Il numero 40 ben definiva gli obiettivi della direttiva: *“Le attuali o emergenti divergenze tra le normative e le giurisprudenze nazionali, nel campo della responsabilità dei prestatori di servizi che agiscono come intermediari, impediscono il buon funzionamento del mercato interno, soprattutto ostacolando lo sviluppo dei servizi transnazionali e introducendo distorsioni della concorrenza. In taluni casi, i prestatori di servizi hanno il dovere di agire per evitare o per porre fine alle attività illegali. La presente direttiva dovrebbe costituire la base adeguata per elaborare sistemi rapidi e affidabili idonei a rimuovere le informazioni illecite e disabilitare l'accesso alle medesime. Tali sistemi potrebbero essere concordati tra tutte le parti interessate e andrebbero incoraggiati dagli Stati membri. E' nell'interesse di tutte le parti attive nella prestazione di servizi della società dell'informazione istituire e applicare tali sistemi. Le disposizioni dalla presente direttiva sulla responsabilità non dovrebbero impedire ai vari interessati di sviluppare e usare effettivamente sistemi tecnici di protezione e di identificazione, nonché strumenti*

tecniche di sorveglianza resi possibili dalla tecnologia digitale, entro i limiti fissati dalle direttive 95/46/CE e 97/66/CE”.

Leggendosi poi i considerando 42 e 43 era apparsa inoltre evidente la *ratio* alla base di una limitazione se non addirittura esclusione di responsabilità per i fornitori di accesso alla rete o per coloro i quali rendono semplicemente più fruibile il contenuto della rete:

“(42) Le deroghe alla responsabilità stabilita nella presente direttiva riguardano esclusivamente il caso in cui l’attività di prestatore di servizi della società dell’informazione si limiti al processo tecnico di attivare e fornire accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni messe a disposizione da terzi al solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione. Siffatta attività è di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, il che implica che il prestatore di servizi della società dell’informazione non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate”.

“(43) Un prestatore può beneficiare delle deroghe previste per il semplice trasporto («mere conduit») e per la memorizzazione temporanea detta «caching» se non è in alcun modo coinvolto nell’informazione trasmessa. A tal fine è, tra l’altro, necessario che egli non modifichi l’informazione che trasmette. Tale requisito non pregiudica le manipolazioni di carattere tecnico effettuate nel corso della trasmissione in quanto esse non alterano l’integrità dell’informazione contenuta nella trasmissione”.

Detti operatori, infatti, non hanno alcun tipo di interazione con gli utenti in relazione al contenuto, limitandosi a porre gli utenti stessi in grado di condividere le informazioni su internet. Ed infatti, laddove vi sia tale interazione, il meccanismo di esenzione viene meno, come delineato dal considerando 44: *“Il prestatore che deliberatamente collabori con un destinatario del suo servizio al fine di commettere atti illeciti non si limita alle attività di semplice trasporto («mere conduit») e di «caching» e non può pertanto beneficiare delle deroghe in materia di responsabilità previste per tali attività”.*

Peraltro, il meccanismo di esenzione non avrebbe dovuto (secondo le intenzioni del legislatore comunitario) andare a discapito del danneggiato o del titolare dei diritti violati. Il considerando 45 aveva previsto, infatti, che: *“Le limitazioni alla responsabilità dei prestatori intermedi previste nella presente direttiva lasciano impregiudicata la possibilità di azioni inibitorie di altro tipo. Siffatte azioni inibitorie possono, in particolare, essere ordinanze di organi giurisdizionali o autorità amministrative che obbligano a porre fine a una violazione o impedirla, anche con la rimozione dell’informazione illecita o la disabilitazione dell’accesso alla medesima”*.

Stessa esenzione di responsabilità era prevista per i provider che avessero agevolato gli utenti nella memorizzazione dei contenuti su internet, per una miglior fruibilità ma anche per una più completa condivisione, a patto che, una volta rinvenuto il materiale illecito, si fossero impegnati all’immediata rimozione. A tale proposito, si veda il considerando 46: *“Per godere di una limitazione della responsabilità, il prestatore di un servizio della società dell’informazione consistente nella memorizzazione di informazioni deve agire immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitare l’accesso alle medesime non appena sia informato o si renda conto delle attività illecite. La rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell’accesso alle medesime devono essere effettuate nel rispetto del principio della libertà di espressione e delle procedure all’uopo previste a livello nazionale. La presente direttiva non pregiudica la possibilità per gli Stati membri di stabilire obblighi specifici da soddisfare sollecitamente prima della rimozione delle informazioni o della disabilitazione dell’accesso alle medesime”*.

Il tutto, come accennato, senza alcun obbligo di controllo del materiale e/o dei contenuti resi accessibili, trasmessi o memorizzati da parte degli operatori. Sul punto, si veda il considerando 47: *“Gli Stati membri non possono imporre ai prestatori un obbligo di sorveglianza di carattere generale. Tale disposizione non riguarda gli obblighi di sorveglianza in casi specifici e, in particolare, lascia impregiudicate le ordinanze emesse dalle autorità nazionali secondo le rispettive legislazioni”*.

Peraltro agli Stati era stata rimessa la decisione di imporre particolari doveri di diligenza. Si veda, a riguardo, il considerando 48): "*La presente direttiva non pregiudica la possibilità per gli Stati membri di chiedere ai prestatori di servizi, che detengono informazioni fornite dai destinatari del loro servizio, di adempiere al dovere di diligenza che è ragionevole attendersi da loro ed è previsto dal diritto nazionale, al fine di individuare e prevenire taluni tipi di attività illecite*".

Con la direttiva in oggetto, l'Unione Europea aderì dunque ai risultati raggiunti dalla giurisprudenza, europea e statunitense, di quegli anni, che abbiamo visto nei paragrafi precedenti: se secondo alcuni (ma non secondo i funzionari comunitari che si sono occupati di redigere il testo della direttiva) il Teledienstgesetz (TDG) tedesco del 1997 aveva influenzato la direttiva in esame, il DMCA statunitense era stato ritenuto all'unanimità essere la fonte di ispirazione per eccellenza per la sezione 4 dedicata alla responsabilità dei prestatori intermediari della direttiva n. 2000/31.

La scelta di utilizzare come modello quello degli Stati Uniti e dunque la volontà del legislatore comunitario di appianare le differenze fra la disciplina europea e quella statunitense, era particolarmente sentita, se solo si ricorda la natura transfrontaliera di Internet e che i maggiori contatti di natura commerciale e comunicativa si registrano proprio tra l'Europa e gli Stati Uniti.

Tale scelta apparì dunque necessaria al fine di rimuovere gli ostacoli che potenzialmente si sarebbero posti, soprattutto in materia di commercio, tra soggetti di paesi con discipline giuridiche diverse.

Se da un lato sono molte le analogie, tuttavia vi furono anche delle differenze, fra cui la più importante risultò essere quella per cui, con la direttiva, al pari del TDG tedesco, si preferì adottare un approccio di tipo orizzontale: un regime di atipicità dell'illecito che si applica a prescindere dalla natura della

responsabilità; il DMCA adotta invece un approccio verticale e coinvolge, come sopra visto, solo il campo del *copyright infringements*.

Si vedano dunque in dettaglio le previsioni dedicate alla responsabilità dell'ISP: la direttiva n. 31/2000 disciplina agli artt. 12-15, nella Sezione 4, la "*Responsabilità dei prestatori intermediari*", per determinate attività da loro poste in essere, definendo il "*prestatore*" come "*la persona fisica o giuridica che presta un servizio della società dell'informazione*".

La prima norma, l'art. 12, riguarda l'attività di "*semplice trasporto ("mere conduit")*" e recita: "*1. Gli Stati membri provvedono affinché, nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, o nel 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 della trasmissione; e*
- c) non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse.*

2. Le attività di trasmissione e di fornitura di accesso di cui al paragrafo 1 includono la memorizzazione automatica, intermedia e transitoria delle informazioni trasmesse, a condizione che questa serva solo alla trasmissione sulla rete di comunicazione e che la sua durata non ecceda il tempo ragionevolmente necessario a tale scopo.

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".

Come risulta evidente dal testo della direttiva, l'art. 12 evidenzia la volontà del legislatore comunitario di escludere la responsabilità per il provider che semplicemente fornisce un accesso alla rete, a patto che egli "*a) non dia origine alla trasmissione; b) non selezioni il destinatario della trasmissione; c) non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse*".

Con riguardo invece alla disciplina dell'attività di “memorizzazione temporanea” detta “ *caching* ”, l'art. 13, dispone che “1. Gli Stati membri provvedono affinché, nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non sia responsabile della memorizzazione automatica, intermedia e temporanea di tali informazioni effettuata al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltramento ad altri destinatari a loro richiesta, a condizione che egli:

- a) non modifichi le informazioni;
- b) si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni;
- c) si conformi alle norme di aggiornamento delle informazioni, indicate in un modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore,
- d) non interferisca con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni, e
- e) agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitare l'accesso, non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione dell'accesso.

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”.

L'art. 13 in commento, relativo alla memorizzazione automatica, intermedia e temporanea o “ *caching* ” esclude dunque la responsabilità del provider che trasmette informazioni date da destinatari del servizio, qualora: “a) non modifichi le informazioni; b) si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni; c) si conformi alle norme di aggiornamento delle informazioni, indicate in un modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore; d) non interferisca con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni; e) agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitare l'accesso, non

appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione dell'accesso".

Infine, l'art. 14, prevede per il servizio di "**hosting**" quanto segue: "1. Gli Stati membri provvedono affinché, nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non sia responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore:

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

2. Il paragrafo 1 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, per un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa, in conformità agli ordinamenti giuridici degli Stati membri, 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".

L'art. 14 mira dunque a risolvere il problema dell'*hosting*, cioè dell'eventualità in cui al provider sia richiesto dall'utente di memorizzare sue informazioni. In tale ipotesi, la responsabilità del provider per le informazioni memorizzate è esclusa nel momento in cui: "*a) non sia effettivamente al corrente del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione; b) non appena al corrente di tali fatti,*

agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso”.

L'ultima norma di interesse riguarda l'**assenza dell'obbligo generale di sorveglianza** in capo ai provider, qualunque sia la funzione da essi svolta. L'art. 15 così dispone: *"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 di 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”.

L'art. 15 esclude quindi la possibilità per gli Stati membri di imporre ai prestatori, per la prestazione dei servizi indicati nei tre articoli precedenti, *“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”.*

L'intento del legislatore comunitario rispecchiava dunque quello già ricercato negli Stati Uniti e nei paesi europei a livello legislativo e giurisprudenziale: evitare di danneggiare i prestatori di servizi e, più in generale, di rallentare o addirittura frenare lo sviluppo della rete.

Tuttavia, l'unione europea lasciava liberi gli Stati membri di esigere che i prestatori informino *“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”.*

Tale previsione normativa, agli occhi della dottrina, rappresentò uno dei motivi per cui la direttiva analizzata non può attualmente ritenersi un punto d'arrivo nella disciplina in analisi: *“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”*⁴¹.

In conclusione, si è osservato un generale favor per gli ISP che derivava dalla volontà del legislatore comunitario di incentivare lo sviluppo di questa forma di commercio e, di conseguenza, gli scambi tra gli Stati membri e i loro diversi cittadini. Si preferì, infatti, evitare di esporre gli ISP a responsabilità eccessivamente gravose, mediante la costruzione di un sistema basato sulla colpa, legislativamente tipizzata, laddove è previsto in ogni caso il principio dell'assenza di un obbligo generale di "sorveglianza".

A tale proposito, si è correttamente osservato che *"Le ragioni di una tale scelta sono state legate ad evidenti questioni di policy, rappresentate dall'esigenza di pervenire ad un balance efficiente tra esigenza di deterrence e compensation, evitando in tal modo che il provider venisse disincentivato da meccanismi di imputazione di responsabilità troppo stringenti, ma anche che la rete divenisse il luogo della esenzione da responsabilità degli intermediari, con inaccettabile sacrificio della funzione di compensation della r.c."*⁴².

Tale scelta è stata però criticata da altra parte della dottrina, che auspicava una più ampia responsabilità del provider in ragione dell'impellente necessità di garantire, comunque, un risarcimento ai danneggiati attraverso Internet, in ragione dei frequenti episodi in cui non si riesce a identificare l'autore materiale dell'illecito oppure è identificabile, ma si trova in uno Stato estero le cui leggi non consentono la sua persecuzione o non è solvibile.

⁴¹ZARONTELLO, La responsabilità degli ISP in <http://www.gianluigizarantonello.it/docs/provider.pdf>

⁴² BUGIOLACCHI, (Dis)Orientamenti Giurisprudenziali In Tema Di Responsabilità Degli Internet Provider (Ovvero Del Difficile Rapporto Tra Assenza Di Obblighi Di Controllo E Conoscenza Dell'illecito) in Resp. civ. e prev. 2010, 7-8, 1568B

5.2 Il recepimento della Direttiva 2000/31 in Italia: il d. lgs 70/2003

La responsabilità dei prestatori di servizi della società dell'informazione è stata disciplinata, in ambito nazionale, dalle norme di cui al decreto legislativo n. 70/2003.

Il testo normativo, come si vedrà di seguito, è rimasto fedele all'impostazione comunitaria, suddividendo i casi di (non) responsabilità in base ai servizi offerti dai provider. E così, come abbiamo visto, (i) il mero trasporto delle informazioni o di semplice fornitura dell'accesso alla rete (*mere conduit* - art. 14); (ii) la memorizzazione automatica, intermedia e temporanea di informazioni allo scopo di rendere più efficace il successivo inoltro ad altri destinatari su loro richiesta (*caching* - art. 15); (iii) la memorizzazione "duratura" di informazioni fornite dai destinatari del servizio (*hosting* - art. 16). Al pari della normativa comunitaria, anche quella italiana ha poi escluso un generale obbligo di sorveglianza da parte dei provider sulle attività degli utenti che utilizzano i loro servizi (art. 17) .

Ma vediamo più in dettaglio la genesi normativa e le disposizioni di fatto recepite dal legislatore italiano.

L'Italia ha recepito la Direttiva 2000/31 in materia di commercio elettronico attraverso la legge delega n. 39/2002 e l'ha attuata tramite il d.lgs. n. 70/2003. L'art. 31 della legge delega n. 39/2002 la cui rubrica recita "*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*" prevedeva:

"1. 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 per quanto qui di interesse *“dei seguenti principi e criteri direttivi: [omissis];*

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 inoltramento 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”.

Come è facilmente riscontrabile, gli artt. 12, 13 e 14 della Direttiva comunitaria n. 2000/31 erano stati riportati integralmente nelle lettere d), e) ed f) dell'art. 31 della legge delega n. 39/2002.

Ed in anticipo rispetto al successivo dibattito sull'implementazione della direttiva, secondo alcuni autori, la legge delega già poneva non pochi problemi di applicazione. In particolare, si metteva in luce il pregiudizio che agli ISP poteva derivare dall'attuazione della lettera l), laddove, “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"*⁴³.

Alla legge delega n. 39/2002, è seguito il d.lgs. del 9 aprile 2003, n. 70, che ha ripreso senza modifiche gli articoli che la prima aveva a sua volta "fotocopiato" dalla direttiva: l'art. 14 relativo al semplice trasporto (*mere conduit*), l'art. 15 alla memorizzazione temporanea (*caching*) e l'art. 16 alla memorizzazione (*hosting*).

Questa mera trasposizione delle disposizioni comunitarie, effettuata dal legislatore nazionale attraverso il d. lgs. n. 70/2003 suscitò sin da subito forti critiche da parte dei primi commentatori.

Si vedano di seguito alcuni significativi passi tratti dai commenti sopra citati, mossi immediatamente dopo l'entrata in vigore del decreto: *"l'intervento normativo non appare chiarificatore ed innovatore"*⁴⁴, *"il nostro legislatore si è limitato ad un vero e proprio "copia e incolla" del testo italiano della direttiva, senza il benché minimo intervento di adattamento ai nostri principi giuridici"*⁴⁵, *"se questo è l'approccio del legislatore interno, non sarebbe più celere ed economico saltare il momento del recepimento, rendendo immediatamente e direttamente vigente il testo della direttiva? Che senso ha un legislatore che, mutilando il proprio ruolo e intraprendendo una ingiustificata e inopportuna strada di self-restraint, si limita ad adempiere ad una funzione - come*

⁴³ ALCEI "Provider e responsabilità nella legge comunitaria 2001" in <http://www.interlex.it/regole/alcei13.htm>

⁴⁴GHIBELLINI "Isp sempre più responsabili" in http://punto-informatico.it/300491_2/PI/Commenti/isp-sempre-piu-responsabili.aspx

⁴⁵MINOTTI "Responsabilità penale: il provider è tenuto ad "attivarsi"?" in <http://www.interlex.it/regole/minotti8.htm>

correttamente osservato [da S. Sica] - «notarile» (e l'accostamento appare neanche eufemistico)?»⁴⁶.

Alcuni altri autori, notarono, altresì e a ragione, non solo l'irrilevanza sul piano giuridico, e dunque l'inutilità, dell'utilizzo dei termini inglesi accanto a quelli italiani, ma anche la circostanza tale per cui mentre nella direttiva gli articoli che riguardavano la responsabilità dell'ISP erano inseriti in un'apposita sezione, il legislatore nazionale li aveva invece inseriti *ex abrupto*, senza alcun collegamento logico con le norme che li precedevano.

Ad ogni modo, al di là delle critiche, si creò una disciplina *ad hoc*, il cui tratto peculiare, ripreso come detto dalla normativa comunitaria, fu quello di prevedere un regime di limitazione di responsabilità del provider in determinate situazioni tassativamente previste dal legislatore, prescindendo in tali ipotesi, secondo alcuni, dall'accertamento sia di un nesso causale che di un criterio di imputazione. Come correttamente evidenziato da Antonio Albanese: *“la deroga alla disciplina generale recupera un proprio fondamento logico, sottraendosi alle possibili censure d'illegittimità costituzionale, ove sia correttamente intesa come previsione di un fatto impeditivo della fattispecie, che attribuisce rilevanza a un interesse diverso e contrapposto rispetto a quello del danneggiato, ritenuto prevalente in base a un bilanciamento secondo criteri di ragionevolezza e proporzionalità”⁴⁷.*

L'interesse ritenuto prevalente, come già accennato nell'introduzione, era quello di consentire uno sviluppo della rete che a sua volta permettesse, al contempo, sia la libera manifestazione del pensiero che la comunicazione sociale.

A tale proposito, si ritenne che l'obiettivo del raggiungimento di tale equilibrio potesse essere perseguito dando proprio all'elemento soggettivo della colpa un ruolo centrale, *“non nel senso tradizionale di richiamo ad una nozione generale di scostamento dai canoni di diligenza, prudenza e perizia (fondanti, nel*

⁴⁶ RICCIO, La responsabilità degli Internet providers nel d.lgs. n. 70/2003, in *Danno e resp.*, 2003, 1157

⁴⁷ ALBANESE, Trasferimento di dati e responsabilità del prestatore di servizi telematici: dal “diritto secondo” al “diritto primo” in *Aida* 2010, 354

*nostro ordinamento civilistico, il presupposto dell'attribuzione di responsabilità di cui alla clausola generale dell'art. 2043 c.c.), il cui accertamento, rispetto alla fattispecie concreta, venga lasciato alla valutazione discrezionale del giudice, al quale spetti stabilire se la condotta tenuta sia al di sotto di quello standard di diligenza esigibile dal provider professionale, bensì attraverso l'utilizzazione della **colpa "specificata"**, rinvenibile ogni volta che il provider abbia posto in essere proprio quei comportamenti da cui soltanto la direttiva fa derivare la responsabilità⁴⁸. Lo stesso autore osservò anche che il legislatore comunitario, prendendo spunto da quanto stabilito dal DMCA, aveva optato per un regime di responsabilità non statico, ma dinamico in relazione ai servizi concretamente svolti dai provider.*

Infine, si rilevò come l'assenza del ricorrere delle ipotesi previste dal legislatore non permettesse di poter ritenere il provider sicuramente responsabile, non si ritenne cioè ammissibile il c.d. argomento a contrario (in cui la norma è giustificata perché è ritenuta essere il contenuto implicito del testo normativo). In tal modo, infatti, si sarebbe confuso l'assenza di un fatto impeditivo della fattispecie con la presenza degli elementi costitutivi che la compongono.

Vediamo ora concretamente gli articoli oggetto di critica.

Art. 14 (Responsabilità nell'attività di semplice trasporto - Mere conduit): *"1. Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, o nel fornire un accesso alla rete di comunicazione, il prestatore non è responsabile delle informazioni trasmesse a condizione che:*

- a) non dia origine alla trasmissione;*
- b) non selezioni il destinatario della trasmissione;*
- c) non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse.*

⁴⁸ Bugiolacchi, La responsabilità dell' "host provider" alla luce del d.lg. 70/2003: esegesi di una disciplina "dimezzata" (Nota a Trib. Catania 29 giugno 2004) in [Responsabilità civile e previdenza](#), 2005, fasc. 1 pag. 188 - 209

2. *Le attività di trasmissione e di fornitura di accesso di cui al comma 1 includono la memorizzazione automatica, intermedia e transitoria delle informazioni trasmesse, a condizione che questa serva solo alla trasmissione sulla rete di comunicazione e che la sua durata non ecceda il tempo ragionevolmente necessario a tale scopo.*

3. *L'autorità giudiziaria o quella amministrativa, avente funzioni di vigilanza, può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 2, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse”.*

La prima attività presa in considerazione dal legislatore nazionale in materia di responsabilità del provider è quella di *mere conduit*, di semplice trasporto delle informazioni, che viene svolta dal cd. *access provider*.

Lo standard di diligenza richiesto per questo tipo di attività appare minimo, ricordando (come si vedrà *infra*) che l'ISP non è tenuto per questa attività alla predisposizione di alcun sistema con cui prevenire gli illeciti e che non è possibile imporre allo stesso di invitare gli utenti dei propri servizi a non diffondere informazioni in grado di recare danno a terzi. Oltretutto, come specificato dal comma 3, solo l'autorità giudiziaria o amministrativa, avente funzioni di vigilanza può imporre all'ISP di impedire o porre fine alle violazioni commesse.

Sulla norma in commento, è bene rammentare come gli interpreti si siano sin da subito interrogati riguardo all'ipotesi a): infatti, se presa alla lettera, si sarebbe dovuto concludere che la responsabilità del provider sussisteva in ogni caso, poiché è il provider a dare ogni volta origine ad una trasmissione. Si rese dunque necessaria un'interpretazione della norma volta ad escludere la responsabilità del provider qualora il suo impegno fosse ridotto a permettere l'utilizzo di una piattaforma tecnologica al terzo.

A tale proposito, già la relazione governativa stabiliva che: “*il carrier, l'operatore telefonico, non è responsabile di ciò che passa per la rete*”. Nel caso in questione, l'attività del prestatore di servizi di *mere conduit* si apprezza, allo stesso modo, per essere sostanzialmente neutra rispetto all'informazione che intende “*trasportare*”. Pertanto, anche se concettualmente e tecnicamente non

assimilabile ad un operatore telefonico, si è ritenuto che anche il prestatore di attività *mere conduit* potesse godere della medesima esenzione di responsabilità.

L'intenzione del legislatore doveva e deve essere, infatti, quella di sanzionare il provider che avesse contribuito alla formazione del messaggio e non all'offerta di una piattaforma tecnologica per farlo diffondere. E ciò in ossequio alle indicazioni del considerando 42 della direttiva che merita di essere riportato di seguito: “(42) *Le deroghe alla responsabilità stabilita nella presente direttiva riguardano esclusivamente il caso in cui l'attività di prestatore di servizi della società dell'informazione si limiti al processo tecnico di attivare e fornire accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni messe a disposizione da terzi al solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione. Siffatta attività è di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, il che implica che il prestatore di servizi della società dell'informazione non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate*”.

Al comma 2 dell'art. 14 vengono infine aggiunte ulteriori attività per le quali l'ISP non dovrebbe essere responsabile, consistenti nella memorizzazione automatica, intermedia e transitoria delle informazioni, ma esclusivamente finalizzate alla trasmissione delle stesse e limitate al tempo occorrente per il loro transito (ed in ciò appunto differenziandosi dal successivo art. 15, attività di caching). Sul punto, è apparsa peraltro condivisibile la scelta di non fissare una durata precisa con riguardo all'espressione “*tempo ragionevolmente necessario a tale scopo*”, in quanto il progresso tecnologico potrebbe accelerare i tempi attuali di rimozione dei materiali online.

Art. 15 (Responsabilità nell'attività di memorizzazione temporanea - caching) “1. *Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione, consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non è 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:

- a) non modifichi le informazioni;*
- b) si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni;*
- c) si conformi alle norme di aggiornamento delle informazioni, indicate in un modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore;*
- d) non interferisca con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni;*
- e) agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitare l'accesso, non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione.*

2. L'autorità giudiziaria o quella amministrativa aventi funzioni di vigilanza può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 1, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse”.

La norma in commento disciplina l'attività di memorizzazione automatica, intermedia e temporanea delle informazioni immesse in rete, svolta dai cd. *caching* provider ed effettuata al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltra ad altri destinatari di tali informazioni. Tecnicamente, il *caching* ha, infatti, la funzione di aumentare la portata della rete, attraverso la conservazione, su di un server e per un periodo di tempo determinato, delle informazioni condivise dagli utenti del servizio, così che altri utenti possano successivamente avervi un più rapido accesso. Ed è proprio tale funzione che rende l'attività di memorizzazione differente e residuale rispetto a quanto disciplinato dal precedente art. 14.

La disposizione in commento disciplina analiticamente i casi di esenzione di responsabilità. Il provider deve anzitutto non modificare le informazioni memorizzate (lett. a), con ciò intendendosi solo modifiche sostanziali e non tecniche. E sul punto è utile ricordare quanto espresso dal considerando 43 della direttiva 2000/31: “*Un prestatore può beneficiare delle deroghe previste per il semplice trasporto («mere conduit») e per la memorizzazione temporanea detta*

«caching» se non è in alcun modo coinvolto nell'informazione trasmessa. A tal fine è, tra l'altro, necessario che egli non modifichi l'informazione che trasmette. Tale requisito non pregiudica le manipolazioni di carattere tecnico effettuate nel corso della trasmissione in quanto esse non alterano l'integrità dell'informazione contenuta nella trasmissione».

Il provider deve altresì conformarsi alle condizioni di accesso alle informazioni e alle norme di aggiornamento come indicate dagli standard del settore (lett. b e c). Nel dettaglio, sulla base del c.d. fenomeno di eterointegrazione tra diritto e tecnica, il legislatore ha fissato dunque delle clausole aperte, con cui ha rinviato a dati extragiuridici, e ha qualificato lo standard di diligenza dei provider in base agli sviluppi tecnologici e alle possibilità rese conseguentemente praticabili: le clausole vengono così integrate dal dato tecnico.

Sul punto, alcuni hanno ritenuto, probabilmente a ragione, che la norma ha utilizzato un'espressione vaga e non si è riferita a standard industriali aperti, tipo Internet, *“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”*⁴⁹. In ogni caso, pare ragionevole ritenere che il prestatore del servizio non sarà responsabile qualora abbia osservato tali condizioni e tali aggiornamenti, così come comunicati dal destinatario del servizio.

Proseguendo nell'analisi della norma, l'ulteriore caso di esenzione di responsabilità presuppone che il provider *“non interferisca con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni”* lettera d). Con ciò, il legislatore ha voluto far riferimento alla tecnologia per mezzo della quale i destinatari del servizio acquisiscono notizie su come le informazioni vengano successivamente utilizzate da terzi. Il provider sarà dunque esente da responsabilità nel caso tenga un comportamento neutrale rispetto a tale attività. Peraltro, ben potrebbe porre più di un dubbio il termine *“lecito”*, che lascerebbe intendere una necessaria valutazione

⁴⁹ ALCEI “Provider e responsabilità nella legge comunitaria 2001” in <http://www.interlex.it/regole/alcei13.htm>

demandata al provider, senza però la previsione di alcuna indicazione o metro di giudizio a riguardo. Ad ogni modo, potrebbero essere ritenuti non leciti meccanismi tipo *spyware* o simili. Mentre, al contrario, potrebbero ritenersi leciti i c.d. *cookies*, a patto che gli utenti ne siano informati.

In conclusione, se tale disposizione si differenzia dalla precedente per i maggiori requisiti richiesti al provider, tuttavia, permane anche qui il principio ispiratore della normativa comunitaria: qualora l'ISP agisca in modo neutrale, ne consegue che lo stesso non è responsabile.

Appare infine opportuno osservare, all'interno del discorso già iniziato circa il maldestro recepimento della direttiva, la confusione e i paradossi insiti nella lettera e) dell'articolo in analisi: la confusione attiene anzitutto circa la possibilità che il prestatore sia tenuto a rimuovere le informazioni che ha memorizzato *“non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete”*: non appare infatti per nulla chiaro quali siano le fattispecie che il legislatore in concreto volesse disciplinare.

Ci troviamo invece sul versante del paradosso nel momento in cui il legislatore nazionale prevede che l'ISP possa dover disabilitare l'accesso *“non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto [...] che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato”*.

Permangono infine dubbi sul significato dei termini *“prontamente”* ed *“effettivamente”* che potranno essere risolti solo grazie all'applicazione della norma da parte della giurisprudenza, con richiamo, ad esempio, ai principi generali in tema di diligenza professionale.

Art. 16 (Responsabilità nell'attività di memorizzazione di informazioni - hosting): *“1. Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione, consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del*

servizio, il prestatore non e' responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore:

a) non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione;

b) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.

2. Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore.

3. L'autorità giudiziaria o quella amministrativa competente può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 1, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse”.

La norma in commento, riferentesi alla c.d. attività di memorizzazione delle informazioni (*hosting*), è indubbiamente quella che, come vedremo, ha destato maggiori problemi interpretativi.

Con riferimento a tale previsione risulta anzitutto porsi come delicato il profilo relativo alla valutazione in merito all'attendibilità delle comunicazioni degli illeciti, c.d. **notification**, che pervengono agli ISP. Infatti, da tali comunicazioni deriverebbe l'obbligo per il provider di rimuovere o disabilitare l'accesso ai file illeciti. Operazione che, come è evidente, deve essere fatta dal medesimo provider con molta attenzione, in modo da essere certo che il contenuto eliminato dalla rete sia realmente illecito o illegittimamente utilizzato, così da non trovarsi contrattualmente inadempiente nei confronti dei propri utenti.

Tuttavia, come meglio vedremo nella parte dedicata ai casi analizzati dalla giurisprudenza, è mancata un'esatta disciplina della *notification* e delle sue conseguenze, ciò che ha generato molteplici critiche e dubbi interpretativi.

La ragione di tale mancanza è stata principalmente dovuta alla decisione del legislatore comunitario, al momento dell'introduzione della direttiva, di non

disciplinare la fattispecie al fine di incoraggiarne l'autoregolamentazione. Sul punto, si segnala che la maggioranza degli Stati membri, al momento del recepimento della direttiva, non prese alcuna posizione; soltanto la Finlandia pensò di introdurre una disposizione che disciplinasse la procedura di *notification*, seppur unicamente in rapporto alle violazioni del diritto d'autore.

In altre giurisdizioni, come ad esempio abbiamo visto per la normativa statunitense (DMCA), si è invece previsto che sia il potenziale danneggiato colui che impone al prestatore di servizi la procedura di rimozione (c.d. take down), e non l'autorità giudiziaria, come invece sembra essere per il nostro sistema: la scelta del legislatore comunitario e italiano, di ricorrere all'autorità giudiziaria per ottenere un provvedimento che obblighi il provider ad agire, fa sì che il procedimento risulti inevitabilmente più lento (anche la strada dell'azione in via cautelare è sicuramente più impervia del semplice invio di una e-mail). Alla maggiore durata si aggiungono anche i maggiori costi dovuti alla necessità di avvalersi di un avvocato e sostenere le spese giudiziali.

Tuttavia, se è vero che tali "ostacoli" possono diminuire anch'essi il contenzioso, in quanto si chiede tutela del proprio diritto solo quando vi sono considerevoli motivi economici in gioco o quando la violazione risulti particolarmente grave, sicuramente però non diminuiscono le violazioni, anzi, potrebbero persino paradossalmente incoraggiarle.

Inoltre, secondo la normativa statunitense è colui il quale ha notificato a dover direttamente risarcire il cliente del provider per l'inadempimento contrattuale conseguente ad una segnalazione illegittima o infondata (non a caso, tale previsione ha portato a una diminuzione delle violazioni e dunque del contenzioso ad esse connesso).

Poiché, a differenza del d. lgs. n. 70/2003, la direttiva comunitaria imponeva di agire "*immediatamente*" al fine di eliminare le informazioni o disabilitarne l'accesso quando il provider avesse effettiva conoscenza di fatti o circostanze "*che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione*" ex art. 14, comma 1, lett. b (e non quando vi è dietro l'intervento dell'autorità di vigilanza),

certa dottrina ritiene che ci si trovi anche di fronte a un errato recepimento della direttiva che dovrebbe indurre il giudice italiano a disapplicare la normativa nazionale a favore di quella comunitaria.

Con riguardo a tale disposizione risulta poi controverso l'utilizzo del riferimento alla manifesta illiceità dell'attività o dell'informazione: come ribadito da attenta dottrina, *“un'attività o è lecita o non lo è: tertium non datur. Tuttavia, [...] l'impasse generato dalla inesatta formula legis è superabile considerando l'illiceità manifesta in tutti quei casi nei quali non è necessario possedere una conoscenza approfondita della normativa per considerare contra legem l'attività posta in essere. È il caso, ricorrendo ad un esempio di facile comprensione, del provider che si accorge di ospitare un sito a carattere pedopornografico”*⁵⁰.

Infine, il primo comma non si applica, precisa il secondo, nel caso in cui il destinatario del servizio agisca sotto l'autorità o il controllo del prestatore. Tuttavia, come sottolineato dai primi commentatori, le condizioni stabilite dal primo comma tendono a privilegiare la memorizzazione d'informazioni prodotte da soggetti maggiormente affidabili in quanto, solitamente, economicamente più forti, danneggiando così i soggetti più deboli economicamente. Ma in tale maniera, secondo attenta dottrina, *“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”*⁵¹.

Comune a queste prime tre disposizioni è l'inutilità della possibilità che l'intervento sia attuato *“anche in via d'urgenza”*, in quanto ciò sarebbe comunque potuto avvenire anche senza espressa disposizione del legislatore: e ciò, a detta

⁵⁰ RICCIO, La responsabilità degli Internet providers nel d.lgs. n. 70/2003, in *Danno e resp.*, 2003, 1157

⁵¹ PUOPOLO e LIGUORI. La direttiva 2000/31/CE e la responsabilità del provider in <http://www.interlex.it/ecomm/psglaw3.htm>

dei più, ha rappresentato l'ennesimo esempio di un frettoloso e non curato recepimento della direttiva comunitaria. Ed infine, pur in assenza di una specifica disposizione, si ritiene che legittimati a richiedere tali misure siano sia i consumatori che i professionisti.

Art. 17 (Assenza dell'obbligo generale di sorveglianza): Unica eccezione a tale smodato richiamo è rintracciabile nell'art. 17 del d.lgs. sull'assenza di un obbligo generale di sorveglianza, che corrisponde, con sostanziali modifiche, all'art. 15 della direttiva n. 31/2000. Tale articolo stabilisce che: *“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 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 primo comma dell'art. 17 riprende alla lettera quanto disposto dal primo comma dell'art. 15 della direttiva comunitaria citata e, come evidenziato dalla

dottrina, non poteva che essere così non solo per la necessaria conformazione al dettato comunitario, ma anche per l'impossibilità materiale e tecnica per gli ISP a monitorare continuamente le informazioni trasmesse.

Per quanto riguarda invece il secondo comma, l'art. 17 si differenzia dal secondo comma dell'art. 15 che riconosceva agli Stati membri la facoltà di scegliere se i prestatori fossero o meno 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*", in quanto detto art. 17 rende **obbligatorio** informare l'autorità giudiziaria o amministrativa circa illeciti ad opera degli utenti di cui l'ISP è venuto a conoscenza (tramite notifica/comunicazione di terzi o casualmente) e a fornire senza indugio le informazioni detenute alle autorità competenti quando da esse richiesto.

Il problema, nuovamente, si presenta per la molteplicità di interpretazioni a cui si presta l'aggettivo "*presunte*": la dottrina prevalente ritiene che, come per la nozione di manifesta illiceità, il provider vada ritenuto responsabile quando l'informazione o l'attività di cui è venuto a conoscenza rappresenti un **illecito** che è **riconoscibile come tale anche da chi non ha conoscenze giuridiche minime**.

Volendo fare un esempio *ex multis* per comprendere, in un caso concreto, quando tale obbligo di informazione all'autorità di vigilanza sussista, è possibile richiamare il suggerimento espresso dall'Avvocato Generale alla Corte di Giustizia UE in tema di violazione di marchi mediante ricerca per parole chiave nei motori di ricerca: il proprietario del marchio è legittimato a vietare la violazione del proprio marchio (e quindi con la notifica motivata di tale illecito obbliga il prestatore a comunicarlo all'autorità giudiziaria) qualora l'annuncio pubblicitario "*non consenta, o consenta soltanto difficilmente, all'utente medio di Internet di sapere se i prodotti o i servizi indicati nell'annuncio provengano dal titolare del marchio o da un'impresa economicamente connessa a quest'ultimo o invece da un terzo*". Nel momento in cui il marchio goda di notorietà, il proprietario dello stesso, sarà altresì legittimato qualora "*l'inserzionista tenti in tal*

*modo di giovare del suo potere attrattivo, della sua reputazione e del suo prestigio e di sfruttare così lo sforzo commerciale compiuto dal titolare del marchio per creare e mantenere l'immagine del marchio stesso*⁵².

Se da un lato la disposizione italiana è in linea con la disposizione comunitaria, occorre ricordare le perplessità della dottrina con riferimento alla difficoltà nell'accertamento della conoscenza (casuale) degli illeciti da parte dei provider su cui non incombe alcun obbligo di controllo. Secondo l'autorevole opinione di Giovanni Maria Riccio è necessario, al fine di rispondere alla domanda *“il prestatore che non è in grado di individuare ex post il soggetto che ha commesso l'illecito può essere considerato responsabile?”*, utilizzare come parametro di riferimento *“lo standard di diligenza imponibile al prestatore”*.

Pertanto, prosegue l'autore, *“appare preferibile ritenere che il provider, qualora consenta un anonimato assoluto, possa essere chiamato a rispondere, a titolo di contributory infringement, per aver permesso ed agevolato l'anonimato e, conseguentemente, per aver determinato l'impossibilità di individuare il soggetto che ha commesso l'illecito”*. La soluzione, secondo l'autore, sebbene lasci permanere più di un dubbio sui profili penali, potrebbe consentire un *“equo bilanciamento tra le contrapposte esigenze di chi utilizza la rete come mezzo di espressione e dei soggetti su cui ricadono gli effetti dell'illecito”*.

L'autore pertanto sconsiglia ai provider l'utilizzo di formulari per le registrazioni on-line, il più delle volte compilati in maniera automatica e senza alcuna forma di controllo dei dati immessi. Appare, dunque, assolutamente condivisibile, quanto di seguito espresso: *“Il provider, attesa la previsione normativa in commento, dovrebbe invece richiedere forme di autenticazione dei dati (es. firma digitale) oppure potrebbe utilizzare l'email dell'utente, comunicando a mezzo posta elettronica i dati necessari al completamento dell'iscrizione. In questo modo, si dovrebbe garantire l'identificazione dell'utente*

⁵² Conclusioni dell'avvocato generale Niilo Jääskinen presentate il 24 marzo 2011 nella Causa C-323/09 Interflora Inc Interflora British Unit contro Marks & Spencer plc Flowers Direct Online Limited

che, in caso di commissione di un illecito (penale o civile), sarà chiamato a risarcire i danni”.

In caso contrario, quanto al provider, *“appare plausibile ritenere che sia chiamato a risarcire gli eventuali danni per aver consentito, attraverso una condotta negligente, un anonimato assoluto. È appena il caso di ricordare che, in questa ipotesi, il provider sarebbe chiamato a rispondere a titolo di colpa e non di responsabilità oggettiva: una soluzione perfettamente compatibile con le policies che animano la direttiva comunitaria”*⁵³.

È così corretto ritenere che, in mancanza di deroga, sia applicabile la regola generale dell’art. 2043 del codice civile, secondo il quale gli elementi costitutivi della responsabilità del provider sono il danno ingiusto, la colpa e il nesso di causalità tra l’evento che ha prodotto il danno e la condotta agevolatrice dell’ISP.

La scelta del legislatore comunitario di optare per una imputazione della responsabilità fondata sulla colpa a discapito di un criterio di imputazione a carattere oggettivo ha prodotto perlomeno quattro vantaggi:

- 1) in accordo con la necessità di tutelare l’accesso e lo sviluppo delle fonti di informazione, è garantita l’esistenza delle imprese che non avrebbero sufficienti capacità patrimoniali per fronteggiare gli inevitabili maggiori risarcimenti;
- 2) la scelta dei soggetti con cui stipulare contratti avviene esclusivamente in base all’affidabilità economica e non anche alla sicurezza e alla comodità dei dati da diffondere;
- 3) non incoraggia i provider a cambiare attività, in quanto i costi non sono eccessivamente gravosi;
- 4) rappresenta il giusto equilibrio tra assenza di responsabilità e responsabilità oggettiva, non a caso i latini amavano affermare che *“in medio stat virtus”*: con tale criterio si permette da un lato che la vittima della violazione possa ottenere un risarcimento e dall’altro che l’ISP possa essere condannato a pagare tale

⁵³ Per tutte si veda RICCIO, La responsabilità degli Internet providers nel d.lgs. n. 70/2003, in *Danno e resp.*, 2003, 1157

risarcimento solo quando la sua condotta si discosti dallo standard di diligenza espresso nel dato legislativo.

La disciplina fin qui esaminata mostra come, per ciascuna tipologia, sia prevista un'esclusione generale di responsabilità, salvo che siano poste in essere determinate attività, diverse a seconda del tipo di servizio offerto agli utenti. La previsione dell'esonero di responsabilità del prestatore di servizi della società dell'informazione prevista dal legislatore risulta eccezionale, rispetto al generale sistema della responsabilità civile del nostro codice civile. Per questo motivo, i casi presenti nel d. lgs. n. 70/2003 sono da ritenersi assolutamente tassativi e soggetti ad interpretazione restrittiva.

Occorre infine ricordare nuovamente che l'attuazione della direttiva comunitaria tramite il d. lgs. n. 70/2003, per la sua poca disponibilità ad adattare la direttiva alle esigenze del panorama italiano, non ha riscosso molto successo sia nei confronti dei soggetti a cui la normativa si applica che nei confronti dei giuristi.

In tema di obblighi dei provider è poi importante segnalare quanto disposto dall'art. 1 DL 22 marzo 2004, n. 72 (cd. "Decreto Urbani") convertito con legge 21 maggio 2004, n. 128, GU 119 del 22 maggio 2004, recante Interventi per contrastare la diffusione telematica abusiva di opere dell'ingegno, nonché a sostegno delle attività cinematografiche e dello spettacolo.

Secondo il comma 5 di detto articolo, *"A seguito di provvedimento dell'autorità giudiziaria, i prestatori di servizi della società dell'informazione, di cui al decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, comunicano alle autorità di polizia le informazioni in proprio possesso utili all'individuazione dei gestori dei siti e degli autori delle condotte segnalate"*.

Il comma 6 prosegue disponendo che “A seguito di provvedimento dell'autorità giudiziaria, per le violazioni commesse per via telematica di cui al presente decreto, i prestatori di servizi della società dell'informazione, ad eccezione dei fornitori di connettività alle reti, fatto salvo quanto previsto agli articoli 14, 15, 16 e 17 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, pongono in essere tutte le misure dirette ad impedire l'accesso ai contenuti dei siti o a rimuovere i contenuti medesimi”.

Conclude il 7 comma prevedendo che “La violazione degli obblighi di cui ai commi 5 e 6 è punita con una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 50.000 a euro 250.000”.

5.3 La giurisprudenza italiana

Nei paragrafi precedenti può essere apparso chiaro come, prima dell'entrata in vigore del decreto 70/2003, la giurisprudenza si sia dimostrata mutevole nel riconoscere la responsabilità dei provider.

Al di là delle disposizioni applicate, un tratto comune pare comunque essere stato quello di valutare l'attività concretamente posta in essere dai provider. E la tendenza, anche in seguito ai nuovi principi legislativi, è ancora, come vedremo, attuale.

Seguendo i principi della Direttiva 2000/31 e del decreto di recepimento 70/2003, si è infatti diffuso l'orientamento secondo il quale l'ISP risponde ogniqualvolta la sua attività consista non già nella semplice fornitura del servizio di accesso alla rete o di uno spazio di *hosting* sul quale terzi memorizzano informazioni, bensì nella creazione, gestione e manutenzione di siti, o di newsgroup moderati.

In particolare, l'*hosting provider* non ha alcun obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né a ricercare attivamente fatti o circostanze sintomatiche della presenza di attività illecite, potendo egli essere ritenuto responsabile solo per un fatto proprio, ovvero di un proprio ausiliario, e non per un illecito consumato da terzi. Tuttavia, non sono mancate voci contrarie sul punto, sia in dottrina che in giurisprudenza, che qui di seguito saranno esaminate.

La giurisprudenza, che già si era interessata alla materia dell'ISP, è infatti intervenuta con sempre maggiore frequenza anche dopo l'implementazione della Direttiva europea, ed in particolare al fine di sopperire alle criticità applicative delle norme in esame sin da subito riscontrate.

Di seguito, saranno dunque passate in rassegna alcune delle più rilevanti decisioni che hanno avuto ad oggetto, in questi ultimi anni, il tema della

responsabilità dell'ISP. Dai noti casi Peppermint, Pirate Bay, FAPAV c. Telecom Italia, RTI c. YouTube e Vividown c. Google, sino alle recentissime decisioni nei casi PFA Film c. Yahoo! Italia e BtJunkie ed RTI c. Italia On Line.

Tribunale di Milano, 18 marzo 2004

L'assenza di un obbligo generale di controllo e di una sua concreta possibilità di attuazione

Tra le prime pronunce aventi ad oggetto l'applicazione della normativa resa dal decreto attuativo della Direttiva 2000/31 vale la pena di citare la decisione del tribunale di Milano del 18 marzo 2004.

La controversia verteva in ordine alla configurabilità di un'ipotesi di responsabilità penale per il delitto di cui al terzo comma dell'art. 600 ter c.p. (distribuzione, divulgazione, pubblicizzazione, per via telematica, di materiale pornografico prodotto mediante lo sfruttamento sessuale di minori degli anni diciotto), a carico dell'intestatario, nonché gestore del sito web che, nel caso in oggetto, si era limitato a fornire un mero collegamento ipertestuale (link) ad altro sito internet, mediante il quale venivano diffuse e rese disponibili in rete immagini a contenuto pedopornografico.

Ed il collegio giudicante ha stabilito che *"i proprietari delle infrastrutture di telecomunicazione (c.d. network providers), i fornitori di accessi (c.d. access providers) ed i fornitori di servizi (c.d. service providers), non possono ritenersi corresponsabili dei reati commessi da coloro che utilizzano i loro servizi (c.d. content providers) per mera omissione di controllo, in quanto, da una parte, **non hanno un obbligo giuridico di evitare l'evento**, e dall'altro, per la struttura stessa della rete, **non hanno la possibilità concreta di esercitare un efficace controllo sui messaggi ospitati sul proprio sito**"⁵⁴.*

⁵⁴ Trib. Milano, 18 marzo 2004 in Giur. merito 2004, 1713 con nota di CORRIAS, Ma i networks providers, i service providers e gli access providers rispondono degli illeciti penali commessi da

E sotto altro profilo "Non può affermarsi una responsabilità dei medesimi soggetti a titolo di dolo eventuale, ogniqualvolta **non vi siano specifici elementi che consentano di ricondurre nella loro sfera di conoscibilità una specifica attività illecita commessa per loro tramite e ciò per la struttura aperta di Internet, che rende in astratto possibile immissioni costanti, autonome e non controllabili sugli spazi gestiti dal server**".

Tribunale di Catania - 29 giugno 2004

La responsabilità per colpa in caso di consapevolezza del carattere illecito del contenuto diffuso nella rete

La decisione del Tribunale di Catania rappresenta anch'essa uno dei primi casi di applicazione giurisprudenziale delle nuove norme di cui al decreto legislativo 70/2003⁵⁵. La fattispecie verteva sull'utilizzo di un'opera storiografica senza previa autorizzazione dell'autore nell'ambito di un sito ospitato e gestito dal provider per conto di terzo soggetto.

Il Tribunale, seguendo l'ultimo orientamento in tema di responsabilità del provider ha escluso anzitutto l'equiparabilità del provider con gli organi di stampa, stabilendo quanto segue: "*L'internet provider è responsabile per l'illecito in materia di diritto d'autore commesso attraverso il sito da lui gestito soltanto quando abbia consapevolezza del carattere anti-giuridico dell'attività svolta dall'utilizzatore: si tratta, in altri termini, di responsabilità soggettiva, non essendo estensibile analogicamente all'internet provider la responsabilità in sostanza oggettiva prevista dalla legge a carico del responsabile editoriale per gli*

un altro soggetto mediante l'uso degli spazi che loro gestiscono? (Nota a Trib. Milano 18 marzo 2004) in Giurisprudenza di merito, 2004, fasc. 12 pag. 2523 - 2529

⁵⁵ Per un approfondito commento sulla decisione si veda BUGIOLACCHI, La responsabilità dell' "host provider" alla luce del d.lg. 70/2003: esegesi di una disciplina "dimezzata" (Nota a Trib. Catania 29 giugno 2004) in Resp. civ. e prev., 2005, fasc. 1 pag. 188 – 209 e CASSANO e CIMINO La responsabilità del content provider per la diffusione di materiale protetto dal diritto d'autore (Nota a Trib. Catania sez. IV 29 giugno 2004, n. 2286) in La Responsabilità Civile, 2005, fasc. 5 pag. 431 – 438

illeciti commessi a mezzo stampa, stante la concreta imponibilità di operare una verifica dei dati trasmessi da tutto il mondo sul sito "de quo"."

Il Tribunale ha poi considerato la responsabilità dell'*hosting/caching provider* come *“colposa, allorché il fornitore del servizio, consapevole della presenza sul sito di materiale sospetto, si astenga dall'accertarne l'illiceità e, al tempo stesso, dal rimuoverlo; dolosa, quando egli sia consapevole anche della antigiuridicità della condotta dell'utente e, ancora una volta, ometta di intervenire”*.

Il giudice ha quindi operato una chiara distinzione, ritenendo l'*access provider* non responsabile in quanto la sua attività si esplica esclusivamente e limitatamente nel fornire la connessione alla rete. Mentre, secondo il giudice, i *provider* che erogano ulteriori servizi rispetto alla semplice connessione possono essere passibili di responsabilità qualora si dimostri che erano a conoscenza che l'attività o l'informazione trasmessa o svolta suo tramite fosse illecita, nonostante vi sia la *“espressa limitazione derivante dalla circostanza che non si possa imporre al prestatore di servizi un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni trasmesse e memorizzate né, tanto meno, un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite”*.

E ciò *“si traduce nella subordinazione della responsabilità del provider alla circostanza che questi sappia della illiceità dell'attività o dell'informazione o anche, semplicemente, della esistenza dell'attività o dell'informazione. La regola accolta è, dunque, quella in forza della quale il provider sarà responsabile dell'illecito posto in essere dall'utilizzatore allorché egli abbia piena consapevolezza del carattere antigiuridico dell'attività svolta da quest'ultimo”* .

Concludendo, la società convenuta *“deve, quale proprietaria del dominio presso il quale veniva gestito e pubblicato il sito in esame, ritenersi responsabile dei materiali e degli scritti nello stesso inseriti secondo il regime di responsabilità che caratterizza il content provider, al quale incombe l'obbligo previo di controllare e verificare ogni eventuale profilo di lesività dei contenuti resi*

ostensibili nel sito dallo stesso creato, organizzato e gestito. Né a diversa soluzione sembra potersi giungere in dipendenza della dedotta natura gratuita del servizio reso, trattandosi nel caso di specie di illecito extracontrattuale rilevante ai sensi dell'art. 2043 ss. c.c.”⁵⁶.

Tribunale di Milano 3 giugno 2006

L'assenza di responsabilità dell'access provider per l'aver consentito sistemi di collegamento ad altri siti web (link) contenenti materiale illecito

Il caso rappresenta una delle prime controversie in tema di violazione degli art. 78 e 79 l. autore tramite la realizzazione di sistemi di collegamento verso un sito Internet dal quale è effettuata la abusiva radiodiffusione di programmi televisivi coperti da esclusiva (nel caso di specie, partite di calcio)⁵⁷.

Il tribunale ha stabilito, in quella occasione, che "*Ai sensi dell'art. 14 comma 1 d.lg. n. 70 del 2003 il gestore di una rete pubblica di telecomunicazioni non è responsabile per l'attività di mere conduit, ovverosia per aver fornito accesso alla rete a terzi che hanno compiuto attraverso essa degli illeciti qualora il gestore stesso non abbia né scelto i destinatari né modificato i contenuti trasmessi.*"

Tribunale di Roma - 16 luglio 2007

L'assenza di un obbligo di comunicazione al titolare dei diritti dei dati dell'autore dell'illecito (caso Peppermint)

⁵⁶ Trib. Catania, 29 giugno 2004 in Giur. merito 2004, 2196

⁵⁷ Trib. Milano, 3 giugno 2006 in Dir. informatica 2006, 6, 744 con nota di DE ANGELIS e MULA, Il service provider e la legittimazione passiva nel procedimento cautelare per violazioni dei diritti d'autore commesse da terzi (Nota a ord. Trib. Milano sez. spec. proprietà industriale ed intellettuale 3 giugno 2006) in Diritto dell'Internet, 2006, fasc. 6 pag. 558 – 562. Si veda anche il commento di INNOCENTE, In tema di responsabilità del carrier per gli illeciti telematici, Nota a ord. Trib. Milano sez. spec. proprietà industriale ed intellettuale 3 giugno 2006) in AIDA, 2007, pag. 896 - 898

La decisione resa dal Tribunale di Roma, si segnala principalmente per essersi interessata della legittimità del provider di **comunicare al titolare dei diritti l'indirizzo IP corrispondente all'autore della presunta violazione**. In estrema sintesi, nel caso in oggetto⁵⁸, la nota casa discografica tedesca Peppermint aveva proposto istanza al Tribunale di Roma avverso circa 3600 utenti, accusati di aver condiviso illecitamente contenuti coperti dal diritto d'autore. In particolare, il titolare dei diritti aveva nel tempo monitorato l'utilizzo di detti utenti, ottenendo dai provider i dati relativi al traffico generato e aveva in tal modo dato prova dell'illecito.

Nella propria decisione, il giudice, operando un bilanciamento degli interessi tra tutela della riservatezza e diritto d'autore, ha ritenuto illegittima la comunicazione dei dati personali degli utenti da parte del provider al titolare dei diritti⁵⁹.

Tribunale di Milano - 16 luglio 2007

L'obbligo di rimozione del materiale illecito in seguito all'ordine dell'autorità competente e la conseguente irrilevanza delle lettere di diffida

La decisione verteva in materia di pubblicazione illegittima di fotogrammi sul noto portale Yahoo e si segnala per aver correttamente interpretato l'obbligo di rimozione del materiale illecito.

In primo luogo, il giudice ha stabilito che *“in virtù del regime di responsabilità degli intermediari delineato dagli art. 14, 15 e 16 d.leg. n. 70/2003, richiamati in materia di diritto d'autore dall'art. 156, 2° comma, l. n.*

⁵⁸ Trib. Milano, 16 luglio 2007 in Dir. Internet, 2008, 134 con nota di CUNEGATTI, Danno all'immagine e responsabilità dell'internet service provider (nota a trib. roma 15 settembre 2007, n. 20383 Trib. Milano 16 luglio 2007) in Diritto dell'Internet, 2008, fasc. 2 pag. 133 - 140

⁵⁹ Per un'analisi più approfondita si vedano i commenti di BLENGINO – SENOR, Il caso "Peppermint": il prevedibile contrasto tra protezione del diritto d'autore e tutela della privacy nelle reti per to-per Nota a: Tribunale Roma, 16/07/2007 in Riv. inf. e informatica 2007, 4-5, 835 e DE CATA, il caso "Peppermint". ulteriori riflessioni anche alla luce del caso "Promusicae" in Rivista di diritto industriale, 2008, fasc. 4-5 pag. 404 - 448

633/1941, la società che gestisce un motore di ricerca di pagine in Internet può essere tenuta a rimuovere il materiale illecito (nella fattispecie rappresentato da alcuni fotogrammi televisivi e ritratti di personaggi celebri) pubblicato da un utente della rete telematica e/o disabilitarne l'accesso a seguito dell'esecuzione attuazione del provvedimento giudiziale (di merito o cautelare) contro l'autore dell'illecito".

E, sotto altro profilo, sulla base di quanto stabilito dall'art. 16, si è ritenuto che *"e` sostanzialmente non rilevante l'inoltro di diffide stragiudiziali volte a costituire doveri di intervento dell'intermediario, come si desume dalle norme del d.leg. n. 70/2003 che abilitano unicamente l'autorità giudiziaria (o amministrativa di vigilanza) a disporre la cessazione delle (altrui) violazioni da parte del prestatore, su ricorso giurisdizionale dell'avente diritto"*⁶⁰.

Dunque, secondo tale organo giudicante ed in applicazione del principio di cui all'art. 16 comma 1 lettera b) del d. lgs. 70/2003, solo l'autorità giudiziaria avrebbe il potere di ordinare al provider di rimuovere quanto lamentato. Il provider, in altre parole, non dovrebbe fare altro che comunicare alla medesima autorità, laddove a conoscenza, la presenza del materiale illecito, così come disposto dall'art. 17 comma 2 lettera a dello stesso decreto attuativo della Direttiva 2000/31.

Tribunale di Lucca, 20 agosto 2007

L'assenza di responsabilità dell'hosting provider per i contenuti assunti come diffamatori su un newsgroup

⁶⁰ Trib. Milano, 16 luglio 2007 in Dir. Internet, 2008, 134

Il caso in oggetto⁶¹ verteva sulla responsabilità di un *hosting provider* derivante dalla diffusione di messaggi diffamatori per il tramite di un newsgroup ospitato presso i server del provider medesimo.

In tale occasione, il giudice ha ritenuto che l'*hosting provider* che per mezzo della propria piattaforma consenta agli utenti di accedere ad un "newsgroup" non possa essere ritenuto responsabile per i messaggi che passano attraverso i propri elaboratori.

A sostegno della propria motivazione il Tribunale ha addotto che il provider si era limitato a mettere a disposizione degli utenti un mero "spazio virtuale" destinato all'area di discussione sulla quale esso **non aveva alcun potere di controllo e di vigilanza** sugli interventi che vi venivano man mano inseriti. Una diversa ricostruzione avrebbe introdotto un'ipotesi di responsabilità oggettiva, non contemplata dall'ordinamento.

Tribunale di Trani, 14 ottobre 2008

Un caso di responsabilità per mancato controllo dei contenuti illeciti immessi nella rete

Interessante decisione, sebbene contro tendenza, anche quella assunta dal Tribunale di Trani che ha stabilito possa sussistere "il dovere, in capo al titolare e amministratore di un sito Internet, di operare una verifica sulla antigiuridicità del materiale ivi inserito e di cancellare contenuti illeciti e lesivi dell'altrui onore e reputazione (fattispecie di messaggi diffamatori anonimi pubblicati in un forum e non rimossi dal "web master"⁶²).

⁶¹ Trib. Lucca, 20 agosto 2007 in <http://www.dirittodellinformatica.it/sentenze/criminoinformatici/newsgroup-diffamazione-responsabilita-hosting-provider-trib-lucca-20-08-2007-20080221113.html>

⁶² Trib. Trani, 14 ottobre 2008 in Foro it. 2009, 10, I, 2865 con nota di CHIAROLLA, In tema di responsabilità del provider (Nota a Trib. Trani 14 ottobre 2008) in Il Foro italiano, 2009, fasc. 10 pag. 2865 – 2868

Corte di Cassazione - 23 dicembre 2009

La responsabilità del provider derivante dall'indicizzazione delle informazioni illecite contenute in rete (caso Pirate bay)

Il caso⁶³ trae origine dall'azione della Federazione Industria Musicale Italiana (FIMI) contro il sito di download di c.d. *file torrent* (una particolare estensione per file utilizzato da programmi peer-to-peer) chiamato Pirate Bay, già noto alle aule giudiziarie per essere stato condannato in Svezia dove erano ubicati i relativi server.

In tale decisione, il giudice ha, anzitutto, stabilito che l'utilizzo di tecnologie di trasmissione *peer-to-peer* non vale ad escludere la responsabilità penale del titolare per il reato di messa a disposizione del pubblico attraverso internet di opere protette dal diritto d'autore. E ciò nonostante il titolare del sito non abbia la disponibilità nei propri database dell'opera protetta, che invece si trova presso gli utenti, e da questi stessi viene trasferita ad altri soggetti.

Inoltre, il giudice, respingendo l'eccezione di difetto di giurisdizione fondata sulla mera localizzazione all'estero dell'hardware del sito, ha stabilito la legittimità dell'eventuale ordinanza cautelare che disponga che gli ISP – pur estranei al reato – inibiscano agli utenti l'accesso al sito.

Più in particolare, secondo la Cassazione, *“se il sito web si limitasse a mettere a disposizione il protocollo di comunicazione (quale quello peer-to-peer) per consentire la condivisione dei file, contenenti l'opera coperta da diritto d'autore, ed il loro trasferimento tra utenti, il titolare del sito stesso sarebbe in*

⁶³ C. Cassazione penale 23 dicembre 2009, n. 49437 in Dir. autore 2010, 2, 198 con nota di CUOMO, La cassazione affonda la baia dei pirati, nota a: Cassazione penale, 29/09/2009, n. 49437, sez. III in Cass. pen. 2011, 3, 1102. Cfr. altresì il commento di DI PAOLA, Sequestro preventivo di sito web e inibitoria del giudice penale dell'attività del provider, (Nota a Cass. sez. III pen. 29 settembre 2009, n. 49437) in Il Foro italiano, 2010, fasc. 3 pag. 144 – 148 e di MERLA, Diffusione abusiva di opere in internet e sequestro preventivo del sito web: il caso "the pirate bay" (Nota a Cass. sez. III pen. 23 dicembre 2009, n. 49437) in Il Diritto dell'informazione e dell'informatica, 2010, fasc. 3 pag. 448 - 462

realtà estraneo al reato. Però se il titolare del sito non si limita a ciò ma fa qualcosa di più – ossia indicizza le informazioni che gli vengono dagli utenti che sono tutti potenziali autori di uploading, sicché queste informazioni (i.e. chiavi di accesso agli utenti periferici che posseggono, in tutto o in parte, l'opera), anche se ridotte al minimo, ma pur sempre essenziali perché gli utenti possano orientarsi chiedendo il downloading di quell'opera piuttosto che un'altra, sono in tal modo elaborate e rese disponibili nel sito, ad esempio a mezzo di un motore di ricerca o con delle liste indicizzate – il sito cessa di essere un mero “corriere” che organizza il trasporto dei dati. C'è un *quid pluris* in quanto viene resa disponibile all'utenza del sito anche una indicizzazione costantemente aggiornata che consente di percepire il contenuto dei file suscettibili di trasferimento. A quel punto l'attività del trasporto dei file (*file transfert*) non è più agnostica; ma si caratterizza come trasporto di dati contenenti materiale coperto da diritto d'autore. Ed allora è vero che lo scambio dei file avviene da utente ad utente (*peer-to-peer*), ma l'attività del sito web (al quale è riferibile il protocollo di trasferimento e l'**indicizzazione dei dati** essenziali) è quella che consente ciò e pertanto c'è un **rapporto causale** a tale condotta che ben può essere inquadrato nella **partecipazione imputabile a titolo di concorso di persone ex art.110 c.p.**; cfr. Cassazione, Sezione II, 17 giugno 1992 – 16 luglio 1992, n.8017, secondo cui l'attività di colui che concorre nel reato ex art.110 c.p. può essere rappresentata da qualsiasi forma di compartecipazione o contributo di ordine materiale o psicologico a tutte o ad alcune delle fasi di ideazione, organizzazione ed esecuzione della condotta illecita; Cassazione, Sezione I, 14 febbraio 2006 – 2 maggio 2006, n.15023, secondo cui la partecipazione al reato può consistere anche in un apporto che soltanto agevoli la condotta illecita; Cassazione, Sezione IV, 22 maggio 2007 – 26 giugno 2007, n.24895, secondo cui anche il mero “contributo agevolatore”, che, se di minima importanza, dà luogo all'attenuante di cui all'art.114 c.p., comunque consente l'imputazione a titolo di concorso nel reato; infine, cfr. Cassazione, Sezione VI, 28 giugno 2007 – 30 luglio 2007, n.30968, sulla responsabilità a titolo di concorso del direttore responsabile di un sito web ove era stata effettuata la pubblicazione di un atto amministrativo a carattere riservato”.

Prosegue la Cassazione in questo passaggio fondamentale della pronuncia “*In altre parole, la tecnologia peer-to-peer decentra sì l’uploading (la diffusione in rete dell’opera), ma non ha anche l’effetto, per così dire, di decentrare l’illegalità della diffusione dell’opera coperta da diritto d’autore senza averne diritto. Rimane comunque un apporto del centro (ossia del titolare del sito web) a ciò che fa la periferia (gli utenti del servizio informatico che, utilizzando quanto reso disponibile nel sito web, scaricano l’opera protetta dal diritto d’autore), apporto che, nel nostro ordinamento giuridico, consente l’imputazione a titolo di concorso nel reato previsto dal citato art.171 ter, comma 2, lett. a) bis cit. ... Mentre l’attività di indicizzazione e di tracciamento, che è essenziale perché gli utenti possano operare il trasferimento dell’opera (che in tal caso va da una pluralità di utenti autori dell’uploading verso una potenziale pluralità di utenti ricettori del downloading) è ascrivibile al (gestore del) sito web e quindi rimane l’imputabilità a titolo di concorso nel reato di cui all’art.171 ter, comma 2, lett. a) bis cit.. Sarebbe possibile predicare l’estraneità del sito web – o, più precisamente, del suo titolare – alla diffusione dell’opera solo nel caso estremo in cui la sua attività fosse completamente agnostica, ove ad esempio anche l’indicizzazione dei dati essenziali fosse decentrata verso la periferia”.*

Tribunale di Roma - 16 dicembre 2009, 22 gennaio 2010

La responsabilità del caching e hosting provider per aver predisposto un controllo delle informazioni e aver omesso di intervenire pur essendo consapevoli dell’antigiuridicità dei comportamenti posti in essere tramite il proprio sito Internet (caso Grande Fratello - Mediaset c. Youtube)

Con due ordinanze del Tribunale di Roma, rispettivamente del 16 dicembre 2009⁶⁴ e, quanto al reclamo, del 22 gennaio 2010, entrambe sul caso

⁶⁴ Trib.Roma, 16 dicembre 2009 in Resp. civ. e prev. 2010, 7-8, 1568 (s.m.). Sul punto, si veda anche il commento di GUIDOBALDI, Youtube e la diffusione di opere protette dal diritto d’autore: ancora sulla responsabilità dei providers tra hoster attivi, conoscenza dell’illecito e obbligo di sorveglianza, (Nota a ord. Trib. Roma 11 febbraio 2010) in Il Diritto dell’informazione e dell’informatica, 2010, fasc. 2 pag. 278 – 293 nonché di SARACENO, In tema di diritto d’autore

Mediaset c. Youtube, è stata affermata la responsabilità dell'ISP, a seguito del caricamento sul website americano di spezzoni del programma televisivo italiano "Il Grande Fratello".

Mediaset aveva avviato nel 2008 un'azione legale in via cautelare contro Youtube avente ad oggetto l'upload di alcuni video del suddetto programma sulla piattaforma di YouTube, chiedendone l'immediata rimozione dai server e la conseguente immediata disabilitazione all'accesso di tutti i contenuti riproducenti – in tutto o in parte – sequenze di immagini fisse o in movimento relative al programma medesimo.

Il Tribunale di Roma ha ritenuto di accogliere entrambe le richieste, considerando YouTube direttamente responsabile nella segmentazione dei video. Il giudice ha inoltre considerato che Youtube aveva tratto vantaggio economico dalla pubblicità affiancata ai video e poteva, in conclusione, essere equiparato, relativamente alla responsabilità, a un editore.

Inoltre, disponendo Youtube di regole che consentono la rimozione dei contenuti pedopornografici, essendo dotato di una policy di notice and take-down, e riservandosi il diritto di "*controllare i contenuti*", il giudice ha ritenuto la piattaforma in grado di vigilare in maniera autonoma sulle violazioni del diritto d'autore.

Più in particolare, il contenzioso ha visto contrapposte 2 tesi da un lato, YouTube, che ha ritenuto di (i) essere un mero fornitore di spazio web, (ii) non essere in grado di sottoporre a controlli la mole di contenuti che viene caricata ogni minuto sui propri server, (iii) aver comunque sviluppato e posto in essere degli strumenti come VideoID per agevolare i detentori dei diritti nell'individuazione dei materiali illecitamente caricati dagli utenti della rete. Dall'altro, Mediaset, che ha ritenuto YouTube responsabile alla stregua di un editore, per aver, tramite la sua piattaforma, organizzato e categorizzato i contenuti a favore di un gran numero di utenti, dalle cui connessioni avrebbe

e internet, Nota a Trib. Roma sez. IX 16 dicembre 2009 in Giurisprudenza italiana, 2010, fasc. 6 pag. 1326 - 1329

tratto profitto, associando pubblicità ad ogni video illecitamente caricato e cliccato.

A fronte delle tesi suesposte, il giudice ha anzitutto consacrato il principio del *locus commissi delicti* in caso di violazione di diritti connessi ex art. 79 della legge sul diritto d'autore ovvero il luogo in cui è avvenuto l'evento dannoso e si sono verificati gli effetti pregiudizievoli per il titolare dei diritti lesi. Ed ai fini della determinazione della giurisdizione, gli effetti pregiudizievoli li si possono rilevare nel mercato nel quale vengono illegittimamente diffusi i contenuti per il mezzo di internet. Il Tribunale ha fatto quindi valere la giurisdizione italiana sul caso, mettendo in evidenza che è rilevante il luogo ove l'illecito si realizza e non, come sostenuto dalla difesa, il luogo in cui i dati sono caricati sul server, cioè gli Stati Uniti.

Quanto, invece, alle ipotesi di responsabilità, si è, da un lato, ribadita l'esenzione a favore del provider che si limiti a fornire la connessione alla rete (*access provider*), mentre, dall'altro, si sono circoscritti i termini di imputazione per i soggetti che svolgono funzioni e servizi aggiuntivi, quali il *caching* e l'*hosting*. E' stato dunque stabilito che sono **fonte di responsabilità l'aver predisposto un controllo delle informazioni** e soprattutto **l'aver omesso di intervenire pur essendo consapevole dell'antigiuridicità dei comportamenti posti in essere tramite il proprio sito Internet.**

E più in dettaglio, il giudice ha ritenuto determinante nell'accertamento della responsabilità del provider due circostanze: (i) il provider ha proseguito nell'illecito nonostante le numerose diffide ricevute dal titolare dei diritti, assumendo di non poter far altro che mettere a disposizione degli utenti la piattaforma; (ii) il provider medesimo aveva la possibilità di monitorare il contenuto immesso nella piattaforma, così come ad esempio riesce ad impedire il caricamento di contenuti pedopornografici, così poteva predisporre un meccanismo tale da bandire o temporaneamente oscurare i contenuti coperti da diritto d'autore.

Per questi motivi il Tribunale ha statuito che *“nella specie innegabile ed evidente è la responsabilità delle convenuto che, oltre ad organizzare la gestione dei contenuti video, anche a fini di pubblicità [...], nonostante le ripetute diffide e le azioni giudiziarie [...] e la consapevolezza della sua titolarità dell’opera hanno continuato la trasmissione del “Grande Fratello” nei loro siti internet programmandone e disciplinandone la visione ove si consideri che è possibile in tali siti anche scegliere le singole parti di trasmissione (un giorno, un episodio particolare) ad ulteriore, anche se non necessaria conferma, della consapevolezza della violazione dei diritti sicuramente inconciliabile con l’addotta semplice “messa a disposizione della piattaforma”.*

In altre parole, il Tribunale ha ritenuto, in applicazione della Direttiva 2000/31, che non sia possibile escludere la responsabilità del provider perché le regole stabilite da Google e YouTube permettono la possibilità di controllare i contributi, di escludere i contenuti pedopornografici, di interrompere in maniera temporanea o permanente, ma comunque discrezionale e in ogni momento, persino senza preavviso, la fornitura del servizio, nonché il diritto di risolvere il contratto con l’utente quando la fornitura non risulti più vantaggiosa economicamente.

Il tribunale, pur ribadendo la necessità di operare una valutazione di responsabilità del provider caso per caso e **l’assenza di un generale obbligo di sorveglianza**, ha dunque ritenuto i provider responsabili in quanto sono stati forniti servizi aggiuntivi *“inconciliabili con [...] la semplice messa a disposizione della piattaforma”.*

Nè possono considerarsi esenzioni di responsabilità per aver riprodotto su Internet frammenti audiovisivi le eccezioni e limitazioni di cui all’art. 65 della legge sul diritto d’autore relative all’esercizio del diritto di cronaca o l’art. 70 della legge sul diritto d’autore concernente l’utilizzazione di brani o di parti di opera ad uso di critica e discussione.

Infine, il Tribunale ha escluso che RTI dovesse farsi carico di fornire a Youtube i riferimenti necessari per individuare i singoli materiali illeciti inseriti.

Detto Tribunale ha quindi accolto il ricorso presentato dalla RTI, società posseduta interamente da Mediaset, ordinando alla società californiana di rimuovere immediatamente dai propri server, nonché di disabilitarne l'accesso, di tutti i contenuti che avevano ad oggetto la trasmissione sopra citata al fine di interrompere la violazione in corso dei diritti di utilizzazione e di sfruttamento economico dello stesso, lasciando, di conseguenza, il compito a YouTube di individuare tutti i frammenti della trasmissione e di procedere alla loro rimozione.

Interessante notare che, in occasione di tale decisione, si disse che ormai la giurisprudenza, perlomeno quella italiana, si stesse orientando verso una valutazione caso per caso della responsabilità dell'ISP, per cui, a prescindere dall'assenza di un generale obbligo di sorveglianza dei materiali caricati dagli utenti che presupporrebbe l'imputazione di una "inaccettabile" responsabilità a carattere oggettivo, l'ISP veniva ritenuto responsabile *"quando non si limiti a fornire la connessione alla rete, ma eroghi servizi aggiuntivi (caching, hosting) e/o predisponga un controllo delle informazioni e, soprattutto quando, consapevole della presenza di materiale sospetto, si astenga dall'accertarne la illiceità e dal rimuoverlo o se, consapevole dell'antigiuridicità, ometta di intervenire"*.

Ciò che tuttavia faceva rimanere perplessi, come correttamente evidenziato da Sara Alvanini, è che appare *"assurdo chiedere a Google e a YouTube, come è avvenuto nell'ordinanza in esame, di rimuovere dai propri server e disabilitare l'accesso a tutti i contenuti riproducenti sequenze di immagini fisse o in movimento relative al programma "Il Grande Fratello" perché questo presupporrebbe il controllo capillare di ciascun video caricato (e si parla di milioni di video) con un dispendio di energie e dei costi inimmaginabile. Ma non solo, con l'inibitoria dal proseguimento della violazione dei diritti di utilizzazione e di sfruttamento economico del programma in questione si potrebbe aprire uno scenario decisamente ostile a YouTube che, probabilmente, vedendosi costretto ad impedire il caricamento dei video incriminati, dovrebbe controllare ciascun*

video prima di ammetterlo alla piattaforma, il che è assolutamente impensabile e determinerebbe la morte di YouTube e di tutti i servizi analoghi”⁶⁵.

Tribunale di Milano, 24 febbraio 2010

La responsabilità dell'ISP per violazione della normativa privacy (Caso Vividown c. Google)

La controversia⁶⁶ trae origine da un drammatico caso di cyber-bullismo⁶⁷ che ha dato luogo ad un vivace dibattito in relazione tema che ci occupa, che fu, peraltro, oggetto anche di un interessante convegno organizzato dall'Università di Roma Tre e dalla Fondazione Calamandrei sul tema: *"Il futuro della responsabilità sulla rete. Quali regole dopo la sentenza Google/ViviDown"*⁶⁸.

⁶⁵ Su entrambe le citazioni si veda ALVANINI, “La responsabilità dei services providers” in *Il Diritto Industriale* 4, 2010.

⁶⁶ Trib. Milano, 24 febbraio 2010 in *Foro it.*, 2010, II, 279.

⁶⁷ Sul sito di Google era stato caricato un video che mostrava un ragazzino affetto da sindrome di Down malmenato ed ingiuriato da alcuni coetanei.

⁶⁸ Si vedano i commenti di ALBAMONTE, La responsabilità penale dell'internet provider tra libertà di comunicazione e tutela dei singoli (Nota a GIP Trib. Milano 24 febbraio 2010) in *Questione Giustizia*, 2010, fasc. 3 pag. 184 – 189, BEDUSCHI, Caso Google: libertà d'espressione in internet e tutela penale dell'onore e della riservatezza (nota a Trib. Milano 12 aprile 2010) in *Il Corriere del Merito*, 2010, fasc. 10 pag. 963 – 970, FRANCESCHELLI, Sul controllo preventivo del contenuto dei video immessi in rete e i provider: a proposito del caso google/vivi down (Nota a Trib. Milano sez. IV pen. 24 febbraio 2010, n. 1972) in *Rivista di diritto industriale*, 2010, fasc. 4-5 pag. 347 – 354, LOTIERZO, Il caso google - vivi down quale emblema del difficile rapporto degli internet providers con il codice della privacy (Nota a Trib. Milano 12 aprile 2010, n. 1972) in *Cassazione penale*, 2010, fasc. 11 pag. 3994 – 4005, MAGGIO, Il diritto di impresa non può prevalere sulla privacy e sulla tutela dei diritti della persona (nota a Trib. Milano sez. IV pen. 24 febbraio 2010, n. 1972) in *Rivista di diritto industriale*, 2011, fasc. 2 pag. 47 – 79, MANNA, La prima affermazione, a livello giurisprudenziale, della responsabilità penale dell'internet provider: spunti di riflessione tra diritto e tecnica, Nota a Trib. Milano sez. IV pen. 24 febbraio 2010, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, fasc. 2 pag. 1856 – 1864, MANNA, I soggetti in posizione di garanzia (Relazione all'incontro "Il futuro della responsabilità sulla Rete - quali regole dopo la sentenza sul caso Google/Vivi Down", Roma, 21 maggio 2010 ; Dir. CE 2003/31) in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, fasc. 6 pag. 779 – 794, MELZI D'ERIL e VIGEVANI, Nelle motivazioni di condanna della sentenza violazione della privacy per mancato consenso (Nota a Trib. Milano sez. IV pen. 24 febbraio 2010, n. 1972) in *Guida al Diritto*, 2010, fasc. 25 pag. 20 – 23, PEZZELLA, Google Italia, diffamazione e riservatezza: il difficile compito del provider (e del giudice) (Nota a Trib. Milano 12 aprile 2010) in *Giurisprudenza di merito*, 2010, fasc. 9 pag. 2232 – 2261, ROSSELLO, Riflessioni de jure contendo in materia di responsabilità del provider (Relazione al Convegno organizzato dall'Università di Roma Tre e dalla Fondazione Calamandrei sul tema: "Il futuro della responsabilità sulla rete. Quali regole dopo la sentenza Google/ViviDown", Roma, 21 maggio 2010) in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*,

Con riguardo alla responsabilità del provider per i deprecabili contenuti sopra rappresentati, il Tribunale di Milano ha condannato tre dirigenti di Google per **non aver sufficientemente comunicato gli obblighi di legge agli uploader in relazione ai dati personali** (oggi in corso di appello). Il giudice ha, pertanto, configurato in capo a Google, una responsabilità per colpa, con l'aggravante del fine di lucro (i profitti che la società ha ricavato dalla visualizzazione dei video caricati sulla propria piattaforma) e non soltanto per semplice noncuranza.

La novità della decisione citata sta dunque nell'essersi interessata della responsabilità del provider applicando una normativa diversa rispetto a quella del decreto di recepimento della direttiva 2000/31. Facendo, infatti, riferimento all'applicazione della normativa sulla privacy, il Tribunale ha stabilito che *“La distinzione tra content provider e service provider è sicuramente significativa ma, allo stato ed in carenza di una normativa specifica in materia, non può costituire l'unico parametro di riferimento ai fini della costruzione di una responsabilità penale degli internet providers”*.

Sul punto, appare interessante riportare anche l'intervista all'estensore della sentenza, Dott. Oscar Magi, tenutasi in occasione del Convegno sopra menzionato, che tocca concetti quali la libertà di manifestazione del pensiero, l'autoregolamentazione e la criticata responsabilità del direttore del giornale.

*“Durante il convegno si è parlato del fatto che l'upload su **YouTube** può essere considerato un **esempio di “manifestazione del pensiero”**, pertanto un “regime speciale” di libertà di espressione che richiederebbe un'attenzione meno elevata sulla tutela dei dati personali dei soggetti coinvolti. Cosa ne pensa, visto che questa interpretazione è in contrasto con la sua sentenza? (MAGI) L'ho trovato interessante da un punto di vista strettamente culturale, ma poco aderente a quella che è la realtà normativa. Non si può confondere la libertà di espressione del pensiero con un video pesantemente offensivo nei confronti di un*

2010, fasc. 4-5 pag. 617 – 629, DI CIOMMO, Programmi filtro e criteri di imputazione/esonero della responsabilità on line. a proposito della sentenza google/vivi down (Relazione all'incontro "Il futuro della responsabilità sulla rete. Quali regole dopo la sentenza Google /Vivi Down?", Roma, 21 maggio 2010) in Il Diritto dell'informazione e dell'informatica, 2010, fasc. 6 pag. 829 – 857.

ragazzo down, quindi con un'evidente portata di tipo "criminale". Sono due cose profondamente diverse. Il problema di queste norme è che sono poco frequentate: se si cerca negli archivi e nelle banche dati non si trova niente. A livello giuridico questa è stata una foresta da disboscare col machete, nella quale non c'erano strade.

Cosa pensa della cosiddetta **autoregolamentazione** nella presa di responsabilità da parte dei provider sui contenuti illeciti recentemente proposta dal ministro Maroni? (MAGI) Ho visto solo anticipazioni giornalistiche, peraltro anche molto sintetiche, e sono abituato per una ragione di professionalità a ragionare solo sulle norme fatte e non su quelle che si vogliono fare. Detto questo, io credo che l'autoregolamentazione sia una strada percorribile, come ha indicato anche il prof. Zencovich: autoregolamentarsi prima che intervenga un meccanismo di regolamentazione troppo severa. Certo se l'autoregolamentazione viene imposta dal Governo c'è una contraddizione in termini, visto che sarebbe una regolamentazione e non un'autoregolamentazione. Finché non vedo una norma scritta non riesco a dare un parere, anche perché sono norme molto tecniche, molto particolari, di non semplice partecipazione, su concetti che anche da un punto di vista verbale non sono di dominio comune, ad esempio bisogna capire se viene riportata una differenza fra host provider e content provider.

Quale tutela per soggetti che possono subire danni tipo quello del caso Google/Vividown nel caso di un'autoregolamentazione? (MAGI) Gli illeciti possono sempre accadere, nonostante le precauzioni. L'autoregolamentazione può essere una strada possibile, ma certo non è l'unica da percorrere. È chiaro che va ridefinito un percorso di responsabilità ed è da definire in modo preciso. Non so se debba essere la **norma sul meccanismo colposo del direttore del giornale** o dell'editore del giornale, come ha proposto il prof. Rossello stamattina, è una via interessante. Certo, per quel che riguarda il provider, c'è da individuare un eventuale profilo colposo, rilevabile dalla violazione di norme specifiche. Anche qui va fatta una distinzione attenta e precisa fra quelli che sono gli host provider e quelli che sono invece i produttori o i gestori di contenuti. Non sono la stessa cosa. E penso che da questo punto di vista la mia sentenza sia

significativa: per la prima volta, credo, si fa una differenza importante tra questi due tipi di provider, che sono due soggetti giuridici profondamente diversi.

Pensa a una distinzione fra categorie? (MAGI) Bisogna fare un discorso chiaro sul fine di lucro. Ci sono dei provider che lavorano a scopo di lucro, un lucro anche piuttosto rilevante, che vanno certamente tutelati, ma con un discorso diverso dagli altri. Non perché il lucro sia un male ovviamente, ma dove c'è la possibilità di guadagnare molto dall'upload dei file allora lì ci deve essere una valutazione di tipo diverso. Non a caso la legge sulla privacy individua il dolo specifico collegato al fine di lucro, cosa che in altri campi non c'è. Evidentemente il fine di lucro è un indice rivelatore importante. Un altro indice rivelatore è quello relativo alla qualità del provider e un ultimo indice significativo potrebbe basarsi proprio sul fatto che il provider si autoregolamenti o meno. Queste tre cose andrebbero regolate anche perché altrimenti si corre il rischio di lasciare una situazione in completa balia di quella che può essere una giurisprudenza anche molto alternativa, perché io oggi ho deciso così, ma domani un giudice di Barletta può decidere in senso opposto. Il che non è bello per chi deve lavorare nei settori coinvolti.”

A seguito di tale pronuncia, Google ha poi concluso un accordo stragiudiziale con l'Associazione Vividown (cui era iscritta anche la vittima dell'episodio di pestaggio ripreso dal video incriminato), riconoscendola come utente certificato cui offrire un canale privilegiato per la segnalazione di contenuti lesivi. L'associazione, in base a tale accordo, potrà segnalare i video offensivi attraverso una casella di posta privilegiata a cui indirizzare le segnalazioni che potranno divenire nelle successive 24 ore richieste di rimozione concreta del materiale, sulla base dell'istituto del *notice and take-down*.

Tribunale di Milano, 20 marzo 2010

L'assenza di responsabilità dell'access provider in relazione ai link verso materiali illeciti (caso Sky Italia c. Tvgratis e Telecom Italia)

Nella decisione resa dal Tribunale di Milano il 20 marzo 2010⁶⁹, la materia del contendere aveva ad oggetto link verso siti cinesi inseriti in rete da Tvgratis con cui si permetteva agli utenti di vedere senza autorizzazione, e dunque illecitamente, partite di calcio di titolarità di Sky Italia, la quale chiamava in giudizio sia Tvgratis che Telecom.

Se da un lato il Tribunale ha ritenuto che il primo resistente, cioè Tvgratis, fosse corresponsabile insieme ai siti cinesi oggetto di link per violazione del copyright, tuttavia dall'altro lato, lo stesso Tribunale ha ritenuto di escludere la responsabilità del secondo resistente, ossia di Telecom, proprio per la sua qualità di mero *access provider*, qualità che comporta l'esenzione della responsabilità circa i materiali immessi in rete: ***"risponde di tale illecito, a titolo di concorso, anche il soggetto gestore di sito web corredato di informazioni tecniche necessarie per la fruizione dei filmati e di collegamenti ipertestuali con l'autore materiale della violazione, in quanto condotta consapevolmente agevolatrice dell'evento dannoso"***.

Tribunale di Roma 14 aprile 2010

L'assenza di un obbligo di comunicazione al titolare dei diritti dei dati dell'autore dell'illecito, nonché l'assenza di responsabilità dell'access provider e l'irrilevanza delle lettere di diffida del titolare dei diritti (caso Federazione Anti Pirateria Audiovisiva c. Telecom Italia s.p.a.)

Il caso FAPAV c. Telecom Italia⁷⁰ trae origine dalla richiesta di FAPAV di fornire i nominativi degli utenti che avrebbero scaricato in modo illecito materiale

⁶⁹ Trib. Milano 20 marzo 2011 in Dir. informatica 2010, 6, 908. Sulla decisione si veda anche il commento di MULA, La responsabilità e gli obblighi degli internet provider per violazione del diritto d'autore (Nota a ord. Trib. Roma sez. spec. proprietà industriale ed intellettuale 14 aprile 2010) in Rivista di diritto industriale, 2010, fasc. 3 pag. 252 - 270 nonché il commento di SAMMARCO, Le partite di calcio in tv e la loro ritrasmissione non autorizzata via web, Nota a: Tribunale Milano, 20/03/2010 in Riv. inf. e informatica, 2010, 6, 922

⁷⁰ Trib. Roma 14 aprile 2010 in Redazione Giuffrè 2010 e Riv. Dir. Ind., 2010, 248

coperto dalle leggi a tutela del diritto d'autore, di oscurare l'accesso ai siti di *file sharing* e di inviare avvisi a coloro che commettono violazioni al diritto d'autore.

Nel caso in esame, il Tribunale di Roma, principalmente rivolgendosi ai servizi di *mere conduit*, ha stabilito che l'ISP (i) non può essere ritenuto responsabile del contenuto dei dati che questo trasporta, in quanto non sottoposto ad oneri di controllo e, (ii) non può agire sui contenuti illeciti, rimuovendoli o sospendendo il servizio, come era stato richiesto a Telecom Italia da FAPAV, senza un previo ordine dell'autorità giudiziaria, ai sensi del combinato disposto dei citati articoli 14 e 17 del d.lgs. n. 70/2003.

Questa pronuncia conferma l'orientamento teso all'esenzione della responsabilità in favore dell'*access provider* con riguardo ai contenuti informativi inseriti in rete e di assenza di un obbligo generale di sorveglianza.

In data 25 maggio 2009, l'associazione di categoria FAPAV (Federazione Anti Pirateria Audiovisiva) notificava diffida a Telecom Italia al fine di impedire l'accesso ai siti che permettevano la riproduzione illecita di materiale audiovisivo e di informare l'autorità di Pubblica Sicurezza di tali violazioni. La mancata risposta da parte di Telecom, costringeva FAPAV a esperire una domanda cautelare fondata sulla responsabilità di Telecom ex art. 17, comma 3, d. lgs. n. 70/2003, "*per la condotta agevolatrice delle violazioni dei diritti d'autore sulle opere illecitamente riprodotte in rete*".

La controversia è stata decisa con ordinanza del 14 aprile 2010 dal giudice A. Izzo, della sezione specializzata in proprietà industriale e intellettuale di Roma, con la quale si è ribadito che il prestatore di servizi: (i) è tenuto "*a 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*" (art. 17 comma 2 lett. a); (ii) è tenuto "*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*" (art.

17 comma 2 lett. a); (iii) può essere destinatario di provvedimenti dell'autorità giudiziaria o amministrativa di vigilanza che gli richiedano, anche in via d'urgenza, di impedire le violazioni commesse (ultimi commi artt. 14, 15 e 16); (iv) è civilmente responsabile del contenuto dei servizi forniti qualora non abbia prontamente ottemperato alla richiesta dell'autorità giudiziaria o amministrativa di vigilanza".

Il giudice ha poi escluso che Telecom fosse tenuta, come lamentato da FAPAV, a sospendere il servizio di accesso ai website in questione ex art. 16 comma 1 d. lgs. n. 70/2003 per essere venuta a conoscenza di comportamenti illeciti, in quanto tale norma è applicabile al prestatore di servizi di *hosting* e non anche a chi fornisce solamente il servizio di connessione, come Telecom.

Principio importante affermato dal Tribunale è quello poi secondo il quale **l'unica notification in grado di porre a carico del provider l'obbligo di sospendere un servizio** della società dell'informazione è **quella dell'autorità giudiziaria o amministrativa competente** a vigilare, non anche quella inoltrata da FAPAV.

Per tali motivi appare dunque che l'unica violazione commessa da Telecom sia quella di mancata comunicazione all'autorità giudiziaria delle informazioni ricevute attraverso la diffida di FAPAV, essendo le stesse, come dichiarato dalla stessa ordinanza, "*sufficientemente motivate per essere attendibili*" e dunque idonee a fornire a Telecom quella conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un suo destinatario del servizio ex art. 17 d. lgs. n. 70/2003 che fa scaturire l'obbligo di immediata comunicazione all'autorità competente all'accertamento e repressione dell'illecito.

Ed ecco allora che si capisce come sia proprio la qualità delle informazioni ricevute ad essere il criterio per porre a carico dei provider l'obbligo sopra richiamato: esse devono essere "*sufficientemente motivate e attendibili*".

Dunque la sola misura cautelare irrogabile al fine di far cessare l'illecito di cui essa si è resa responsabile a danno degli associati di FAPAV, è quella che

imponga a Telecom di mettere a conoscenza l'autorità giudiziaria e amministrativa circa le informazioni ottenute attraverso la diffida di FAPAV, integrate dei dati in possesso di Telecom, diversi dai dati identificativi dei destinatari del servizio, ciò, come si legge nell'ordinanza, *“ha la finalità di rendere effettiva la possibilità di intervento dell'autorità giudiziaria o amministrativa e quindi di sollecitare l'attività di accertamento delle violazioni, nell'ambito della quale potranno eventualmente essere attivati, questa volta dall'autorità stessa, gli ulteriori obblighi di protezione”*.

Tribunale di Roma - 22 marzo 2011 / 11 luglio 2011

La responsabilità del caching provider per l'attività di scansione tramite crawler o spider e successiva indicizzazione – rilevanza della lettera di diffida del titolare dei diritti (caso About Elly - Open Gate Italia c. Yahoo!). Successivamente riformata

La controversia in oggetto⁷¹ ha visto contrapposti PFA Films S.r.l., licenziataria esclusiva per l'Italia dei diritti d'autore del film iraniano “About Elly” e il provider internet Yahoo! Italia S.r.l. che, tramite la propria piattaforma, ospitava dei link ad alcuni siti internet contenenti materiale lesivo dei diritti d'autore relativi al film in questione.

La società ricorrente aveva agito in via cautelare dinanzi al Tribunale di Roma contro il provider, sostenendo che Yahoo! non aveva rimosso i propri collegamenti nonostante la diffida ricevuta dalla PFA Films. Secondo la ricorrente, infatti, i *crawlers* (ossia software che i gestori dei motori di ricerca utilizzano al fine di scandagliare, in automatico, la rete alla ricerca dei contenuti da indicizzare) avrebbero dovuto indicizzare unicamente il sito ufficiale del film.

⁷¹ Trib. Roma, 22 marzo 2011 in Dir. informatica 2011, 3, 532

Con ordinanza del 22 marzo 2011, il Tribunale di Roma, interpretando restrittivamente la limitazione di responsabilità del service provider che agisce da intermediario prevista dal Decreto Legislativo n. 70/2003, ha ritenuto il provider **corresponsabile per violazione del diritto d'autore** ed ha ordinato allo stesso di disattivare i link a tutti i siti riguardanti il film in questione all'infuori del sito ufficiale.

Il giudice ha sì ribadito che Yahoo! potesse essere ritenuta un *caching provider* e come tale non tenuta ad alcun obbligo generale di monitorare i risultati delle ricerche sul proprio motore di ricerca, o di ricercare attivamente fatti o circostanze indicanti attività illecite. Tuttavia, il giudice ha anche ritenuto che, nella fattispecie lamentata dal titolare dei diritti, **Yahoo! non fosse intervenuta** a seguito della ricezione della diffida in cui la ricorrente la informava dell'esistenza nel proprio motore di ricerca di link verso siti che violavano i diritti d'autore. E ciò, secondo l'organo giudicante, avrebbe reso **Yahoo! colpevole, con perdita del beneficio della limitazione di responsabilità**.

Secondo il Tribunale di Roma, *“Yahoo! può essere definita come intermediario della società dell'informazione, e precisamente come caching provider che ha la gestione diretta dell'omonimo motore di ricerca con cui procede alla indicizzazione dei siti e, mediante il c.d. crawling, alla formazione di copie cache dei loro contenuti, con memorizzazione temporanea delle informazioni”*.

In applicazione quindi dei principi già espressi anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella sentenza Google del 23 marzo 2010 (procedimenti riuniti da C-323/08 a C-328/08, vedi *infra*) ha stabilito che *“il prestatore di un servizio non può essere ritenuto responsabile per i dati che egli ha memorizzato (...), salvo che, essendo venuto a conoscenza della natura illecita di tali dati o attività (...), egli abbia omesso di prontamente rimuovere tali dati o disabilitare l'accesso agli stessi”*.

Il provvedimento pertanto ha inibito a Yahoo! la *“prosecuzione e la ripetizione della violazione dei diritti [...] mediante il collegamento a mezzo*

dell'omonimo motore di ricerca ai siti riproducenti in tutto o in parte l'opera diversi dal sito ufficiale del film”.

Detta ordinanza è stata sin da subito oggetto di molte critiche dai primi commentatori. La ricorrente non aveva infatti fornito a Yahoo!, né nella lettera di diffida, né durante il procedimento cautelare, l'elenco dei link in questione ed il tribunale aveva ritenuto che un solo generico avviso fosse sufficiente a far perdere il beneficio dell'esenzione di responsabilità al provider.

Tra l'altro si è anche rilevato che molti dei link rimandavano a dei “trailers” del film, della cui legittimità non dovrebbe forse dubitarsi. E, dunque, ci si è domandati a che titolo e con quali mezzi Yahoo! avesse potuto operare una censura dei contenuti.

Si è poi contestata la ricostruzione del giudice e l'assimilazione dell'attività di indicizzazione con quella di posizionamento. A tale proposito, il giudice romano aveva infatti tratto spunto dalla sentenza della Corte di Giustizia, che aveva considerato quale attività di hosting il sistema AdWords di Google, ovvero quel servizio pubblicitario interattivo che consente agli utenti di rendere visibile il proprio annuncio sulla “bacheca” di Google nel momento in cui il singolo utente del motore di ricerca inserisca particolari termini di ricerca.

Ad ogni modo, la decisione ha rappresentato il primo caso in cui la magistratura italiana ha sancito il principio della responsabilità dei motori di ricerca nel mancato contrasto alla pirateria online: come evidenziato nel comunicato di Open Gate Italia, parte vincitrice in 1° grado contro Yahoo!, con la sentenza del 2011 della nona Sezione del Tribunale di Roma, *“si inibisce a Yahoo! la prosecuzione e la ripetizione della violazione dei diritti di sfruttamento economico sul film “About Elly” mediante il collegamento a mezzo dell'omonimo motore di ricerca ai siti riproducenti in tutto o in parte l'opera, diversi dal sito ufficiale del film”.*

Significativo il commento di Andrea Monti, avvocato esperto di diritto d'autore nei nuovi media e fondatore di Alcei (Associazione per la Libertà nella

Comunicazione Elettronica Interattiva): *“Questa sentenza è discutibile e pericolosa soprattutto perché recupera un concetto di iper-responsabilità da link che già da almeno un decennio sembrava definitivamente archiviato. Se già è discutibile che qualcuno possa essere considerato responsabile dei contenuti linkati su un'altra risorsa, al di fuori del suo controllo, a maggior ragione è inammissibile far valere un discorso del genere per un sistema che i link li genera automaticamente, sulla base di un algoritmo e dunque, in automatico, senza alcuna consapevolezza della liceità o meno dello specifico contenuto”*⁷².

Peraltro, si segnala che l'11 luglio 2011, il Collegio della Sezione specializzata in materia di proprietà industriale ed intellettuale del Tribunale di Roma ha riformato la decisione del G.D. che in prime cure aveva concesso la richiesta di inibitoria nei confronti di Yahoo⁷³.

Il Collegio ha ritenuto che la ricorrente PFA Films non avesse fornito la prova della violazione, ovvero sia avesse omesso di indicare (e documentare) quali fossero esattamente gli URL collegati al contenuto pretesamente illecito, notando che tale “genericità” della contestazione fosse stata sollevata da Yahoo in propria difesa non solo nel corso del giudizio, ma anche in risposta alla diffida stragiudiziale inviata da PFA Films prima di adire il Tribunale di Roma.

In rettifica quindi dei precedenti dello stesso tribunale, sembra dunque che il sia stato più correttamente applicato il principio per cui l'internet service provider non soggiace ad un obbligo di sorveglianza circa i contenuti immessi dagli utenti ed una contestazione generica non può avere l'effetto di determinare l'obbligo del “take down”.

⁷²

MONTI

in

http://www.repubblica.it/tecnologia/2011/03/23/news/basta_link_a_siti_di_film_pirata_una_sente_nza_inibisce_yahoo_-14012819/

⁷³ Trib. Roma, 11 luglio 2011 in http://www.ipinitalia.com/reclamo%20yahoo_about%20elly.pdf

*Tribunale di Milano 24 marzo 2011*⁷⁴

La responsabilità per i suggerimenti di ricerca (Google c. [...])

Il caso è molto interessante e riguarda una nuova interpretazione che si è data del noto motore di ricerca Google e della sua funzione "suggest"⁷⁵.

Un imprenditore aveva lamentato l'associazione del proprio nome ai termini "truffa" e "truffatore" che apparivano automaticamente digitando sul motore di ricerca il nome e il cognome dell'imprenditore e la lettera "t" per mezzo del meccanismo di suggerimento di ricerca di Google e ne aveva chiesto la rimozione.

In giudizio, il Tribunale ha ordinato a Google di interrompere l'associazione suddetta fra il nome e il cognome di un imprenditore e termini quali "truffa" e "truffatore", nonostante la tesi difensiva di Google volta a sottolineare che l'associazione fosse automatica in quanto compiuta attraverso il software che completa la stringa di ricerca sulla base delle ricerche già effettuate dagli utenti.

Il Tribunale ha ritenuto che i motori di ricerca sono vere e proprie raccolte di dati, informazioni, opere, consultabili attraverso parole chiave che, come tali, sono definibili come "hosting provider", cioè soggetti che ospitano contenuti gestiti e forniti da altri sui propri server. Gli artt. 12 - 15 della direttiva 2000/31/CE sono applicabili anche ai motori di ricerca.

⁷⁴ Trib. Milano, 24 Marzo 2011 in <http://www.ipinitalia.com/Tribunale%20Milano%20%20Google%20suggest.pdf>. Si veda anche il commento di PALMIERI, Internet, tutela cautelare, responsabilità del gestore di un motore di ricerca e non configurabilità del reato di diffamazione (Nota a ord. Trib. Milano 1 aprile 2011) in Il Foro italiano, 2011, fasc. 6 pag. 1913 - 1914

⁷⁵ "Google Suggest" è un sistema per mezzo del quale, all'inserimento di uno o più termini nella barra di ricerca, si determina l'apertura di una "tendina" sottostante alla barra contenente una lista di possibili completamenti della ricerca (cioè altre parole o parti di parola), che ha la funzione di suggerire all'utente lo svolgimento di una ricerca più mirata, migliorandone la precisione e le chance di successo.

*Tribunale di Milano 19 maggio 2011*⁷⁶

La responsabilità dell'hosting provider "attivo" per i contenuti ospitati sui propri server (caso RTI - Mediaset c. Yahoo)

Il caso ha visto contrapposte Yahoo! e Mediaset che il 3 novembre del 2009 aveva citato in giudizio il provider a seguito di un controllo a campione eseguito sul portale di Yahoo. Nel corso del monitoraggio Mediaset aveva infatti rinvenuto 218 video coperti da copyright.

Su tali presupposti, il Tribunale di Milano ha accolto le tesi avanzata da Mediaset e ha stabilito che la diffusione non autorizzata di video televisivi coperti da diritto d'autore appartenente al ricorrente costituisse una violazione. Il Tribunale ne ha vietato dunque l'ulteriore diffusione sul portale 'Yahoo! Video' fissando una penale di 250 euro per ogni video non rimosso e per ogni giorno di ulteriore indebita permanenza, con riserva di valutazione dei danni.

Il tribunale ha dunque ritenuto colpevole il provider per aver consentito, ai propri utenti, la condivisione illecita di contenuti audiovisivi protetti da copyright (in particolare, alcune centinaia di spezzoni di note trasmissioni TV). In altre parole, si è rilevato come l'attività di Yahoo non potesse rientrare nella figura dell'intermediario definita dalla Direttiva 2000/31.

Secondo i giudici, l'attività dei provider oggi concepite “*si sono distaccate dalla figura individuata nella normativa comunitaria. (...) Mentre i servizi offerti si estendono ben al di là della predisposizione del solo processo tecnico che consente di attivare e fornire "accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni messe a disposizione da terzi al solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione" finendo nell'individuare (se non un vero e proprio content provider, soggetto cioè che immette contenuti propri o di terzi nella rete e che dunque risponde di essi secondo le regole comuni di responsabilità) una diversa figura di prestatore di*

⁷⁶ Trib. Milano, 19 maggio 2011 su http://www.ipinitalia.com/sentenza%20Yahoo_Mediaset.pdf

servizi non completamente passiva e neutra rispetto all'organizzazione della gestione dei contenuti immessi dagli utenti (c.d. hosting attivo), organizzazione da cui trae anche sostegno finanziario in ragione dello sfruttamento pubblicitario connesso alla presentazione (organizzata) di tali contenuti”.

Inoltre, il giudice ha contestato a Yahoo di non essersi attivata per rimuovere tempestivamente il materiale i cui diritti d'autore erano in capo a Mediaset. Nè sarebbe stata una giustificazione il fatto Mediaset non avesse segnalato tutti i contenuti video oggetto di contestazione.

Secondo il Tribunale, benché vi sia una *“impossibilità anche per il prestatore di servizi che fornisca un hosting attivo di poter procedere ad una verifica preventiva del materiale immesso quotidianamente dagli utenti, non potendosi ritenere tale verifica quale comportamento effettivamente esigibile per la complessità tecnica che un controllo del genere richiederebbe”*, vi è anche il fatto che *“la diffida in questione indicava i singoli programmi televisivi dai quali erano tratti i video contestati (in particolare trasmissioni Amici, il Grande Fratello, Le Iene, Striscia la notizia, Zelig), trasmissioni peraltro di notevole successo e rispetto alle quali un superficiale e rapidissimo controllo avrebbe dimostrato quantomeno la fondata titolarità dei diritti di RTI (...) la mancata specifica individuazione dei filmati contestati non risultava elemento atto ad impedire alla convenuta ogni (dovuta) attività di verifica e controllo, tenuto conto che essa avrebbe potuto agevolmente essere svolta proprio utilizzando gli stessi strumenti informatici posti a disposizione dei visitatori di ‘Yahoo! Video’ per la ricerca di contenuti tramite parole-chiave riproducenti i titoli delle menzionate trasmissioni”*.

In altre parole, secondo il Tribunale, benché un controllo preventivo non sia esigibile, una volta ricevuta una diffida individuante titoli di programmi televisivi di proprietà di RTI, Yahoo avrebbe dovuto ricercare all'interno dei propri server tutti i video ad essi relativi ed eliminarli.

Tale decisione è stata duramente criticata, in quanto ritenuto troppo gravoso per il provider procedere alla rimozione di contenuti audiovisivi segnalati come “pirati” sulla base di un riconoscimento manuale.

Tribunale di Milano, 17 giugno 2011⁷⁷

La responsabilità dell'hosting provider "attivo" per i contenuti ospitati sui propri server (caso RTI c. IOL)

In tale sentenza il Tribunale di Milano si è pronunciato sulla causa instaurata tra Reti televisive italiane (RTI) e Italia Online srl (IOL), proprietaria del portale libero.it.

RTI, in qualità di società attrice, aveva contestato a IOL, società convenuta, l'illecita presenza, sulla piattaforma telematica di cui questa è titolare (il Portale IOL) che consente l'upload e la condivisione di contenuti audiovisivi caricati dagli utenti, di numerosi filmati di proprietà di RTI, peraltro associati a molteplici messaggi pubblicitari (c.d. link sponsorizzati) tramite l'utilizzazione dei titoli dei programmi stessi quali parole-chiave.

Il tribunale di Milano ha ritenuto che *“le modalità di prestazione di tale servizio, ormai del tutto comuni ai soggetti che svolgono attività analoghe, si sono distaccate dalla figura individuata nella normativa comunitaria (la direttiva 2000/31/CE, ndr), mentre i servizi offerti si estendono ben al di là della predisposizione del solo processo tecnico che consente di attivare e fornire “accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni messe a disposizione da terzi al solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione”*, finendo nell'individuare (se non un vero e proprio *content provider*, soggetto cioè che immette contenuti propri o di terzi nella rete e che dunque risponde di essi secondo le regole comuni

⁷⁷ Trib. Milano, sentenza n. 7680/2011 del 17 giugno 2011 in http://www.ipinitalia.com/sentenza%20Libero_Mediaset.pdf

di responsabilità), una **diversa figura di prestatore di servizi non completamente passivo e neutro rispetto all'organizzazione della gestione dei contenuti immessi dagli utenti (cd. hosting attivo)**, organizzazione da cui trae anche sostegno finanziario in ragione dello sfruttamento pubblicitario connesso alla presentazione (organizzata) di tali contenuti. Il Tribunale, ha ritenuto in altre parole *“Italia On Line S.r.l. quale soggetto che fornisce (quantomeno) un hosting attivo, in quanto organizza e seleziona il materiale trasmesso dagli utenti (...) e ne arricchisce e completa la fruizione, tanto da poter ritenere l'attività del prestatore del servizio – ancorché eseguita mediante l'ausilio di software - come rivolta alla gestione complessiva dei contenuti originari che risultano selezionati, arricchiti, organizzati mediante prestazione di servizi ulteriori in vista di uno sfruttamento commerciale che pare travalicare la mera remunerazione del servizio offerto, tanto da offrire al visitatore un prodotto che per la sua complessità ed organicità ha come sola base di partenza i contenuti trasmessi dagli utenti e fornisce invece ai visitatori un vero e proprio prodotto audiovisivo dotato di una sua specifica individualità ed autonomia”*.

Il Tribunale di Milano ha pertanto riconosciuto che la diffusione sulla Sezione Video del Portale IOL di brani e di filmati tratti dai programmi televisivi di RTI costituisce violazione degli artt. 78-ter e 79 della legge n. 633/1941, inibendone l'ulteriore diffusione e fissando, altresì, una sanzione pecuniaria.

Tribunale di Roma, 20 ottobre 2011

La responsabilità dell'hosting provider "attivo" per i contenuti ospitati sui propri server (caso RTI – VBBCOM)

Con ordinanza del 20 ottobre 2011⁷⁸ il Tribunale di Roma ha deciso l'ultimo dei casi promossi da RTI nei confronti degli ISP per tutelare i propri diritti di utilizzazione e sfruttamento economico sui programmi televisivi.

⁷⁸ Trib. Roma, 20 ottobre 2011 pubblicata su <http://www.leggioggi.it/wp-content/uploads/2011/11/Ordinanza-Choopa-.pdf>

Nel caso di specie, RTI aveva chiesto, in via d'urgenza, di ordinare al gestore del sito (www.videobb.com) VBBCOM Limited di rimuovere dal portale internet numerosi contenuti audiovisivi che riproducevano programmi di RTI (in particolare “Squadra Antimafia 3 Palermo oggi” e “RIS Roma 2”). Inoltre, RTI aveva deciso di instaurare il giudizio anche nei confronti della società Choopa LLC, gestore del server su cui è ospitato il portale Videobb .

Il Tribunale di Roma ha accolto la domanda nei confronti del gestore del portale VBB, non ritenendo quest'ultimo un semplice *hosting provider*. Nella motivazione si evince infatti che VBB si era riservato ogni diritto di sfruttamento commerciale dei contenuti caricati dai singoli utenti e interveniva con **operazioni tecniche di organizzazione e selezione di detti contenuti finalizzate ad una migliore fruizione da parte degli utenti**.

Sul base dunque di un principio più volte affermato, il giudice, nonostante l'esenzione prevista dall'art. 16 del d. lgs. 70/2003, ha ritenuto l'hosting provider responsabile qualora esso "*non abbia prontamente ottemperato all'ordine dell'autorità giudiziaria od amministrativa di impedire l'accesso alle informazioni illecite oppure nell'ipotesi in cui esso, consapevole del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio di cui assicura l'accesso alla rete, non abbia provveduto ad informarne l'autorità competente*".

La domanda non è stata invece accolta nei confronti di Choopa, il gestore del server. RTI non ha infatti provveduto ad informare Choopa con una diffida dettagliata e pertanto, non essendo stata messa al corrente, Choopa non è stata ritenuta responsabile. Peraltro, a seguito della presentazione del ricorso e dell'indicazione da parte di RTI degli effettivi indirizzi URL che riconducevano ai contenuti ritenuti illeciti, Choopa aveva provveduto alla loro rimozione.

Sul punto, si segnala che il giudice, nel motivare il rigetto, ha altresì precisato che "*né, d'altra parte, appare concedibile nei confronti di un soggetto ritenuto non responsabile un provvedimento inibitorio destinato a prevenire possibili condotte illecite altrui non ancora realizzate, non essendo esigibile nei*

confronti di Choopa, in quanto hosting provider passivo, l'esercizio di un controllo preventivo in riferimento a tutti e a ciascuno dei contenuti che fossero ospitati sui siti dei propri server". Una diversa soluzione avrebbe rappresentato notevoli criticità. Provvedimenti di inibitoria – nella parte in cui inibiscono la prosecuzione e ripetizione dell'illecito – che impongano all'hosting provider di verificare il proprio server rispetto alla presenza di contenuti illeciti che potrebbero essere caricati in futuro da utenti del servizio, potrebbero infatti apparire in contrasto con l'esenzione da responsabilità e da obbligo di sorveglianza previsti dalla legge.

Tribunale di Roma – 13 dicembre 2011

L'assenza di alcun obbligo di controllo preventivo (caso Mediaset – Google)

Interessanti sviluppi sul tema della responsabilità dell'hosting provider provengono infine dalla recentissima ordinanza del Tribunale di Roma⁷⁹, laddove si è stabilito che i titolari del diritto d'autore non hanno diritto di chiedere alcun ordine di controllo preventivo da parte degli hosting provider che ospitano contenuti generati dagli utenti.

Il caso trae origine da una richiesta di RTI relativa al portale sportivo "Calciolink", ospitato sulla piattaforma Blogger di Google, che trasmetteva illegalmente in streaming le dirette di partite di Serie A, di Eurolega e di Champion's League i cui diritti televisivi erano di proprietà di RTI.

In tale contesto, il Tribunale ha respinto la richiesta di RTI Mediaset con la quale si chiedeva un'inibitoria nei confronti di Google, anche per il futuro, di pubblicare sul suo servizio di blog hosting i contenuti audiovisivi relativi alle citate dirette sportive. In particolare, l'organo giudicante ha stabilito che "*Il controllo preventivo non pare condotta esigibile dall'hosting, dal momento che il*

⁷⁹ Trib. Roma, 13 dicembre 2011, disponibile in <http://www.leggioggi.it/wp-content/uploads/2011/12/TribunaleRoma-30111.pdf>

giudice italiano non può porre uno specifico obbligo di sorveglianza in violazione del chiaro dettato comunitario". In altro punto, si è poi stabilito che "il fornitore del servizio non può essere assoggettato all'onere di procedere ad una verifica in tempo reale del materiale immesso dagli utenti" ed inoltre, "anche ove il controllo divenisse attuabile con costi contenuti e con meccanismo automatici, configgerebbe con forme di libera manifestazione e comunicazione del pensiero".

5.4 La giurisprudenza comunitaria

La Corte di Giustizia dell'Unione europea si è più volte interessata di interpretare la normativa dettata dalla Direttiva 2000/31 e ciò con particolare riguardo alla tematica concernente la tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica, come nei casi *Promusicae c. Telefonica*, *Google c. Louis Vuitton*, *SGAE c. Padawan*, *Scarlet c. Sabam* e *Sabam c. Netlog*.

Nella sentenza della Corte di giustizia del 29 gennaio 2008, causa C-275/06, si è ad esempio analizzata la questione pregiudiziale relativa al caso *Promusicae*, originata dall'iniziativa giudiziaria dell'associazione spagnola a tutela degli interessi degli autori ed editori nei confronti del provider Telefonica.

Quest'ultimo si era opposto alla richiesta di fornire identità e indirizzo fisico degli utenti accusati di scaricare con programmi peer-to-peer contenuti protetti, al fine di tutelarne la privacy. A tale proposito, la Corte di giustizia ha affermato un principio interessante, laddove *“la comunità non impone agli Stati membri l'obbligo di comunicare i dati personali degli utenti dell'internet in caso di contenzioso civile. [...] La comunicazione dei dati richiesti è autorizzata esclusivamente nell'ambito di un'indagine penale o per la tutela della pubblica sicurezza e della difesa nazionale.”*

Con la sentenza della Corte di Giustizia del 23 marzo 2010 sul caso **Google c. Vuitton** (causa C-236/08 e 238/08), il prestatore di servizi non è stato ritenuto responsabile del fatto che, attraverso il suo motore di ricerca, fosse ad esempio possibile l'associazione della parola Vuitton digitata dall'utente a link sponsorizzati che vendono imitazioni di prodotti della casa di moda francese. In particolare, il caso era relativo all'impiego di parole chiave corrispondenti a marchi altrui nell'ambito di un servizio di posizionamento su internet (AdWords): Vuitton aveva fatto constatare che, utilizzando il motore di ricerca di Google,

l'inserimento da parte degli utenti di internet dei termini costituenti i suoi marchi faceva apparire, nella rubrica "link sponsorizzati", alcuni link verso siti che offrivano imitazioni di prodotti della Vuitton.

Nella decisione in parola, anzitutto si è affermato il principio per cui nella "definizione di "servizio della società dell'informazione" come comprendente i servizi prestati a distanza mediante attrezzature elettroniche di trattamento e di memorizzazione di dati, a richiesta individuale di un destinatario di servizi e, normalmente, dietro retribuzione" rientra anche il servizio offerto da Google. Infatti, "la semplice circostanza che il servizio di posizionamento sia a pagamento, che la Google stabilisca le modalità di pagamento, o ancora che essa dia informazioni di ordine generale ai suoi clienti, non può avere come effetto di privare la Google delle deroghe in materia di responsabilità previste dalla direttiva 2000/31. Del pari, il fatto che la parola chiave selezionata e il termine di ricerca inserito da un utente di Internet coincidano non è di per sé sufficiente a ritenere che la Google conosca o controlli i dati inseriti dagli inserzionisti nel suo sistema e memorizzati sul suo server".

Premesso ciò, la Corte ha stabilito che "**l'art. 14 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 8 giugno 2000, 2000/31/CE, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»)**, deve essere interpretato nel senso che la norma ivi contenuta **si applica al prestatore di un servizio di posizionamento su Internet qualora detto prestatore non abbia svolto un ruolo attivo atto a conferirgli la conoscenza o il controllo dei dati memorizzati. Se non ha svolto un siffatto ruolo, detto prestatore non può essere ritenuto responsabile per i dati che egli ha memorizzato su richiesta di un inserzionista, salvo che, essendo venuto a conoscenza della natura illecita di tali dati o di attività di tale inserzionista, egli abbia omesso di prontamente rimuovere tali dati o disabilitare l'accesso agli stessi**".

La Corte di giustizia con sentenza del 21 ottobre 2010, (causa C-467/08) si è poi occupata del caso promosso dalla società di gestione collettiva dei diritti di proprietà intellettuale in Spagna, Sociedad General de Autores y Editores de España (**SGAE**) c. Padawan.

SGAE aveva preteso dalla società Padawan, attiva nella commercializzazione di Cd-R, Cd-Rw, Dvd-R nonché apparecchi MP3, la corresponsione del “*prelievo per copie private*” per i supporti digitali da questa commercializzati nel periodo compreso tra il 2002 e il 2004. Padawan si rifiutava di adempiere in quanto, a suo dire, l’applicazione di tale prelievo era contraria alla menzionata direttiva e ciò indipendentemente dall’uso privato, professionale o commerciale cui i supporti siano destinati.

La Corte ha osservato che l’equo compenso deve essere considerato quale contropartita del pregiudizio subito dall’autore per effetto della riproduzione non autorizzata della sua opera protetta, essendo necessario il mantenimento di un “*giusto equilibrio*” tra i titolari dei diritti e gli utenti dei materiali protetti.

Tuttavia, la Corte ha altresì rilevato che un sistema di “prelievo per copie private” risulta compatibile con detto “giusto equilibrio” solamente qualora le apparecchiature, i dispositivi e i supporti di riproduzione di cui trattasi possano essere utilizzati ai fini della realizzazione di copie private e, conseguentemente, possano causare un pregiudizio all’autore dell’opera protetta.

Con sentenza pubblicata il 12 luglio 2011 la Corte UE si è pronunciata anche nella causa C-324/09 **L’Oréal vs E-bay**.

Tra le varie questioni pregiudiziali risolte dalla Corte UE si è discusso anche della responsabilità degli internet service providers e sui relativi provvedimenti di inibitoria.

In particolar modo, tale decisione ha analizzato uno dei maggiori profili di criticità che come abbiamo visto è stato oggetto di vivace dibattito anche nelle nostre aule giudiziarie: ovvero la possibilità di affiancare all'ordine di rimozione dei contenuti illeciti anche un'inibitoria nei confronti dei provider dal proseguire l'illecito. Infatti, come è agevole notare ciò potrebbe implicare per gli stessi provider un obbligo futuro di sorveglianza sulla presenza di eventuali contenuti illeciti, in apparente contrasto con gli artt. 14 e 15 della Direttiva 2000/31.

Il rinvio pregiudiziale alla Corte Ue trae origine dal giudizio instaurato da L'Oréal nei confronti della casa d'aste on-line e-Bay per avere quest'ultima ospitato sul suo sito una serie di aste di vendita in violazione dei marchi di L'Oréal. In breve, L'Oréal aveva reso note tali circostanze ad eBay con un'apposita diffida, a seguito della quale L'Oréal aveva adito la High Court of Justice chiedendo, tra l'altro, l'emissione di provvedimenti idonei a rimuovere gli effetti della violazione e a impedire ulteriori violazioni dei propri diritti di marchio.

La corte inglese aveva proposto dunque alla Corte di giustizia la seguente questione pregiudiziale – *“se nel caso in cui i servizi di un intermediario quale il gestore di un sito internet siano stati utilizzati da terzi per violare un marchio registrato, se l'art. 11 [della Direttiva 2004/48 c.d. direttiva enforcement] imponga agli Stati membri di garantire che il titolare del marchio possa ottenere un'ingiunzione nei confronti dell'intermediario al fine di impedire ulteriori violazioni di detto marchio e non solo la prosecuzione di detto specifico atto di contraffazione, e in tal caso quale sia la portata dell'ingiunzione che può essere chiesta”*.

Nel rispondere alla questione pregiudiziale, la Corte UE ha concluso: *“L'art. 11, terza frase, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 29 aprile 2004 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, deve essere interpretato nel senso che esso impone agli Stati membri di far sì che gli organi giurisdizionali nazionali competenti in materia di tutela dei diritti di proprietà intellettuale **possano ingiungere al gestore di un mercato online di adottare provvedimenti che contribuiscano non solo a far cessare le violazioni***

di tali diritti ad opera degli utenti di detto mercato, ma anche a prevenire nuove violazioni della stessa natura. Tali ingiunzioni devono essere effettive, proporzionate, dissuasive e non devono creare ostacoli al commercio legittimo".

Nella motivazione, la Corte ha ritenuto opportuno segnalare che l'art. 11 della Direttiva *enforcement* deve essere interpretato in via sistematica, facendo riferimento alle altre norme di diritto comunitario. Pertanto (i) i provvedimenti di *enforcement* non possono introdurre un obbligo di sorveglianza attiva di tutti i contenuti caricati dagli utenti in capo ai provider, da cui gli stessi sono espressamente esentati ai sensi dell'art. 15 della Direttiva (ii) i provvedimenti di *enforcement* devono predisporre una tutela equa, proporzionata all'offesa e non eccessivamente costosa – ai sensi dell'art. 3 della Direttiva *enforcement* (iii) il provvedimento ingiuntivo non può creare ostacoli al commercio legittimo e, nel caso di specie, una misura che obbligasse e-Bay a monitorare e impedire vendite "in contraffazione" in via preventiva potrebbe portare all'effetto concreto di un divieto generale di messa in vendita (anche di prodotti non contraffattori).

Pertanto, dalle motivazioni della Corte si evince che, al di là della possibilità di prevedere provvedimenti ingiuntivi nei confronti degli ISP, il contenuto della tutela giurisdizionale accordata al titolare dei diritti di IP non può arrivare sino ad una ingiunzione che sia diretta anche ad imporre al provider un obbligo di vigilare e di impedire violazioni future.

La Corte ha, invece, sotto altro profilo, precisato che il contenuto di un provvedimento ingiuntivo destinato a un internet service provider a seguito di un episodio di violazione ben potrebbe comportare "l'obbligo di adottare misure che consentano di agevolare l'identificazione dei suoi clienti venditori", al fine di prevenire nuove violazioni della stessa natura di quelle già contestate.

In altro simile caso, la Corte è stata infine chiamata a giudicare se le direttive in materia di diritto d'autore e di commercio elettronico consentano agli Stati membri di autorizzare un giudice nazionale a prevedere un ordine verso un

fornitore di servizi di hosting di predisporre, nei confronti della sua intera clientela, *in abstracto* e a titolo preventivo, esclusivamente a sue spese e senza limitazioni nel tempo, un **sistema di filtraggio** della maggior parte delle informazioni che vengono memorizzate sui suoi server, al fine di individuare file elettronici contenenti opere protette dal diritto d'autore.

La questione origina dai **casi Scarlet e Sabam** (cause C-70/10 e 360/10) decisi in data 23 novembre 2011 dalla Corte di giustizia. Più in dettaglio, la Corte d'Appello di Bruxelles aveva richiesto alla Corte di Giustizia Europea di valutare: (i) Se il sistema normativo europeo (e partitamente le direttive 2001/29/CE, 2004/48/CE, 1995/45/CE, 2000/31/CE e 2002/58/CE) consentisse agli Stati membri di recepire le norme comunitarie con una formulazione tale da consentire al giudice nazionale di ordinare ai prestatori di servizi della società dell'informazione (i cui servizi vengano utilizzati da terzi per violare le norme sul diritto d'autore) di predisporre – per tutti i suoi utenti, in astratto, a tempo indeterminato e in modo preventivo – misure tecniche atte a filtrare le comunicazioni in entrata ed in uscita e, in particolare, quelle relative all'uso di sistemi di *peer to peer* e, conseguentemente, una volta individuate le “comunicazioni” illecite bloccarne il trasferimento. (Questione principale) e (ii) Se il giudice nazionale possa o meno adottare una decisione che imponga al provider di apprestare tale sistema di filtraggio a prescindere da una valutazione relativa al bilanciamento degli interessi tutelati e, in sostanza, del principio di proporzionalità della misura imposta. (Questione subordinata).

In data 14 aprile 2011, l'Avvocato generale della Corte di giustizia ha depositato le proprie conclusioni relativamente alla causa Scarlet, ritenendo che che un ordine di un giudice in tal senso imporrebbe un obbligo generale di sorveglianza, in contrasto con il disposto dell'articolo 15 della direttiva sul commercio elettronico. Infatti, secondo l'Avvocato generale, un siffatto sistema di filtraggio, volto ad impedire la circolazione di contenuti in violazione del diritto d'autore, comporterebbe il controllo di tutte le comunicazioni diffuse sulla rete di Scarlet. Tali restrizioni potrebbero essere dunque possibili solo ove fossero legislativamente previste in base a criteri equi e trasparenti.

La Corte ha aderito alle conclusioni sopra citate ritenendo che un provvedimento giudiziario che ordini ad un fornitore di servizi *online* di predisporre, a sue spese, un servizio di filtraggio preventivo ed illimitato nel tempo delle comunicazioni elettroniche che passano sui suoi server deve ritenersi in contrasto col diritto comunitario; inoltre, il diritto d'autore, secondo la corte, non avrebbe rango superiore ai diritti degli utenti, come la libertà di informazione e di manifestazione del pensiero, e della libertà di impresa, per cui ogni limitazione dovrebbe susseguire ad un corretto bilanciamento tra i diritti in discussione.

5.5 Brevi cenni relativi alla situazione nei principali paesi UE ed extra UE

5.5.1 Regno Unito

La normativa di riferimento per il Regno Unito è dettata, con riguardo alle violazioni di diritto d'autore, dal paragrafo 24 dell'UK Copyright, Designs and Patents Act, il quale configura la responsabilità del provider, per fatto altrui, allorché vi sia conoscenza o conoscibilità del comportamento illecito da parte dei propri utenti, il cosiddetto *secondary infringement*.

Testualmente il paragrafo recita: “*Copyright in a work is infringed by a person who without the licence of the copyright owner transmits the work by means of a telecommunications system (otherwise than by [communication to the public]), knowing or having reason to believe that infringing copies of the work will be made by means of the reception of the transmission in the United Kingdom or elsewhere.*” Pertanto, anche nel sistema anglosassone, il monitoraggio del materiale caricato sui propri server può dar luogo a responsabilità, così come vi sarà responsabilità diretta (*primary liability*) allorquando si tratti di attività posta in essere dal provider medesimo (*content provider*).

In giurisprudenza, si segnala la famosa controversia che vide protagonisti gli U2, i quali lamentarono la presenza di loro brani su i server di un provider ungherese. La band riuscì a far rimuovere il materiale dal sito per violazione del copyright ma non da altri siti dove erano stati diffusi.

Con riguardo alla presenza di contenuti diffamatori, nel Regno Unito è applicabile la teoria della *innocence dissemination*, laddove il provider riesca a dimostrare di non aver partecipato alla creazione del materiale offensivo o diffamatorio né di averne avuto conoscenza o di poterlo conoscere utilizzando la normale diligenza, avuto riguardo anche alle circostanze che hanno dato luogo alla pubblicazione del materiale medesimo (par. 1 *Defamation Act 1996*).

Si segnala inoltre che, anche nella giurisdizione inglese, il provider non può essere associato all'editore in caso esso dia luogo ad una semplice trasmissione in formato elettronico del materiale offensivo o ne dia accesso agli

utenti della rete. E, a maggior ragione, non sarà considerato responsabile qualora non abbia il controllo del materiale immesso nella rete per suo tramite.

5.5.2 **Francia**

La normativa in tema di responsabilità del provider è disciplinata dall'articolo 6 della legge 21 giugno 2004 “*Confidence in the Digital Economy – “LCEN”* – che ha implementato la Direttiva 2000/31 come segue.

Gli ISP non sono responsabili del contenuto memorizzato sui loro server su richiesta del beneficiario dei servizi, a meno che i medesimi ISP: (i) abbiano effettiva conoscenza del fatto che tali contenuti siano illegali o dei fatti e circostanze che rivelano la natura illegale dei contenuti; (ii) e non agiscano rapidamente per rimuovere o disabilitare l’accesso a tali contenuti, non appena si rendano conto della loro natura illecita (Articoli 6-I-2 e 6-I-3 di LCEN).

L’ISP non ha alcun obbligo di monitorare i contenuti pubblicati dal beneficiario dei suoi servizi (Articoli 6-I-7 di LCEN). Tuttavia, l’ISP è ritenuto informato della pubblicazione di “contenuti illegali” quando questa gli viene notificata (Articolo 6-I-5).

La notifica deve includere le seguenti informazioni: (i) la data della notifica, (ii) se la parte che notifica è una persona fisica, il suo nome, occupazione, indirizzo, nazionalità, data e luogo di nascita; se la parte che notifica è una persona giuridica, la sua forma societaria, il nome della società, l’ubicazione della sede legale; (iii) nome e indirizzo del destinatario della notifica, o se è una persona giuridica il nome della società e l’indicazione della sede legale; (iv) la descrizione del contenzioso e la sua ubicazione specifica sul server, (v) i motivi per cui il contenuto dovrebbe essere rimosso, compreso un riferimento alle disposizioni di legge e (vi) una copia della corrispondenza indirizzata all’autore o all’editore del web a riguardo del contenzioso o attività che richiedono l’interruzione, la rimozione, modifica o una giustificazione che non era possibile informare detto autore o editore del web.

Un giudice può anche, in qualsiasi momento, imporre a un ISP di monitorare temporaneamente dei contenuti specifici (Articolo(6-I-7 di LCEN).

Ciò premesso in tema di previsioni legislative, si vedano di seguito alcuni casi affrontati dai tribunali francesi⁸⁰.

Prima tra tutte, la celebre **condanna** pronunciata **a carico di eBay** per la messa in vendita *on line* di merci contraffatte (Tribunal de commerce de Paris, 1ère chambre B, Christian Dior Couture v. eBay Inc., eBay International AG, 30 giugno 2008). Nella fattispecie, il giudice ha affermato che **l'internet provider non si limitava ad una mera attività di hosting, assumendo bensì il ruolo di vero e proprio intermediario**, ricevendo una commissione sugli oggetti venduti mediante asta telematica: da qui la soggezione del provider all'ordinario regime di responsabilità civile.

Nel caso poi affrontato dalla *Cour de cassation*, il 17 febbraio 2011, si era stati chiamati a decidere nei confronti della società Bloobox-net, che aveva creato un sito web disponibile su www.fuzz.fr su cui erano state divulgate alcune informazioni ritenute diffamatorie. Il 31 gennaio 2008 era stata in particolare pubblicata su questo sito la seguente affermazione “*Kylie M. and Olivier M. di nuovo insieme, e forse presto ancora innamorati*” con il titolo “*Kylie M. and Olivier M. ancora innamorati, insieme a Parigi*”, accompagnata da un hyperlink che rimandava ad un articolo pubblicato il 30 gennaio 2008 sul sito web www.celebrities-stars.blogspot.com.

A tale proposito, la corte ha stabilito che l'attività di Bloobox-net, che aveva creato il sito web www.fuzz.fr, si era limitata a strutturare e classificare le informazioni messe a disposizione del pubblico, allo scopo di facilitare l'uso del suo servizio. Tale società non era dunque da ritenersi autrice dei titoli e *hyperlink* né obbligata a verificare i contenuti del sito web. Ciò, secondo la corte, portava ad **escludere la responsabilità di questo service provider**, ritenuto un *hosting*

⁸⁰ Si veda a commento di uno dei casi più famosi l'articolo di BERLIRI e LA GUMINA, La (non) responsabilità di ebay per gli illeciti commessi dai propri utenti (Nota a Tribunal d'instance de Grenoble 1 febbraio 2007) in *Diritto dell'Internet*, 2007, fasc. 4 pag. 342 - 348

provider idoneo a beneficiare della limitazione di responsabilità predisposta dall'articolo 6 della legge di LCEN. Perciò il provider era risultato esente da responsabilità dal momento che **non aveva avuto un ruolo attivo nella conoscenza e monitoraggio dei dati immagazzinati sul sito.**

Altro caso affrontato dal *Cour de cassation* nel febbraio 2011 riguarda la mancata rimozione del film francese “Joyeux Noel dal sito www.dailymotion.com della società Dailymotion, in seguito ad una lettera di diffida con la quale si era notificato a quest'ultima l'illecito.

In particolare, la corte si era interessata di analizzare l'idoneità della lettera a costituire l'obbligo del provider di rimuovere il materiale. Secondo la corte, “*la notifica a cui si fa riferimento nella previsione legislativa (LCEN) deve contenere tutte le informazioni richieste previste da questa legge*”. La Corte d'Appello aveva precedentemente ritenuto che “*le informazioni contenute nella lettera raccomandata di diffida erano insufficienti per adempiere all'obbligo, spettante all'autore della notifica e contemplato dall'articolo 6-I-5, per descrivere e localizzare gli illeciti e che l'autore della notifica non ha allegato a questa lettera il rapporto dell'ufficiale giudiziario che avrebbe permesso al service provider di avere tutti gli elementi necessari all'identificazione del contenuto della controversia*”. Pertanto, la corte aveva considerato che “*la società Dailymotion non poteva essere accusata di avere infranto il suo obbligo di rimuovere un contenuto illegale*”.

Altre interessanti pronunce riguardano sempre la responsabilità di eBay per la vendita, sui suoi siti, di prodotti che violano i marchi di fabbrica e i diritti d'autore delle società Louis Vuitton Malletier, ChristianDior Couture, Parfums Christian Dior, Kenzo Parfums, Parfums Givenchy, Guerlain (Corte d'Appello di Parigi, 3 settembre 2010).

A sua difesa EBay ha affermato di poter beneficiare del regime di limitazione di responsabilità dal momento che non monitorava il contenuto delle offerte disponibili sul suo sito.

La Corte ha stabilito invece che il ruolo di EBay non può essere considerato limitato alla classificazione e facilitazione della leggibilità delle offerte disponibili sul suo sito ma che consiste “*nel promuoverle attivamente e orientarle (le offerte) al fine di aumentare le possibilità che dette offerte conducano alla conclusione di effettive transazioni sui prezzi sulle quali essi percepiscono una royalty, la cui percentuale dipende dall’ammontare della vendita; che ospitare le offerte messe dagli utenti è l’attività tecnica prioritaria, necessaria all’attività di vendita elettronica a distanza; (.....) che l’attività dei ricorrenti (le società EBay) non possono essere artificialmente divise in attività di hosting e attività di intermediazione; che il servizio di hosting offerto agli utenti da EBay deve essere preso nella sua totalità; allo scopo di definire giuridicamente i servizi che sono forniti; (...) che, come conseguenza, **le società di EBay non svolgono il ruolo di un semplice service provider tecnico, automatico e passivo, (...) che la valutazione dell’esistenza o inesistenza di un monitoraggio da parte del service provider delle informazioni memorizzate non dipende dal monitoraggio che questo service provider sceglie di eseguire o meno, ma deve dipendere dalla natura del servizio realmente offerto dal service provider; che nel presente caso, il servizio di mediazione fornito dagli appellanti, (le società EBay) implica che essi verifichino che i prodotti, la cui vendita viene da essi promossa, siano o non siano fuori dal commercio a causa della loro natura illecita; che il rilevante numero di transazioni non li esoneri da ciò (il monitoraggio del contenuto), (...)***”.

Altro caso ha riguardato poi la riproduzione digitale dei fumetti “Blake and Mortimer: The Secret of the Swordfish” e “Lucky Luke: the Daily Star” sul sito www.chez.com/bdz disponibile tramite il sito www.chez.tiscali.fr che venne utilizzato dalla società di comunicazione Tiscali (Corte Suprema francese (“Court de cassation”, 14 gennaio 2010).

Tiscali aveva offerto ad utente di Internet la possibilità di creare una sua pagina ospitata sul suo sito web e aveva offerto agli inserzionisti di implementare, direttamente su queste pagine, spazi pubblicitari a pagamento gestiti da essa (Tiscali). Si è ritenuto che questi servizi andassero oltre le funzioni tecniche e i servizi di memorizzazione, e quindi non potessero essere considerati come

semplice attività di *hosting*. Pertanto, Tiscali non venne ritenuto di poter beneficiare dell'esenzione di responsabilità.

5.5.3 Germania

La normativa sulla responsabilità civile tedesca prevede accanto alla possibilità di agire nei confronti dell'autore dell'illecito (“Täter”) anche il diritto di agire contro altri soggetti terzi che possono essere coinvolti a vario titolo nel medesimo illecito, detti “Störer” o Teilnehmer”. Ai fini del presente studio interessa la figura dello Störer, ovvero il terzo che in qualche modo ha contribuito alla determinazione dell'illecito per mezzo di internet.

Con riguardo alla responsabilità dell'ISP, i riferimenti normativi sono oggi contenuti nel cd "*Telemedia Act*" ("***Telemediengesetz***", del 1 marzo 2007 che a sua volta fa riferimento a precedenti testi legislativi del 1997, quali il “*Gesetz über die Nutzung von Telediensten*”, abbreviato in: “Teledienstegesetz”, e il Trattato sui Servizi della Comunicazione (“*Mediendienstestaatsvertrag*”) nonché il Trattato sulla Trasmissione e Comunicazione Elettronica (“*Staatsvertrages für Rundfunk and Telemedien*”, abbreviato in: “*Rundfunkstaatsvertrag*”).

Anche la normativa tedesca disciplina la responsabilità del provider in relazione alle varie funzioni che un ISP potrebbe espletare (v. Articolo 7 e seguenti del *Telemedia Act*). Pertanto, i *content provider* che rendono disponibile l'informazione saranno responsabili secondo i principi generali sopra menzionati quali “Täter” (v. Articolo 7 par. 1 *Telemedia Act*).

Gli altri provider (principalmente gli *access e host provider*) saranno invece responsabili quali “Störer” al verificarsi di determinate condizioni: se a conoscenza dei contenuti illeciti e se tecnicamente in grado di bloccarne l'uso su Internet.

Non saranno invece responsabili dei contenuti illeciti immessi da terzi nella rete, per il solo fatto di aver fornito l'accesso a Internet o per aver reso possibile il processo tecnico di trasferimento di dati, come la trasmissione di dati

in Access - o Networkproviding o in caching automatico (v. Articolo 8 e 9 del *Telemedia Act*). Si parla comunemente di "Host-Service-Provider Privilege" (v. più in dettaglio l'Articolo 10 del *Telemedia Act*).

In giurisprudenza, si segnalano i seguenti casi che si sono occupati della responsabilità dell'*hosting provider*.

Il caso Jugendgefährdende Medien "Media Harmful to Young Persons", Corte Federale di Giustizia, 12 luglio, 2007⁸¹, che riguardava la responsabilità di eBay in relazione alla presenza di materiale illecito e pregiudizievole per minori sulla propria piattaforma, laddove la Corte ritenne il provider colpevole di non aver preso adeguate misure preventive per limitare la presenza di materiale offensivo per i minori e ordinò al medesimo di sospendere l'offerta di tale materiale illecito.

I casi "Internetversteigerung I, "Internet Auction I", Corte Federale di Giustizia, 11 marzo 2004⁸², Internetversteigerung II, "Internet Auction II", Corte Federale di Giustizia, 19 aprile 2007⁸³, e Internetversteigerung III, "Internet Auction III", Corte Federale di Giustizia, 30 aprile 2008⁸⁴, laddove eBay è stato accusato di "Störerhaftung". In particolare si è dibattuta la possibilità di richiedere al provider di interrompere ogni interferenza ("Störung") con un'inibitoria alla prosecuzione del servizio e si è concluso ritenendo possibile imporre al medesimo provider di porre in essere delle misure tese a prevenire l'illecito. La Corte Federale di Giustizia tedesca ha stabilito che il banditore di aste online non può essere considerato responsabile per la violazione del marchio commessa da terze parti che offrono prodotti contraffatti tramite l'asta online in oggetto. Ciò nonostante, secondo la Corte Federale di Giustizia tedesca, il banditore di aste online ha l'obbligo di prevenire il verificarsi di queste violazioni in futuro.

⁸¹ Caso N. I ZR 18/04, in GRUR 2007, 890

⁸² Caso No. I ZR 304/01, in European Trade Mark Reports ("ETMR") [2005] 25 e International Review of Intellectual Property and Competition Law ("IIC") [2005] 573

⁸³ Caso No. I ZR 35/04, in ETMR [2007] 70

⁸⁴ Caso No. I ZR 73/05, in <http://www.jurpc.de/rechtspr/20080146.htm>

In altre parole secondo le corti tedesche e secondo l'opinione dell'Avvocato Generale Jääskinen in L'Oréal v.eBay (CEG Caso n. 324/09, 7 luglio 2011, sopra citato) un banditore di aste online può essere obbligato a prevenire la manifestazione di violazione del marchio sul suo sito web. Tuttavia, le misure imposte dalla corte devono essere effettive, proporzionate e dissuasive e non devono creare barriere al commercio legittimo.

Di conseguenza, i titolari di marchi non solo possono richiedere alle piattaforme di rimuovere ogni prodotto contraffatto già offerto all'asta, ma anche l'inserimento di un sistema che precluda il futuro inserimento di tali prodotti. Questa decisione è stata criticata in quanto la soluzione avanzata dalla Corte Federale di Giustizia tedesca prevede di imporre una *ex ante* e generale obbligazione di monitoraggio sulle piattaforme; alcuni considerano ciò in contrasto con la Direttiva sul commercio elettronico.

Con riguardo invece alla responsabilità del *content provider* si segnala la nota decisione contro Felix Somm, direttore dell'internet provider CompuServe Germany GmbH, che venne inizialmente condannato a due anni di carcere per distribuzione di materiale pornografico di minori e, non più di un anno dopo, dichiarato non colpevole dalla Corte di Appello (Corte del Distretto di Monaco, 28 maggio, 1998⁸⁵).

Sempre il tribunale di Monaco si interessò di un caso di violazione di contenuti il 30 marzo 2000⁸⁶, laddove America On Line (AOL) venne condannata a pagare i danni al proprietario dei diritti di copyright dei file di musica MIDI. AOL aveva offerto un "*music soundforum*" ai suoi sottoscrittori che gli permetteva di caricare e scaricare files di musica dal forum. AOL non poteva usufruire della difesa offerta dal Teleservice Act perché era a conoscenza della violazione e avrebbe facilmente potuto interromperla.

⁸⁵ Caso n. 8340 Ds 465 Js 173158/95, in www.kuner.com/data/reg/somm.html

⁸⁶ Caso n. 7 O 3625/98 in <http://www.internationallawupdate.com/09/german-district-court-holds-america-on-line-germany-liable-for-distributing-illegal-copies-of-copyrighted-music-productions-through-its-online-service-2>

In Internetgästebuch, la Corte del Distretto di Duesseldorf (caso n. 2a O 312/01, 14 agosto, 2002) ritenne che chi dirige un *guestbook* che si occupa di invio di lettere di diffida, deve aspettarsi contenuti diffamatori ed è quindi obbligato a controllare detti contenuti regolarmente. La mancanza di tale controllo equivale ad accettare i contenuti del *guestbook* (vedi anche la Corte del Distretto di Trier, caso n. I ZR 251/99, 17 maggio, 2001, riportato in tedesco al BGHZ 148, 13 e online su <http://juris.bundesgerichtshof.de>).

Infine, la Corte di Amburgo, il 3 settembre 2010, nel caso Sarah Brightman c. Google/Youtube ha condannato quest'ultimo al risarcimento dei danni e ad adottare le misure volte a prevenire analoghe violazioni. Uno dei principali motivi fu la presenza del modulo standard di Youtube per la verifica della titolarità del diritto d'autore, ritenuto dalla Corte inadatto ad evitare la responsabilità del provider, dato che tramite esso è comunque garantito l'anonimato fin dal momento in cui viene instaurato il rapporto tra il provider e l'utente e dunque è facilitata, per non dire in certi casi incentivata, la commissione degli illeciti da parte degli utenti stessi.

Tale condotta del provider si sostanzia dunque in un illecito impedimento dell'accertamento e della repressione dei reati, in quanto va ben al di là del legittimo rifiuto a fornire dati personali a privati che vogliano utilizzarle per esperire le loro domande giudiziali.

5.5.4 **Spagna**

In tale paese, è interessante segnalare la decisione del Tribunale di Madrid, il 23 settembre 2009 - Telecinco c. Youtube che ha deciso in senso diametralmente opposto a quanto avvenuto nel nostro paese tra i medesimi soggetti (Telecinco è una partecipata di Mediaset).

Telecinco, uno dei più seguiti canali televisivi spagnoli, aveva citato in giudizio Youtube per la presenza di materiale coperto dal diritto d'autore sull'omonima piattaforma. Il Tribunale ritenne di esentare da responsabilità la società californiana, argomentando che non era possibile richiedere alla stessa di

ricercare e rimuovere i materiali illeciti, sia perché non sussisteva in capo al provider alcun obbligo generale di sorveglianza sia per l'impossibilità materiale ad eseguire tale operazione.

Inoltre, il Tribunale ritenne che Youtube non dovesse perdere la propria limitazione di responsabilità per aver previsto che i titolari stessi possano controllare, attraverso la piattaforma tecnologica c.d. "videoID", l'utilizzazione delle opere che gli appartengono. Detto strumento, secondo il Tribunale di Madrid, esentava efficacemente Youtube dal lavoro di ricerca e rimozione e poneva viceversa l'obbligo di ricerca dei materiali illeciti in capo a colui che vuole che i suoi diritti vengano tutelati.

5.5.5 Stati Uniti

Numerose sono state le pronunce che si sono susseguite negli Stati Uniti in questi ultimi anni e che hanno coinvolto operatori quali You Tube, Google e Ebay⁸⁷. Tra le più recenti e interessanti, anche per l'identità di soggetti che sono stati protagonisti delle vicende giudiziarie del nostro paese, si segnala la controversia insorta tra Viacom e Youtube - Google⁸⁸.

Tale decisione è importante per aver ribadito tre dei principi basilari in tema di responsabilità del provider: (i) è il titolare dei diritti che deve adoperarsi per ricercare i materiali illeciti (ii) l'obbligo di controllo preventivo contrasta con le finalità del DCMA e (iii) non è sufficiente la possibilità di una generale consapevolezza che gran parte del materiale inserito sia illecito ma occorre una vera e propria *notification*.

⁸⁷ Si vedano i commenti alle sentenze più recenti di CARPAGNANO, Il file-sharing davanti alla corte suprema statunitense (Nota a Corte Suprema degli Stati Uniti d'America 27 giugno 2005 (Stati Uniti d'America - USA) in *Diritto dell'Internet*, 2005, fasc. 6 pag. 568 – 572, DI CIOMMO, "Internet privacy" e controllo delle e-mail da parte del "service provider" (Nota a Corte Federale d'Appello degli Stati Uniti d'America, primo circuito, 29 giugno 2004 n. 03-1383) in *Il Foro italiano*, 2004, fasc. 9 pag. 449 – 452, FALLETTI, I vestiti nuovi di ebay: operatore neutrale o intermediario attivo nelle aste su internet? (Nota a United States District Court - Northern District of California 4 marzo 2008 (Stati Uniti d'America - USA); Tribunal de Commerce de Paris 30 giugno 2008 (Francia)) in *Diritto dell'Internet*, 2008, fasc. 6 pag. 570 – 573

⁸⁸ United States District Court Southern District of New York - 23 giugno 2010, con commento di GIOVANELLA, You Tube attracca (per ora) in un porto sicuro. In tema di responsabilità del service provider (Nota a Southern District Court New York (USA) 23 giugno 2010 (Stati Uniti d'America - USA)) in *Danno e responsabilità*, 2011, fasc. 3 pag. 243 – 253

5.5.6 Cina

La Cina è stata teatro di diverse controversie in materia di responsabilità del provider, più in particolare afferenti alla tutela dei marchi e in materia di diffamazione⁸⁹.

Tra le vicende più famose, si ricordano i casi di registrazione di nomi a dominio identici o somiglianti a marchi notori, come il caso DuPont⁹⁰ o IKEA⁹¹, laddove in quest'ultimo caso è interessante notare come la società cinese convenuta era stata dapprima condannata per danni e poi in appello assolta per mancanza di prova della notorietà del marchio.

Altrettanto diffusi sono stati anche i casi di diffamazione, laddove ha destato molta preoccupazione la proliferazione di motori di ricerca tesi a minare la riservatezza e reputazione di certi soggetti. In uno di questi casi, i giudici cinesi hanno ritenuto di poter condannare i webmaster di alcuni siti per aver pubblicato dati riservati come l'indirizzo, il numero di telefono o altri dettagli riservati⁹².

Sul piano normativo, si segnala la recentissima approvazione della legge sulla responsabilità civile cinese, tra cui figura anche una disposizione sul internet service provider. Più precisamente, la legge disciplina, all'articolo 36, gli illeciti commessi attraverso i servizi offerti su internet.

La posizione adottata dal legislatore cinese è **più severa** di quella degli altri paesi ma non si discosta dall'impostazione tradizionale incentrata sulla "conoscenza" dell'illecito. L'internet provider, infatti, risponderà in solido con

⁸⁹ Per una più completa disamina si veda SEMPI E YIXIAN LI, La nuova legge sulla responsabilità civile in Cina: mettendo ordine nel cassetto dell'illecito extracontrattuale in *Rivista di diritto civile*, 2010, fasc. 5 pag. 693 - 715

⁹⁰ v. Corte Superiore del Popolo di Pechino, E.I. Dupont de Nemours and Co. v. Beijing Guowang Information Ltd., CINET, 15 novembre 2001

⁹¹ v. Corte Intermedia del Popolo di Pechino, INTER IKEASystems B.V. v. Beijing Guo Wang Information Ltd. (CINET), 20 giugno 1999, n. 86 nonché Corte Superiore del Popolo di Pechino, INTER IKEASystems B.V. v. Beijing Guo Wang Information Ltd. (CINET), 15 novembre 2001, n. 76

⁹² Wang Fei v. Zhang Leyi, Beijing Lingyun Hudong Technological Information Co., Ltd, Tianya Online Networking Technologies Co., Ltd., Corte popolare di Pechino (distretto di Chaoyang), 18 dicembre 2008

l'utente autore dell'illecito ma sarà responsabile solo appunto sia a conoscenza dell'illecito commesso da parte degli utenti sottoscrittori e non abbia adottato misure tempestive e idonee a evitare il danno.

6. Il futuro della responsabilità dell'ISP

In relazione al dibattito sul futuro della responsabilità dell'ISP attualmente in corso nel contesto europeo, appare estremamente utile fornire l'aggiornamento di ciò che sta avvenendo in Italia e anche di ciò che sta succedendo anche negli altri Stati membri e più in generale a livello centrale di Commissione.

6.1 Italia

Di recente, in data 6 luglio 2011, è intervenuta una delibera dell'AGCOM⁹³ al fine di prevedere una maggiore tutela per il diritto d'autore su Internet, cui si è accompagnato uno schema di regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica.

Alla stessa Autorità spetterebbero dei poteri di controllo sui contenuti dei siti web che, se in contrasto con le norme a tutela del diritto d'autore, dovranno essere immediatamente rimossi entro 48 ore dalla contestazione. In caso contrario, dopo un sommario accertamento, i contenuti in questione verranno immediatamente bloccati e resi irraggiungibili su disposizione dell'AGCOM. Ma si vedano di seguito in dettaglio le previsioni dello schema di regolamento.

Sono anzitutto riportate le **definizioni**, che oltre a richiamare la disciplina applicabile in materia, delineano, con un più aggiornato lessico, la figura e le caratteristiche dei soggetti protagonisti, l'Autorità, gli ISP, i titolari dei diritti e gli *uploader*: *“Articolo 1: Definizioni 1. Ai fini del presente Regolamento si intendono per: a. “Autorità”: l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, istituita dall'art. 1, comma 1, della legge 31 luglio 1997, n. 249; b. “Legge sul diritto d'autore”: la legge 22 aprile 1941, n. 633 recante “Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio”; c. “Testo unico”: il “Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici” approvato con decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, come modificato dal decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 44; d. “Decreto sul commercio elettronico”: il decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, recante “Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a*

⁹³ V. Delibera n. 398/11/CONS (“consultazione pubblica sullo schema di regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica”)

taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno”; e. “servizio di media audiovisivo o radiofonico”: un servizio quale quello definito dall’articolo 2, comma 1, lett. a), del Testo unico; f. “programma”: una serie di immagini animate, sonore o non, che costituiscono un singolo elemento nell’ambito di un palinsesto o di un catalogo stabilito da un fornitore di servizi di media, la cui forma ed il cui contenuto sono comparabili alla forma ed al contenuto della radiodiffusione televisiva. Non si considerano programmi le trasmissioni meramente ripetitive o consistenti in immagini fisse; g. “fornitore di servizi di media audiovisivi o radiofonici”: la persona fisica o giuridica cui è riconducibile la responsabilità editoriale della scelta del contenuto del servizio di media audiovisivo e/o radiofonico e ne determina le modalità di organizzazione in un palinsesto cronologico o in un catalogo nel caso di servizi a richiesta; sono escluse dalla definizione di “fornitore di servizi di media” le persone fisiche o giuridiche che si occupano unicamente della trasmissione di programmi per i quali la responsabilità editoriale incombe a terzi; h. “prestatore di servizi”: il fornitore di servizi di mere conduit, di caching o di hosting, come definito agli articoli 14, 15 e 16 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70; i. “gestore del sito internet”: il soggetto che sulla rete internet presiede alla gestione di contenuti, anche caricati da terzi, e all’organizzazione dei medesimi anche attraverso un loro sfruttamento economico; j. “fornitori di servizi”: i soggetti di cui alle lettere f), g) e h), del presente comma; k. “reti di comunicazione elettronica”: i sistemi di trasmissione e, se del caso, le apparecchiature di commutazione o di instradamento e altre risorse che consentono di trasmettere segnali via cavo, via radio, a mezzo di fibre ottiche o con altri mezzi elettromagnetici, comprese le reti satellitari, le reti terrestri mobili e fisse, a commutazione di circuito e a commutazione di pacchetto, compresa internet, le reti utilizzate per la diffusione circolare dei programmi sonori e televisivi, i sistemi per il trasporto della corrente elettrica, nella misura in cui siano utilizzati per trasmettere i segnali, le reti televisive via cavo, indipendentemente dal tipo di informazione trasportato; l. “contenuto”: ogni contenuto sonoro, audiovisivo, giornalistico ed editoriale coperto da copyright diffuso su reti di comunicazione elettronica; m. “titolare del diritto”: ogni soggetto titolare di diritto o licenza di sfruttamento o di utilizzo esclusivo con riferimento al contenuto di cui alla lett. l), legittimato alla segnalazione in

proprio o attraverso associazioni di gestione collettiva o di categoria; n. "uploader": ogni persona fisica o giuridica che rende disponibile al pubblico contenuti su reti di comunicazione elettronica; o. "Direzione": la Direzione contenuti audiovisivi e multimediali dell'Autorità; p. "organo collegiale": la Commissione per i servizi e prodotti dell'Autorità che ai sensi dell'articolo 1, comma 6, lett. b), n. 4-bis, come aggiunto dall'art. 11, comma 2, della legge n. 248/2000 esercita le funzioni di vigilanza e accertamento ai sensi dell'art. 182-bis della legge n. 633/41 e quelle di cui agli articoli 14, 15 e 16 del decreto legislativo n. 70/2003".

Nel successivo articolo 2 sono invece delineate le **finalità e l'ambito di applicazione del regolamento**, che fanno salvi i principi generali e sono mirate anche alla creazione di codici di condotta: *"1. Il presente regolamento disciplina le attività dell'Autorità in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e, in particolare, quelle finalizzate allo sviluppo dell'offerta legale di contenuti e della loro corretta fruizione nonché quelle relative alla vigilanza, accertamento e cessazione delle violazioni del diritto d'autore, comunque realizzate, poste in essere sulle reti di comunicazione elettronica, fatte salve le eccezioni di cui agli articoli 65 e 70 della Legge sul diritto d'autore. 2. Nell'espletamento delle attività di cui al comma 1, l'Autorità opera nel rispetto dei diritti e delle libertà di espressione del pensiero, di cronaca, di commento, critica e discussione. 3. L'Autorità promuove l'adozione da parte dei fornitori dei servizi di codici di condotta sul rispetto del diritto d'autore nell'ambito delle attività del Tavolo tecnico di cui al capo II.*

Peculiare l'esclusione di cui all'articolo 2.4: *"4. Sono esclusi dall'ambito di applicazione del presente regolamento le applicazioni con le quali gli utenti possono scambiare contenuti direttamente con altri utenti attraverso reti di comunicazione elettronica."*

Nel capo secondo agli artt. 3 e ss. è poi prevista la promozione di un **tavolo tecnico** finalizzato allo studio di nuove soluzioni, tese a migliorare l'offerta legale (ovvero non in violazione) dei contenuti sulla rete: *"1. L'Autorità promuove la massima diffusione dell'offerta legale di contenuti accessibili agli utenti,*

incoraggia lo sviluppo e la promozione di offerte commerciali innovative e competitive e la creazione di un mercato aperto dell'accesso ai contenuti a tutela degli utenti e della concorrenza. 2. Ai fini di cui al comma 1, l'Autorità predispone un'apposita sezione sul proprio sito internet per promuovere la conoscibilità e l'accesso ai servizi che consentono la fruizione legale di contenuti protetti dal diritto d'autore. 3. Ai fini dello sviluppo delle attività di cui al presente articolo, l'Autorità si avvale del Tavolo tecnico sul diritto d'autore istituito presso la Direzione".

A mente dell'art. 4, il tavolo tecnico, secondo quando auspicato, avrebbe il compito di *"agevolare il raggiungimento di accordi tra produttori, distributori, fornitori di servizi di media audiovisivi e radiofonici, fornitori di servizi della società dell'informazione e di proporre soluzioni all'organo collegiale"* composto a suo volta da *"a) rappresentanti dei consumatori, associazioni, produttori, distributori, fornitori di servizi di media audiovisivi e radiofonici, fornitori di servizi della società dell'informazione anche per mezzo delle proprie associazioni di categoria che hanno presentato richiesta di adesione entro trenta giorni dall'entrata in vigore della presente delibera, nel numero massimo di due rappresentanti per ciascun soggetto; b) rappresentanti della Società italiana degli autori ed editori (SIAE), del Comitato consultivo permanente per il diritto d'autore presso il Ministero per i beni e le attività culturali, del Comitato tecnico contro la pirateria digitale e multimediale istituito presso il Dipartimento per l'informazione e l'editoria della Presidenza del Consiglio dei ministri, della Polizia postale, della Guardia di finanza; c) rappresentanti dell'Autorità come individuati con separata determina del Segretario generale su proposta del Direttore della Direzione"*.

Più in particolare, lo studio del "Tavolo tecnico" dovrebbe essere indirizzato verso i seguenti obiettivi: *"a) promozione dell'offerta legale tramite l'individuazione delle misure di sostegno allo sviluppo dei contenuti digitali e delle soluzioni idonee alla rimozione delle barriere normative e commerciali; b) adeguamento delle condizioni contrattuali dei fornitori di servizi alle procedure di cui agli articoli 6 e 7; c) predisposizione di codici di condotta dei fornitori di servizi; d) promozione di accordi tra produttori e distributori per la riduzione*

delle finestre di distribuzione; e) promozione di accordi tra operatori volti a semplificare la filiera di distribuzione dei contenuti digitali in ordine alle nuove modalità di fruizione favorendo l'accesso ai contenuti premium; f) individuazione di criteri e procedure per l'adozione di accordi collettivi di licenza; g) realizzazione di campagne di educazione alla legalità nella fruizione dei contenuti; h) creazione di un osservatorio per monitorare i miglioramenti della qualità e la riduzione dei prezzi dell'offerta legale di contenuti digitali."

Nel successivo capo III si prevedono poi, in dettaglio, le misure a tutela del diritto d'autore ed in primo luogo il **procedimento di segnalazione dinanzi al fornitore dei servizi**, che si articola come segue:

"Articolo 6 Procedura di notifica di violazione del diritto d'autore (notice and take-down) 1. Qualora un soggetto legittimato ritenga che uno specifico contenuto violi un diritto d'autore o di copyright di cui è titolare e che non sia stato diffuso nei limiti delle eccezioni di cui agli articoli 65 e 70 della Legge sul diritto d'autore, può inviare, anche attraverso organismi associativi, una richiesta di rimozione del contenuto al gestore del sito su cui lo stesso è disponibile o al fornitore del servizio di media audiovisivo o radiofonico che lo abbia messo a disposizione del pubblico secondo la procedura di cui alla presente Sezione, salvo che questi non abbia già adottato un'apposita procedura finalizzata alla rimozione di contenuti o programmi diffusi in violazione del diritto d'autore (notice and take-down). La segnalazione va trasmessa utilizzando il modulo redatto secondo il facsimile di cui all'allegato 1 al presente regolamento e reso disponibile sul sito dell'Autorità, al quale poter accedere attraverso un link messo a disposizione sul sito del gestore del sito o del fornitore del servizio di media audiovisivo o radiofonico. 2. Nei casi in cui il contenuto oggetto della segnalazione sia stato caricato da terzi, il soggetto a cui sia stata trasmessa la richiesta di cui al comma 1, ove possibile, ne dà notizia all'uploader, il quale ha la facoltà di presentare le proprie controdeduzioni. 3. Trascorsi quattro giorni dalla richiesta di cui al comma 1, senza che il contenuto sia stato rimosso, il soggetto segnalante di cui al comma 1 può trasmettere la richiesta all'Autorità che provvede secondo quanto previsto alla Sezione II del presente Capo, impregiudicato il diritto di rivolgersi all'Autorità giudiziaria".

Simile procedura è prevista per opporsi ad una rimozione di un contenuto: *"Articolo 7 Opposizione alla rimozione selettiva (**counter notice**): 1. Nei casi in cui il contenuto sia stato caricato da terzi, l'uploader, ove ritenga che esso sia stato rimosso ingiustificatamente, può presentare opposizione alla rimozione del contenuto utilizzando il modulo redatto secondo il facsimile di cui all'allegato 2 al presente regolamento e reso disponibile in un'apposita pagina web del gestore del sito o del fornitore del servizio di media audiovisivo o radiofonico. 2. Il soggetto a cui sia stata trasmessa l'opposizione, ove possibile, ne dà notizia al segnalante di cui all'articolo 6, che ha la facoltà di presentare le proprie controdeduzioni. 3. Il gestore del sito o il fornitore del servizio di media audiovisivo o radiofonico, se del caso, provvede al ripristino del contenuto segnalato entro quattro giorni dall'opposizione di cui al comma 1, ferma restando la possibilità per il segnalante di cui all'articolo 6 di trasmettere una richiesta di rimozione all'Autorità che provvede secondo quanto previsto alla Sezione II del presente Capo, impregiudicato il diritto di rivolgersi all'Autorità giudiziaria."*

In caso di inottemperanza e solo dopo aver esperito un tentativo avanti al fornitore, è poi previsto anche una **segnalazione all'Autorità** ed un **relativo procedimento** (fermo restando la possibilità di rivolgersi all'autorità giudiziaria ordinaria): *"1. In caso di mancata rimozione del contenuto ai sensi dell'articolo 6, il titolare del diritto d'autore o di copyright, entro sette giorni dalla scadenza del termine di cui all'articolo 6, comma 3, anche attraverso organismi associativi, può investire della questione l'Autorità, inviando una circostanziata segnalazione, utilizzando, a pena di inammissibilità, il facsimile di cui all'allegato 3 al presente regolamento e reso disponibile sul sito internet dell'Autorità alla sezione dedicata alla tutela del diritto d'autore. 2. In caso di mancato ripristino del contenuto ai sensi dell'articolo 7, l'uploader, entro sette giorni dalla scadenza del termine di cui all'articolo 7, comma 3, può investire della questione l'Autorità, inviando una circostanziata segnalazione, utilizzando, a pena di inammissibilità, il facsimile di cui all'allegato 4 al presente regolamento e reso disponibile sul sito internet dell'Autorità alla sezione dedicata alla tutela del diritto d'autore. 3. Il deferimento della questione all'Autorità non*

può essere promosso qualora non si sia conclusa la procedura dinanzi al gestore del sito o al fornitore del servizio di media audiovisivo o radiofonico di cui alla Sezione I del presente Capo nei termini ivi indicati o se per il medesimo oggetto e tra le stesse parti sia stata già adita l'Autorità giudiziaria. 4. Qualora nel corso del procedimento di cui alla presente Sezione sia adita l'Autorità giudiziaria, la parte che l'ha adita ne informa tempestivamente l'Autorità, che archivia gli atti.

In caso di avvio del procedimento avanti all'Autorità è quindi specificatamente disciplinata un'**attività istruttoria**: "1. Ricevuta la segnalazione di cui all'articolo 8, la Direzione ne verifica la completezza ai fini dell'ammissibilità, l'avvenuto esperimento della procedura di cui alla Sezione I del presente Capo ai fini della procedibilità e che non siano decorsi i termini di decadenza di cui all'articolo 8, commi 1 e 2. 2. Qualora non sia soddisfatto anche uno solo dei requisiti di cui al comma precedente, la Direzione dispone l'archiviazione in via amministrativa della segnalazione. 3. Soddisfatti i requisiti di cui al comma 1 del presente articolo, la Direzione, analizzati tutti gli elementi utili acquisiti compatibilmente con la celerità della procedura, ove ravvisi la fondatezza della pretesa sulla base di una prima e sommaria cognizione dei fatti oggetto della segnalazione e ove non risultino soddisfatte le eccezioni di cui agli articoli 65 o 70 della Legge sul diritto d'autore secondo i criteri di cui all'articolo 10, notifica l'avvio del procedimento al gestore del sito o al fornitore di servizi di media audiovisivo o radiofonico. 4. La comunicazione di avvio del procedimento istruttorio contiene una sommaria esposizione dei fatti, l'indicazione della violazione accertata, dell'ufficio competente e del responsabile del procedimento al quale è possibile presentare eventuali scritti difensivi attraverso l'invio all'indirizzo di posta certificata dell'Autorità entro il termine di quarantotto ore dalla ricezione della comunicazione di avvio e, infine, del termine di conclusione del procedimento istruttorio. 5. Qualora sia necessario acquisire ulteriori elementi di valutazione, la Direzione può chiedere ai sensi dell'articolo 1, comma 30, della legge 31 luglio 1997, n. 249, ai soggetti che ne siano in possesso, informazioni e documenti utili all'istruttoria da produrre nel termine di 5 giorni dalla richiesta. 6. Ove la Direzione accerti l'infondatezza della segnalazione, dispone l'archiviazione del procedimento istruttorio.

Qualora necessario, l'Autorità avrà poi a mente alcuni criteri di valutazione delle eccezioni degli articoli 65 e 70 della legge n. 633/41, come interpretati dal regolamento: *"1. Le eccezioni di cui all'articolo 9, comma 3, sono valutate dall'Autorità tenendo conto dei seguenti criteri: a) l'uso didattico e scientifico; b) l'esercizio del diritto di cronaca, di commento, di critica e di discussione nei limiti dello scopo informativo e dell'attualità; c) l'assenza della finalità commerciale e dello scopo di lucro; d) l'occasionalità della diffusione, la quantità e qualità del contenuto diffuso rispetto all'opera integrale che non pregiudichi il normale sfruttamento economico dell'opera. 2. L'impiego di contenuti protetti per le finalità di cui al precedente comma è accompagnato dalle informazioni relative alla paternità dell'opera, ove reperibili"*.

Seguono poi le norme sul **procedimento**, invero piuttosto rapido e snello: *"Articolo 11 Avvio del procedimento e adeguamento spontaneo 1. Qualora non sia stata disposta l'archiviazione in via amministrativa ai sensi dell'articolo 9, comma 6, la Direzione, entro dieci giorni dall'avvio del procedimento istruttorio, trasmette al destinatario della comunicazione di avvio del procedimento le risultanze istruttorie, nelle quali è fatta menzione della possibilità di procedere all'adeguamento spontaneo entro il termine di quarantotto ore dalla notifica delle medesime, con l'avviso che, in caso di mancato adeguamento, la Direzione trasmetterà gli atti all'organo collegiale per l'adozione dei provvedimenti di sua competenza, ai sensi dei successivi articoli 13 e 14. 2. Le risultanze istruttorie di cui al comma 1 sono notificate all'indirizzo di posta elettronica indicato nella segnalazione di cui all'articolo 8. Ove il destinatario delle risultanze istruttorie si determini all'adeguamento, ne darà comunicazione alla Direzione contestualmente e comunque non oltre le quarantotto ore. 3. A seguito dell'intervenuto adeguamento, la Direzione provvede all'archiviazione in via amministrativa e periodicamente trasmette all'organo collegiale un'informativa relativa ai procedimenti archiviati ai sensi del presente comma. 4. In caso di mancato adeguamento spontaneo o di mancata comunicazione ai sensi del comma 2, la Direzione trasmette gli atti all'organo collegiale ai sensi dell'articolo 12. 5. Il termine per l'adozione del provvedimento finale è di **venti giorni** decorrenti dalla notifica delle risultanze istruttorie di cui al comma 1. I*

termini sono sospesi per non più di quindici giorni nel caso in cui sia necessario svolgere ulteriori approfondimenti istruttori di cui al precedente comma.

Segue, infine, la conclusione dell'istruttoria e la comunicazione dei **provvedimenti**, con un'opportuna distinzione tra soggetti italiani e esteri: "*12.1. La Direzione trasmette all'organo collegiale la proposta per l'adozione del provvedimento finale, unitamente alla dettagliata relazione relativa all'istruttoria. 2. L'organo collegiale, esaminata la relazione e valutata la proposta della Direzione, adotta i provvedimenti di cui agli articoli 13 e 14, ovvero dispone l'archiviazione del procedimento. 3. Qualora ritenga necessari ulteriori approfondimenti istruttori, l'organo collegiale trasmette gli atti alla Direzione specificando la natura ed il tipo di approfondimenti da svolgere. La richiesta di approfondimenti determina la proroga di quindici giorni del termine di cui all'articolo 11, comma 5.*"

"Articolo 13 Provvedimenti nei confronti di soggetti localizzati in Italia: 1. L'organo collegiale può ordinare ai gestori di siti i cui nomi di dominio siano stati registrati da un soggetto residente o stabilito in Italia, la rimozione selettiva dei contenuti oggetto di segnalazione che siano stati diffusi in violazione delle norme sul diritto d'autore; 2. L'organo collegiale può ordinare ai fornitori di servizi di media audiovisivi o radiofonici soggetti alla giurisdizione italiana la cessazione della trasmissione o della ritrasmissione di programmi audiovisivi diffusi in violazione delle norme sul diritto d'autore. 3. Nei casi di cui ai commi 1 e 2, l'organo collegiale può altresì ordinare di dare evidenza di tale circostanza con le modalità all'uopo individuate in presenza di reiterata violazione accertata dall'Autorità."

"Articolo 14 Provvedimenti dell'Autorità nei confronti di soggetti localizzati all'estero: 1. L'organo collegiale può adottare nei confronti dei gestori di siti i cui nomi di dominio siano stati registrati da un soggetto non residente o non stabilito in Italia e che diffondano contenuti in violazione del diritto d'autore, la cui fruizione è destinata al pubblico italiano, i seguenti provvedimenti: a) richiamare i gestori dei siti al rispetto della Legge sul diritto d'autore; b) ove la violazione persista nonostante il richiamo di cui alla lettera a) oltre quindici

giorni dal richiamo medesimo, richiedere la rimozione selettiva dei contenuti oggetto di segnalazione che siano stati diffusi in violazione delle norme sul diritto d'autore; c) ove la violazione persista nonostante la richiesta di rimozione di cui alla lettera b) nei termini ivi indicati, segnalare il caso all'Autorità giudiziaria per gli adempimenti di competenza. 2. L'organo collegiale può ordinare al fornitore di servizi di media audiovisivi o radiofonici attivo in Italia la cessazione della trasmissione o della ritrasmissione di programmi audiovisivi diffusi in violazione delle norme sul diritto d'autore."

A garanzia del rispetto delle disposizioni del regolamento è poi prevista un'**attività di vigilanza** da parte della stessa Autorità: "*1. L'Autorità vigila sul rispetto delle disposizioni del presente regolamento e verifica la concreta attuazione dei provvedimenti di cui agli articoli 13 e 14. 2. Qualora il soggetto destinatario delle misure di cui all'articolo 13 non ottemperi all'ordine si applica la sanzione amministrativa pecuniaria di cui all'articolo 1, comma 31, della legge 31 luglio 1997, n. 249. 3. Ai sensi dell'articolo 1, comma 26, della legge 31 luglio 1997, n. 249, i ricorsi avverso i provvedimenti dell'Autorità rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. La competenza di primo grado è attribuita in via esclusiva e inderogabile al Tribunale amministrativo regionale del Lazio*".

Del presente regolamento è, infine, previsto che sia data notizia ai fruitori dei servizi "*16.1. I fornitori di servizi adeguano le proprie condizioni contrattuali alle prescrizioni del presente Regolamento e rendono edotti i propri utenti della possibilità che vengano attuate le procedure di cui agli articoli 6 e 7 del Regolamento stesso*".

Non si può tacere che la delibera in oggetto, a dispetto del suo intento, ha incontrato già molte critiche. Anzitutto, sono state sollevate perplessità sull'origine di tali norme, non provenienti dal Parlamento bensì da una Autorità amministrativa, seppur indipendente. Allo stesso modo, si è detto non convincente

la previsione in capo all'Autorità e poi al TAR delle controversie che per legge sono devolute all'autorità giudiziaria ordinaria.

Nel merito del provvedimento, si è poi criticato che vi fosse disparità di trattamento tra i vari utenti danneggiati dalla presenza di materiale online: in altre parole, la procedura è applicabile alle violazioni del diritto d'autore e nulla si dice in tema di diffamazione, tema altrettanto frequente.

Di poco successivo è il **disegno di legge 4511** che invece si è indirizzato direttamente ad una modifica del vigente decreto legislativo 70/2003 ed in particolare dei due articoli che hanno maggiormente generato il dibattito che si è descritto nei capitoli precedenti: *“Modifica degli articoli 16 e 17 del d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, in materia di responsabilità e di obblighi dei prestatori di servizi della società dell'informazione”*. Vale la pena di riportare anche di questo il testo di seguito integralmente:

“ART. 1. 1. L'articolo 16 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, è sostituito dal seguente: «ART. 16. – (Responsabilità nell'attività di memorizzazione di informazioni – hosting). – 1. Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione, consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore: a) non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione, avvalendosi a tal fine di tutte le informazioni di cui disponga, incluse quelle che gli sono state fornite dai titolari dei diritti violati dall'attività o dall'informazione, anche in relazione ad attività o a informazioni illecite precedentemente memorizzate dal prestatore a richiesta dello stesso o di altri destinatari del servizio; b) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti o di qualunque soggetto interessato, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per

disabilitarne l'accesso. 2. Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore. 3. L'autorità giudiziaria o quella amministrativa competente può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 1, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse»".

*"ART. 2. 1. L'articolo 17 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, è sostituito dal seguente: «ART. 17. – (Assenza dell'obbligo generale di sorveglianza). – 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 di 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 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. 4. In ogni caso **le esenzioni e le deroghe in materia di responsabilità previste dal presente decreto non si applicano:** a) al prestatore che deliberatamente collabori con un destinatario del suo servizio al fine di commettere atti illeciti; b) **al prestatore che metta a disposizione del destinatario dei suoi servizi oggetto del presente decreto, o comunque fornisca o presti a suo favore, anche strumenti o servizi ulteriori, in particolare di carattere organizzativo o promozionale, ovvero adotti modalità di presentazione delle informazioni non necessarie ai fini dell'espletamento dei servizi oggetto del presente decreto, che siano idonei ad agevolare o a promuovere la messa in***

*commercio di prodotti o di servizi ad opera del destinatario del servizio; c) al prestatore che non abbia adempiuto al dovere di diligenza che è ragionevole attendersi da esso e che è previsto dal diritto al fine di individuare e di prevenire taluni tipi di attività illecite. In particolare, al fine di prevenire la violazione dei diritti di proprietà industriale, di cui al decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30, tale dovere di diligenza comprende tra l'altro: l'adozione di **filtri** tecnicamente adeguati che non abilitino l'accesso ad informazioni dirette a promuovere o comunque ad agevolare la messa in commercio di prodotti o di servizi, in quanto tali informazioni contengano parole chiave che, negli usi normali del commercio, indicano abitualmente che i prodotti o i servizi a cui si applicano non sono originali, usate isolatamente o in abbinamento a un marchio o a un segno distintivo di cui il destinatario del servizio non abbia dimostrato di essere il titolare o il licenziatario; l'adozione di filtri tecnicamente adeguati che non abilitino l'accesso ad informazioni dirette a promuovere o comunque ad agevolare la messa in commercio di prodotti o di servizi la cui descrizione corrisponde alla descrizione di prodotti o di servizi contraffattori, che i titolari dei diritti di proprietà industriale ad essi relativi abbiano preventivamente comunicate al prestatore del servizio; l'esercizio di tali filtri anteriormente alla messa on line dell'informazione; la pubblicazione all'interno del sito del prestatore del servizio, in modo chiaro e visibile, di tale regola di esclusione. Al fine di prevenire la violazione delle norme sulla commercializzazione di prodotti o di servizi soggetti a limitazioni legali nella vendita o nella fornitura, tale dovere di diligenza comprende tra l'altro: l'adozione di filtri tecnicamente adeguati che non abilitino l'accesso ad informazioni dirette a promuovere o comunque ad agevolare la messa in commercio di prodotti o di servizi, la cui commercializzazione è riservata a canali di vendita o di fornitura particolari o richiede la prescrizione medica; l'esercizio di tali filtri anteriormente alla messa on line dell'informazione; la pubblicazione all'interno del sito del prestatore del servizio, in modo chiaro e visibile, di tale regola di esclusione. 5. Le esenzioni e le deroghe in materia di responsabilità previste dal presente decreto lasciano impregiudicata la possibilità di azioni inibitorie di altro tipo e, in particolare, delle azioni inibitorie previste dal codice della proprietà industriale, di cui al decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30, e dalla legge 22 aprile 1941, n. 633, che obbligano a porre fine a una violazione di diritti della proprietà industriale o*

intellettuale o ad impedirli, anche con la rimozione dell'informazione illecita o con la disabilitazione dell'accesso alla medesima »".

Analogamente a quanto prescritto dal nuovo regolamento dell'Agcom, anche le modifiche del disegno di legge prevedono che le informazioni relative a prodotti o servizi che violano diritti di proprietà intellettuale di terzi debbano essere rimosse immediatamente dai provider, a seguito a segnalazioni da parte dell'Autorità o di soggetti privati.

Inoltre, il disegno di legge prevede anche che "in ogni caso", e quindi presumibilmente anche quanto si sia proceduto ad una immediata rimozione, le esenzioni vengano meno qualora il provider "*non abbia adempiuto al dovere di diligenza che è ragionevole aspettarsi da esso*", e, in particolare, qualora non abbia provveduto all'adozione di "*filtri tecnicamente adeguati che non abilitino l'accesso ad informazioni dirette a promuovere o ad agevolare la messa in commercio di prodotti o di servizi*". Detti filtri opererebbero per il tramite di parole chiave che dovrebbero indicare che i prodotti o i servizi non sono originali, e ciò sia nel caso siano digitate isolatamente o "*in abbinamento a un marchio o a un segno distintivo di cui il destinatario del servizio non abbia dimostrato di essere il titolare o il licenziatario*". Inoltre, al provider sarebbe demandato di istituire ulteriori filtri sull'accesso ad informazioni dirette a promuovere prodotti o di servizi contraffattori, preventivamente comunicate al provider dai legittimi titolari dei diritti di proprietà industriale.

Non vi è chi non veda come il disegno di legge sopra descritto, pur apprezzabile nell'intento, sarà di difficile applicazione.

6.2 **Regno Unito**

Degno di menzione è il *Digital Economy Act* che è entrato in vigore lo scorso 8 aprile 2010 attribuendo all'*Ofcom* il compito di adottare le disposizioni attuative (un Codice) per l'esecuzione delle disposizioni inerenti le violazioni del diritto d'autore. Detto codice è stato sottoposto a consultazione pubblica che si è

conclusa nel luglio 2010 e si è adesso in attesa della pubblicazione degli atti conclusivi.

In particolare, il codice prevede la possibilità per il titolare dei diritti di notificare all'ISP gli indirizzi IP utilizzati dagli utenti per diffondere contenuti illegali, raccogliendo tali informazioni in un Report di violazione ("*copyright infringement report*"). A sua volta, l'ISP informa l'utente di aver ricevuto un Report di violazione.

Degna di menzione, è poi la previsione che nel caso in cui l'utente riceva più di 3 notifiche sia iscritto in uno speciale registro tenuto dall'ISP. Detti utenti possono essere quindi destinatari di misure tecniche da parte degli ISP da stabilirsi con successive disposizioni di legge. Su richiesta poi, i titolari possono chiedere all'ISP di trasmettergli copia del Report inerenti la violazione dei propri diritti.

Dall'altro lato, l'utente può contestare il Report, le notifiche o la lista di cui sopra ad un organo indipendente chiamato *Body* (costituito da una singola persona fisica) nominato dall'*Ofcom* e dinanzi al quale si svolge il procedimento in contraddittorio tra le parti, alla fine del quale il *Body* adotta una decisione vincolante.

In seguito alla decisione e alla violazione del codice, l'*Ofcom* può irrogare nei confronti degli ISP o dei titolari (ma non nei confronti dell'utente) sanzioni pecuniarie fino a 250.000 *pounds* (320.000 euro).

La legge ha suscitato diverse critiche nel territorio britannico ed è già stata oggetto di un ricorso presentato da British Telecom e Talk Talk, che lamentavano come illegittima la possibilità per il Ministro competente, previo parere favorevole del Parlamento e del giudice, di bloccare l'accesso dell'utente ai siti sui quali vengono veicolati contenuti illegali.

L'Alta corte ha respinto il ricorso di British Telecom e Talk Talk stabilendo che la legge non è contraria alle direttive comunitarie in materia di

tutela della privacy e telecomunicazioni. Si è, tuttavia, mostrata favorevole ad accogliere parzialmente la questione relativa al rimborso parziale dei costi sostenuti dagli ISP da parte dei titolari dei diritti.

L'*Ofcom* sta attualmente esaminando le diverse implicazioni tecniche ed economiche connesse ai meccanismi di blocco degli accessi ai siti. Ad oggi, il pacchetto di norme non è ancora divenuto operativo.

6.3 **Francia**

Recentemente, al fine di contrastare il download illecito di opere musicali e cinematografiche, il legislatore francese ha approvato nell'ottobre 2009 la legge sulla Diffusione delle Opere e la Protezione dei Diritti d'Autore.

L'Alta Autorità per la Diffusione delle Opere e la Protezione dei Diritti su Internet (**HADOPI**) è, secondo la legge, l'organismo che è incaricato di monitorare le attività degli utenti anche al fine di dissuaderli in modo graduale da pratiche illecite. A tale proposito, la legge prevede un meccanismo di 2 *warning* preliminari cui, in caso di recidiva, possono far seguito sanzioni, comprendenti anche la disconnessione da internet, comminabile in via giudiziale. Il sistema di controllo è già in funzione e già circa 100mila soggetti sono stati richiamati all'ordine.

La legge è oggi oggetto di forte dibattito in Francia, ha già subito un vaglio costituzionale e a breve dovrebbe essere nuovamente modificata (HADOPI 3) (essendo la HADOPI 2 intervenuta a seguito della pronuncia del Consiglio costituzionale francese del 10 giugno 2009).

6.4 **Germania**

In Germania è da tempo in atto un dibattito tra i titolari dei diritti e coloro che invece si battono per una libera e piena fruizione dell'accesso alla rete, anche se ciò dovesse avvenire a discapito delle proprietà intellettuali altrui.

Ad oggi sono allo studio misure idonee ad applicare efficacemente la normativa esistente, prima tra tutte la diffida stragiudiziale e lo studio di una corretta ed puntuale notifica ai prestatori dei servizi della rete. Non sono state prese invece in considerazione misure come il blocco di accesso alla rete (modello francese HADOPI) né la cd *flat rate*, ovvero una quota forfettaria che ogni utente della rete dovrebbe pagare per utilizzare i contenuti della rete. Quest'ultima ipotesi, sebbene suggestiva, alimenterebbe evidenti problematiche di gestione e ripartizione dei proventi del diritto d'autore.

6.5 **Spagna**

Il dibattito è vivace anche in Spagna, ove è stata studiata una normativa anti pirateria informatica all'interno della "Legge per un'Economia Sostenibile", approvata il 4 marzo 2011, il cui regolamento di attuazione è ancora tuttavia in corso di elaborazione.

In estrema sintesi è previsto che un'apposita Commissione sulla proprietà industriale, di matrice governativa, possa oscurare le pagine web che offrono illegalmente contenuti tutelati dai diritti d'autore. Detta autorità avrà poi il compito di vagliare le denunce dei titolari dei diritti, ordinando agli autori delle violazioni, qualora ritenga fondata la denuncia, di rimuovere il contenuto entro 48 ore. Contro tale decisione sarà possibile un appello in contraddittorio tra l'autore delle asserite violazioni e il presunto titolare dei diritti, da concludersi nei 3 giorni successivi. Tale risoluzione dovrà poi essere ratificata da un giudice amministrativo, che potrà emettere un'ordinanza per raccogliere i dati degli autori del reato e delle pagine internet illegali e, infine, deliberare sul loro eventuale oscuramento.

6.6 **Paesi Bassi**

Suggestiva anche la soluzione al vaglio del legislatore olandese: il disegno di legge dell'11 aprile 2011 prevede la possibilità di inibire l'accesso anche ai siti stranieri (per quelli nazionali era già possibile) il cui scopo sia la messa a disposizione di materiale illegale. L'ordine dovrà provenire dall'autorità giudiziaria nel caso risulti impossibile o infruttuoso contattare il gestore del sito.

Accanto a dette misure è poi prevista anche una serie di accorgimenti per la ridefinizione e raccolta dei compensi per il diritto d'autore, al fine di adeguare la situazione allo sfruttamento dei contenuti diffusi in rete.

6.7 **Unione Europea**

Lo scorso 22 dicembre 2010 è stato pubblicato un rapporto sull'applicazione della direttiva 2004/48 cd "enforcement" che, a dispetto del miglioramento delle procedure di tutela dei diritti di proprietà intellettuale, ha dipinto un quadro piuttosto preoccupante: *"il volume e il valore finanziario delle violazioni dei diritti di proprietà intellettuale sono allarmanti"*.

A tale proposito è stato infatti evidenziato che *"la natura multifunzionale di internet agevola la commissione di una grande varietà di violazioni dei diritti di proprietà intellettuale. [...] Lo scambio di file con contenuti protetti da diritto d'autore è divenuto onnipresente, in parte perché lo sviluppo dell'offerta legale di contenuti digitali non è riuscito a tenere il passo della domanda, specie su base transfrontaliera [...]. Molti siti web ospitano o facilitano la distribuzione in linea di opere protette e senza il consenso dei titolari. In questo contesto può essere necessario valutare chiaramente i limiti del quadro normativo esistente"*.

Per ovviare a tale situazione e trovare soluzioni efficaci è stata pertanto avviata una consultazione pubblica volta a raccogliere le opinioni delle istituzioni comunitarie, degli Stati membri, del Comitato economico e sociale europeo e di tutte le altre parti interessate. Detta consultazione è terminata lo scorso marzo 2011 ed è proseguita con un'audizione collettiva tenutasi il 7 giugno 2011. Il tutto, come anticipato dalla Commissione, finalizzato alla preparazione di una nuova direttiva che sarà probabilmente presentata nel 2012.

Altro terreno di studio è stata la consultazione pubblica che ha avuto ad oggetto la direttiva 2000/31 e che è terminata lo scorso novembre 2010.

Su altri fronti, nella comunicazione del 24 maggio 2011 n. 287 (COM(2011) 287) la Commissione ha reso noto un Piano d'azione per la riforma delle disposizioni riguardanti i diritti di proprietà intellettuale, resasi necessaria alla luce della crescente diffusione delle nuove tecnologie e della forte espansione di internet, che hanno profondamente modificato il contesto di riferimento dei diritti della proprietà intellettuale.

Degna di nota anche la dichiarazione del 24 maggio 2011 del Commissario Ue per il mercato interno, Michel Barnier: *“Per l'economia europea è essenziale che all'interno del mercato unico sia garantito il giusto livello di tutela dei diritti di proprietà intellettuale [omissis] Il progresso ha bisogno di nuove idee e conoscenze, non ci sarà nessun investimento nell'innovazione senza tutela dei relativi diritti. D'altra parte la prosperità di nuovi modelli commerciali e della diversità culturale dipendono dall'accesso ai contenuti culturali, ad esempio alla musica online, da parte di consumatori e utenti. Il nostro obiettivo è trovare un equilibrio tra queste esigenze per un rispetto globale dei diritti di proprietà intellettuale e per far sì che il quadro europeo della proprietà intellettuale costituisca una risorsa per imprese e cittadini, stando al passo con l'era digitale e con la concorrenza delle idee di un mondo globalizzato”*.

Allo stesso modo, anche il Parlamento europeo si è espresso a favore di un intervento in tutela dei diritti di proprietà intellettuale, evidenziando come il fenomeno delle violazioni dei diritti della proprietà intellettuale *online* abbia raggiunto proporzioni preoccupanti, in particolare a danno dell'industria dei contenuti creativi.

Tra le possibili soluzioni, il Parlamento auspica l'implementazione di riforme normative per un sistema non più ritenuto capace di garantire in modo efficace la protezione dei diritti su internet, che deve sempre più fare i conti con il diritto di accesso alla cultura e ai contenuti.

A tale fine il Parlamento ha dunque invitato la Commissione a prevedere *“una strategia organica che sia atta a rimuovere gli ostacoli alla creazione di un mercato unico nell'ambiente online e che adatti il quadro normativo europeo in*

materia alle attuali tendenze della società come pure agli sviluppi tecnologici”, facendo altresì presente l’importanza di incentivare l’offerta dei contenuti attuata in maniera legale in quanto, attualmente, “lo sviluppo di questi servizi legali è inibito dalla crescita dei contenuti caricati illegalmente online”.

Un’offerta legale più efficace avrebbe anche il pregio, oltre che di soddisfare gli interessi degli utenti, anche di contrastare il fenomeno della violazione *online*. Il tutto, a parere del Parlamento, con la messa in atto di una campagna di sensibilizzazione e di educazione alla legalità nei confronti dei consumatori europei, in special modo di quelli giovani⁹⁴.

Infine, meritevole di attenzione è la Risoluzione del 12 maggio 2011 su *“Le industrie culturali e creative, un potenziale da sfruttare”*, ove si è prospettata, accanto agli interventi di educazione sopra menzionati, anche la redazione di un Libro bianco, in considerazione della sempre crescente importanza delle industrie culturali e creative, nonché con l’obiettivo di rafforzare questo settore di strategica rilevanza per il conseguimento degli obiettivi della strategia Europa 2020, nonché lo sviluppo di licenze paneuropee.

⁹⁴ Documento di seduta A7-0175/2010 del 3 giugno 2010, “Relazione sull’applicazione dei diritti di proprietà intellettuale nel mercato interno - (2009/2178(INI))”

7. Conclusioni

Alla luce di quanto sopra delineato, può apparire chiaro che la maggior preoccupazione degli ISP è quella di essere soggetti ad una responsabilità oggettiva, basata su una presunzione di conoscenza dei dati immessi nel sito da essi gestito ed accentuata nel caso di determinate modalità di svolgimento del servizio (cd. *hosting* attivo).

E la ragione per la quale si è andata affermando la tendenza ad aggravare quanto più possibile la responsabilità degli ISP, si è più volte detto, è evidente: per ogni violazione è necessario individuare un responsabile e il più facilmente rintracciabile resta l'Internet Service Provider.

Allo stesso tempo, però, è altrettanto evidente che non si possa addossare agli ISP un regime troppo gravoso di responsabilità, che altrimenti finirebbe per inibirne o, almeno, ridurne l'attività. Infatti, ciò porterebbe a conseguenze negative facilmente prevedibili sullo sviluppo di Internet e sulle sue enormi potenzialità, sia di natura economica ma anche e soprattutto di sviluppo della personalità e della libertà di manifestazione del pensiero.

Di seguito si cercherà di delineare il quadro della prospettabili soluzioni, dalla necessità di interventi legislativi mirati, sino all'autoregolamentazione, senza mancare di sottolineare come, probabilmente, un'offerta legale dei contenuti maggiormente diversificata e attraente per il pubblico, sarebbe la misura più efficace per contrastare il fenomeno della pirateria e conseguentemente di ridurre le ipotesi di responsabilità del provider.

7.1 Necessità di un nuovo intervento legislativo

Il primo e fondamentale nodo da sciogliere pare anzitutto quello di adeguare nuovamente le disposizioni legislative applicabili al mutato contesto che si è andato delineando in seguito all'implementazione della Direttiva 2000/31.

Il diritto d'autore ma anche altre materie sulle quali impatta il mondo di internet necessitano di correttivi atti ad equilibrare gli interessi contrapposti di provider, di utenti e dei titolari dei diritti o delle parti lese.

E' dunque necessario da un lato disciplinare il corretto uso di internet e della condivisione dei contenuti (disciplina mutuata da quella esistente ma adattata al mondo della rete) e, dall'altro lato, prevedere un'efficace sistema di reazione e repressione degli illeciti.

Il maggiore ostacolo è rappresentato dall'estrema dinamicità dei contenuti e delle informazioni diffuse e che possono essere diffuse su internet. I meccanismi di difesa non sembrano adeguati a contemperare le contrapposte esigenze. E, oltretutto, come abbiamo visto, sia in Italia che nel contesto internazionale, la figura dell'ISP non sembra ancora ricevuto una disciplina del tutto univoca e dunque completa.

Pertanto, ciò che si rende necessario e che sembra essere l'oggetto delle sopra citate proposte normative, è in primo luogo una dettagliata disciplina relativa alla notifica e alla rimozione del contenuto illecito ed, in secondo luogo, un accurato sistema di controllo e di sanzioni a tutela dell'intero sistema. Il tutto dovrà poi essere costituzionalmente orientato in quanto il provider potrà legittimamente eliminare ciò che non gli appartiene e non potrà allo stesso modo ledere la libertà di manifestazione del pensiero sancita dall'art. 21 della Costituzione.

In ogni caso, sul primo punto (*notification*), il rispetto del principio di certezza del diritto e delle norme di carattere processuale impongono al titolare dei diritti che chiede all'ISP o all'autorità giudiziaria di rimuovere un determinato contenuto o di renderlo inaccessibile, di individuare in maniera puntuale l'URL del contenuto medesimo, ciò che, al momento, non è affatto previsto.

Non si ritiene, dunque, sufficiente una generica denuncia della presenza in rete di alcuni contenuti illegittimi immessi dagli utenti non ben identificati. Al contrario è sicuramente fondamentale prevedere l'invio di una lettera di diffida

quanto più circoscritta possibile, ciò che darebbe già luogo al nascere dell'obbligazione in capo ai provider di informare quanto meno l'autorità. Infatti, il provider non dovrà necessariamente rimuovere i contenuti ma quanto meno non potrà esimersi dall'informare l'autorità.

Ancor prima, il titolare di diritti dovrà essere poi chiamato a dimostrare non solo la titolarità da parte sua dei diritti azionati ma anche il carattere abusivo dei singoli atti di messa a disposizione del pubblico di ciascun contenuto di cui chiede la rimozione e/o l'inibitoria alla diffusione o all'accesso.

Dall'altro lato, si potrebbe poi prevedere, mutuandola dall'ordinamento, la possibilità di imporre una cauzione onde limitare pretestuose richieste di rimozione.

Infine, relativamente alla possibilità di individuare i soggetti che hanno materialmente compiuto l'illecito, occorrerebbe ripensare a precisi meccanismi di identificazione degli utenti. Internet rappresenta infatti uno degli strumenti più facili per compiere azioni in via anonima e la possibilità d'identificazione di regola sussiste solo se il soggetto vuole mostrarsi per colui che realmente è.

Oltretutto, almeno in Italia, sul provider non incombe alcun obbligo di accertamento della reale identità degli utenti e ciò ridimensiona notevolmente la capacità dell'art. 17, comma 2, lettera b) del d.lgs. n. 70/2003 di identificare il soggetto che ha realizzato la violazione, mediante la collaborazione del prestatore di servizi, in quanto i dati inseriti dall'utente sono potenzialmente falsi.

Se da un lato tale problema non può essere risolto, se non con opportune disposizioni del legislatore, dall'altro occorre far notare che provider come Italia On Line hanno preso determinati provvedimenti al fine di ridurre la possibilità di contenere materiali illeciti sul proprio server: hanno cioè permesso il caricamento di pagine web sul proprio server solo attraverso connessioni che gli permettano di risalire ai soggetti che compiono illeciti in maniera immediata, ossia senza mediazione di altri provider. Tale mediazione tra l'altro non sarebbe possibile, in quanto, come confermato dal Garante per la Privacy Stefano Rodotà e dalla

giurisprudenza più recente, solo l'autorità giudiziaria può pretendere dal Provider l'indicazione del nome del titolare di un numero IP (cioè un numero in grado di identificare in maniera univoca un computer connesso a Internet).

Detto ciò è sicuramente preferibile prevedere un'identificazione più certa dei fruitori della rete, quanto meno di coloro che intendono caricare contenuti. Ovvero sarebbe utile provvedere un controllo di secondo livello solo per questi, senza così bloccare la diffusione dei contenuti. Ciò, da un lato, consentirebbe di risalire più velocemente all'autore dell'illecito, dall'altro, responsabilizzerebbe coloro i quali intendono caricare contenuti su determinati website. Un tale sistema andrebbe di pari passo con il diritto alla libertà di pensiero e di espressione, che verrebbe in tal modo solo responsabilizzato.

7.2 **Gli interventi in autotutela**

La regolamentazione non deve poi limitare l'iniziativa imprenditoriale: se c'è uno spazio per indurre il mercato a correggere autonomamente i principali tipi di *failures*, occorre lasciare adeguato margine all'iniziativa dei singoli intermediari e/o delle associazioni professionali, che sono più vicine al problema.

È sulla base di questa motivazione, che la letteratura economica sostiene che la prima linea di difesa dai possibili rischi è data dall'autoregolamentazione e in particolare dai codici di comportamento redatti dalle categorie interessate. La regolamentazione inoltre ha sempre un effetto limitativo sulle strategie competitive dei singoli operatori e dunque sull'efficienza complessiva.

Con l'autoregolamentazione si potrebbe dunque porre rimedio a ciò che il legislatore non è ancora riuscito a risolvere: già la direttiva europea n. 46/1995 sulla protezione dei dati personali, attribuiva rilevanza ai codici di autodisciplina come strumento per permettere l'adattamento dell'ordinamento nazionale a quanto disposto dall'Unione Europea.

Partendo dai codici di autodisciplina di stampo associativo, si segnala che già se ne parlava nel lontano 1995, allorquando venne abbozzato un testo teso a permettere di conseguire un sentito e quanto mai necessario equilibrio tra la libertà di manifestazione del pensiero su Internet e la tutela del principio di legalità in riferimento a tutte le attività che si vengono a creare nello spazio virtuale.

Qualche anno più tardi, nel 1997, su invito del Consiglio delle Telecomunicazioni della UE⁹⁵ e del Ministero delle Poste e Telecomunicazioni ad intraprendere una strada che permettesse di raggiungere detto risultato, l'Aiip (Associazione Italiana Internet Provider), l'Anee (Associazione Nazionale Editoria Elettronica), Telecom Italia e Olivetti avevano concordemente realizzato una bozza di un codice di autoregolamentazione. Tuttavia, l'obbligo di adeguarsi alle disposizioni del codice era rimasto facoltativo ciò che ne rese limitata l'adesione.

Ad ogni modo, detto codice si segnalava per aver tentato di delineare delle regole generali di comportamento per dirimere una delle più intricate questioni ancora oggi oggetto, come abbiamo visto, di dibattito: l'identificazione degli utenti. Secondo il codice i soggetti dovevano consentire l'acquisizione dei propri dati personali a chi forniva loro accesso e/o hosting. I fornitori di detti servizi erano tenuti a registrare i dati per renderli disponibili all'autorità giudiziaria nei termini previsti dalla legge. Una volta identificato, l'utente poteva chiedere al suo fornitore di accesso e hosting di avere un identificativo diverso dal suo nome con cui operare in Rete.

Si era pensato inoltre, nel Titolo 3 dedicato all'applicazione del codice, la figura del Giurì, il quale si doveva adoperare per la tutela del rispetto del codice, l'intervento in caso di segnalazione di infrazioni da parte di soggetti Internet, di consumatori o di chiunque vi avesse interesse, l'accertamento e la pronuncia su eventuali infrazioni e l'applicazione di sanzioni nei confronti dei soggetti ritenuti responsabili. Inoltre il Giurì poteva esprimere pareri preventivi sulla conformità al

⁹⁵ Cfr. Risoluzione del 28 novembre 1997

Codice di informazioni da mettere a disposizione del pubblico, sulla congruità ai principi del rating di particolari contenuti e sui criteri di autocertificazione. Niente di più attuale e che potrebbe probabilmente aiutare nel risolvere l'attuale dibattito.

Altri esempi di autoregolamentazione si sono avuti con il testo dell'Aiip del 1° gennaio 1998. L'Anfov (Associazione per la convergenza nei servizi di comunicazione) aveva messo a punto un altro codice dal titolo “*deontologia e di buona condotta per i servizi telematici*”, il quale riprendeva molto dal codice dell'Aiip, ma che si presentava come obbligatorio anche per coloro che non avevano aderito allo stesso, utenti compresi. Un ulteriore tentativo si è avuto infine recentemente con il “*Codice di autodisciplina per servizi internet*” proposto dall'allora Ministro Maroni nel maggio 2010 e rimasto in bozza.

Concludendo, se è vero che i codici di autoregolamentazione sono riconosciuti anche a livello comunitario come ottimo strumento per regolare il settore oggetto di questa tesi, è pur vero che solo grazie all'adesione ai codici e al rispetto di quanto disposto da essi da parte di tutti gli operatori cui si riferiscono si rende possibile il raggiungimento dell'obiettivo principe: la certezza del diritto ottenuta disciplinando ciò che il legislatore ha ignorato o su cui non si è saputo o voluto pronunciare.

Con riguardo, invece, alle iniziative dei singoli, appare utile esaminare in che modo i principali internet service provider abbiano affrontato il problema della responsabilità derivante, ad esempio, della violazione del copyright, ovvero esaminare le principali forme di autotutela che Facebook, Google, You Tube ed altri portali hanno messo a disposizione dei propri utenti, prevedendo procedure di facile utilizzo per contestare violazioni di copyright o altri illeciti.

Facebook: L'operatore ha creato una pagina apposita ove, i proprietari di diritti troveranno delle informazioni utili su come segnalare violazioni del copyright o di altri diritti di proprietà intellettuale da parte degli utenti che pubblicano contenuti sul sito web Facebook.

La procedura di segnalazione è piuttosto semplice ed intuitiva: sarà sufficiente compilare un modulo che in automatico sarà inviato al personale preposto da Facebook per analizzare la questione. A sua volta, l'utente che si dovesse trovare oggetto di una segnalazione di violazione e che fosse preoccupato della rimozione dei propri contenuti, avrebbe la possibilità di inviare una contronotifica. Se la segnalazione è coerente, il personale di Facebook si preoccuperà di rimuovere immediatamente il contenuto in oggetto o ne bloccherà l'accesso. Sarà inoltre inviata una notifica all'utente responsabile della violazione e, se necessario, gli sarà inoltrata la segnalazione. In caso di reiterata violazione, l'account del trasgressore verrà definitivamente disattivato.

Youtube: Youtube, quale protagonista delle maggiori controversie promosse a livello mondiale, prevede, come sopra accennato, determinati meccanismi di rimozione del materiale illecito ma anche meccanismi preventivi⁹⁶.

Anzitutto, Youtube, attraverso le condizioni di utilizzo della propria piattaforma, rende noto ai propri utenti di riservarsi la possibilità di rimuovere dal sito contenuti che violino privative di terzi. Allo stesso modo, informa i titolari dei diritti della possibilità di denunciare tali violazioni attraverso semplici procedure di notifica. Dall'altro lato, è pure prevista la possibilità di una contronotifica per dolersi per una illecita rimozione dei contenuti, che potrebbe essere avvenuta o per sbaglio o poiché l'asserito titolare dei diritti che ne ha denunciato la presenza e ne ha chiesto la rimozione non aveva titolo per farlo. In caso di recidiva, anche Youtube avverte della possibilità che l'account venga sospeso o finanche disabilitato.

⁹⁶ Per certo, poi, Youtube, si premura di sottolineare che non offre alcun tipo di consulenza legale sulla possibilità o meno di utilizzare determinati contenuti, ancorché affermi, a scopo informativo, che “è possibile che tu sia autorizzato a includere nel tuo video brevi estratti di materiale protetto da copyright se ciò che intendi utilizzare è insignificante o è stato incluso per caso, oppure laddove l'impiego previsto per il materiale protetto da copyright sia compreso in un'eccezione o in una limitazione al copyright contemplata dalla legge del tuo Paese”. Il provider ricorda ai suoi utenti inoltre che “Negli Stati Uniti, i tribunali valutano i quattro fattori seguenti per determinare se un caso particolare riguarda il fair use: 1. lo scopo e il carattere dell'utilizzo (compreso se tale utilizzo sia di natura commerciale o per scopi didattici non profit); 2. la natura dell'opera protetta da copyright; 3. la quantità e la consistenza della parte utilizzata in relazione all'opera protetta da copyright nel suo complesso; 4. l'effetto dell'utilizzo sul mercato potenziale o sul valore dell'opera protetta da copyright”.

Con riguardo invece alle misure preventive, Youtube, ha sviluppato la tecnologia **videoID**, ovvero uno strumento atto alla identificazione dei video caricati sulla piattaforma. Identificazione video si propone infatti di aiutare i titolari di diritti d'autore a rendere identificabili le loro creazioni su YouTube, tramite una tecnologia in grado di riconoscere i video in base a vari fattori. I titolari dei diritti d'autore potranno, poi, scegliere se bloccare i loro video così identificati, promuoverli o persino di trarne guadagno.

Yahoo: Così come gli altri provider sopra richiamati anche Yahoo! si riserva il diritto, secondo le proprie condizioni di utilizzo del servizio, in determinate circostanze e a sua discrezione, di disattivare e/o sospendere senza preavviso l'account degli utenti che risultino aver violato diritti di proprietà intellettuale di terzi.

Ed allo stesso modo, Yahoo propone ai titolari dei diritti di inviare un modulo al "Responsabile Copyright di Yahoo! Italia" contenente informazioni utili alle valutazioni del caso, ed in particolare: 1. Descrizione dell'opera coperta da diritto d'autore o di altro diritto di proprietà intellettuale che si assume sia stato violato; 2. Natura dell'autorizzazione o del rapporto nell'ambito dei quali si presume che un terzo abbia autorizzato la violazione da parte di un altro soggetto; 3. Punto in cui si trova sul sito il materiale che si assume sia in violazione dei diritti; 4. Il nome e cognome per esteso, l'indirizzo, il numero di telefono e l'indirizzo di posta elettronica del notificante; 5. Una dichiarazione in cui si afferma di poter ritenere in buona fede che l'utilizzo contestato non è autorizzato dal soggetto titolare del diritto d'autore o di altri i diritti di proprietà intellettuale, da un suo agente o dalla legge, e 6. una dichiarazione in cui si afferma che le informazioni di cui sopra, contenute nella comunicazione, sono accurate e che si è effettivamente il soggetto titolare del diritto d'autore o dei diritti di proprietà intellettuale oppure un soggetto autorizzato ad agire per conto del titolare del diritto d'autore o dei diritti di proprietà intellettuale.

Si segnala, infine, Google che oltre a prevedere un simile meccanismo ha addirittura implementato un servizio di reportistica di quanto rimosso, il cd.

"transparency report" visionabile su
<http://www.google.com/transparencyreport/governmentrequests/IT/>.

Oggetto di dibattito e studio è stata anche la possibilità di controllare preventivamente i contenuti o parte di essi. Tuttavia, la tendenza a riconoscere la responsabilità nei confronti dei prestatori che svolgono opera di controllo dei contenuti ha disincentivato questo tipo di soluzione. Come si è visto sopra, infatti, la circostanza che il provider sorvegli i contenuti immessi dai clienti può lasciar presumere che egli possa essere effettivamente a conoscenza dell'eventuale illiceità di tali contenuti, con la conseguente responsabilità in caso di inerzia (cfr. artt. 16 e 17 del d. lgs 70/2003).

Un'ipotesi suggestiva, probabilmente estrema, è quella che venga cancellato qualsiasi tipo di controllo preventivo sui materiali. Ovviamente, come correttamente notato, in tal modo risulterà poi *“assai difficile un intervento correttivo ex ante qualora i materiali pubblicati risultino osceni, diffamatori o lesivi della privacy”*⁹⁷. Tuttavia, riportando quanto detto dal *chief legal officer* di Google, David Drummond, in un intervento apparso sul blog ufficiale del motore di ricerca di Mountain View dal titolo «maggiore trasparenza sulle richieste governative» *“questo è il prezzo che si deve pagare per garantire il fondamentale principio tutelato dall’art. 19 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani che garantisce la libertà d’espressione e d’opinione senza interferenza alcuna.”*⁹⁸.

Detta ipotesi potrebbe essere sviluppata evitando di inserire nei contratti di hosting qualsiasi possibilità per il provider di verificare i dati immessi dall'utente e rimuovere quelli che potrebbero apparire illeciti, sulla base delle sole segnalazioni degli utenti.

⁹⁷ ALVANINI, “La responsabilità dei services providers” in *Il Diritto Industriale* 4, 2010

⁹⁸Cfr. <http://googleblog.blogspot.com/2010/04/greater-transparency-around-government.html>

Allo stesso modo, appare difficilmente praticabile e contraria ai principi sopra citati l'ipotesi contraria di una censura più o meno generalizzata dei contenuti.

Il dibattito è dunque molto acceso, così come numerose sono le decisioni che si sono interessate e proseguono ad affrontare la responsabilità degli ISP. Ed ancora oggi non sembrano ravvisarsi posizioni univoche.

In attesa di un nuovo intervento legislativo, non resta che tenere monitorati i successivi sviluppi giurisprudenziali ed il consolidarsi o meno degli attuali orientamenti.

BIBLIOGRAFIA

ALBAMONTE, La responsabilità penale dell'internet provider tra libertà di comunicazione e tutela dei singoli (Nota a GIP Trib. Milano 24 febbraio 2010) in *Questione Giustizia*, 2010, fasc. 3 pag. 184 – 189

ALBANESE, Trasferimento di dati e responsabilità del prestatore di servizi telematici: dal “diritto secondo” al “diritto primo” in *Aida* 2010, 354

ALBERTINI, Nota a: Tribunale Napoli , 08/08/1997 Le comunicazioni via Internet di fronte ai giudici: concorrenza sleale ed equiparabilità alle pubblicazioni a stampa in *Giust. civ.* 1998, 1, 259

ALCEI “Provider e responsabilità nella legge comunitaria 2001” in <http://www.interlex.it/regole/alcei13.htm>

ALPA, Cyber law. Problemi giuridici connessi allo sviluppo di Internet, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, II, 385 e in TOSI (a cura di), *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*, Milano, 2003, Prefazione.

ALVANINI, “La responsabilità dei services providers” in *Il Diritto Industriale* 4, 2010

BASSOLI, La disciplina giuridica della seconda vita in internet: l'esperienza second life in *Informatica e diritto*, 2009, fasc. 1 pag. 165 – 189

BEDUSCHI, Caso Google: libertà d'espressione in internet e tutela penale dell'onore e della riservatezza (nota a Trib. Milano 12 aprile 2010) in *Il Corriere del Merito*, 2010, fasc. 10 pag. 963 – 970

BERLIRI e LA GUMINA, La (non) responsabilità di ebay per gli illeciti commessi dai propri utenti (Nota a Tribunal d'instance de Grenoble 1 febbraio 2007) in *Diritto dell'Internet*, 2007, fasc. 4 pag. 342 - 348

BLENGINO – SENOR, Il caso "Peppermint": il prevedibile contrasto tra protezione del diritto d'autore e tutela della privacy nelle reti per to-per Nota a: Tribunale Roma , 16/07/2007 in Riv. inf. e informatica 2007, 4-5, 0835

BOCCHINI, La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003, p. 178;

BUFFA, Profili penali del commercio elettronico, Giuffrè, 2006, 223.

BUGIOLACCHI, La responsabilità dell' "host provider" alla luce del d.lg. 70/2003: esegesi di una disciplina "dimezzata" (Nota a Trib. Catania 29 giugno 2004) in Resp. civ. e prev., 2005, fasc. 1 pag. 188 – 209

BUGIOLACCHI, (Dis)Orientamenti Giurisprudenziali In Tema Di Responsabilità Degli Internet Provider (Ovvero Del Difficile Rapporto Tra Assenza Di Obblighi Di Controllo E Conoscenza Dell'illecito) in Resp. civ. e prev. 2010, 7-8, 1568B

BUGIOLACCHI, Principi e questioni aperte in materia di responsabilità extracontrattuale dell'internet provider. Una sintesi di diritto comparato, in Dir. inf., 2000, 829.

BUGIOLACCHI, Verso un sistema della responsabilità civile dell'Internet provider? Considerazioni su un recente "anteproyecto" spagnolo di recepimento della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, in Resp. civ. e prev., 2002, 292;

CARPAGNANO, Il file-sharing davanti alla corte suprema statunitense (Nota a Corte Suprema degli Stati Uniti d'America 27 giugno 2005 (Stati Uniti d'America - USA)) in Diritto dell'Internet, 2005, fasc. 6 pag. 568 - 572

CASSANO e BUFFA, Responsabilità del content provider e dell'host provider in Il Corriere giuridico, 2003 fasc. 1, pp. 77 – 81

CASSANO e CIMINO, Il nuovo regime di responsabilità dei providers: verso la creazione di un novello "censore telematico", in *Corr. giur.*, 2004, 88;

CASSANO e CIMINO Brevi considerazioni a margine della prima relazione della commissione UE in merito all'applicazione della direttiva n. 31/2000: ancora in tema di responsabilità extracontrattuale dei providers nel diritto interno e comunitario in *Giurisprudenza italiana*, 2004, fasc. 11 pag. 2226 - 2229

CASSANO e CIMINO La responsabilità del content provider per la diffusione di materiale protetto dal diritto d'autore (Nota a Trib. Catania sez. IV 29 giugno 2004, n. 2286) in *La Responsabilità Civile*, 2005, fasc. 5 pag. 431 – 438

CASSANO e CONTALDO, Diritti della persona, internet e responsabilità dei soggetti intermediari in *il Corriere giuridico*, 2010, fasc. S1 pag. 5 – 38

CASSANO e CONTALDO, La natura giuridica e la responsabilità civile degli internet service providers (isp): il punto sulla giurisprudenza in *il Corriere giuridico*, 2009, fasc. 9 pag. 1206 – 1212

CERINA, Contraffazione di marchio sul World Wide Web e questioni di giurisdizione, commento al caso “Blue Note”, U.S. District Court di New York, in *Dir. Ind.*, 1997, n. 4, 302.

CERINA, Internet: nuova frontiera per il diritto dei marchi?, in *Dir. ind.*, 1996, n. 71, 552.

CHIAROLLA, In tema di responsabilità del provider (Nota a Trib. Trani 14 ottobre 2008) in *Il Foro italiano*, 2009, fasc. 10 pag. 2865 – 2868

CHIAROLLA, Diffamazione a mezzo stampa, satira ed internet: profili di responsabilità. il commento (Nota a ord. Trib. Milano sez. fer. 7 settembre 2004) in *Danno e responsabilità*, 2005, fasc. 10 pag. 1012 - 1014

CHIAROLLA, L'insostenibile vaghezza della responsabilità su internet, in *Danno resp.*, 2009, spec. 1056 ss.

COMANDE', Al via l'attuazione della direttiva sul commercio elettronico, ma ... serve un maggior coordinamento, in *Danno e resp.*, 2003, 811;

CORRIAS, La pretesa responsabilità penale degli intermediari di contenuti internet

(nota a decr. Trib. Milano 10 ottobre 2008) in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2009, fasc. 1 pag. 91 - 100

CORRIAS, Ma i networks providers, i service providers e gli access providers rispondono degli illeciti penali commessi da un altro soggetto mediante l'uso degli spazi che loro gestiscono? (Nota a Trib. Milano 18 marzo 2004) in *Giurisprudenza di merito*, 2004, fasc. 12 pag. 2523 - 2529

COSTANZO, Libertà di manifestazione del pensiero e "pubblicazione" in Internet nota Tribunale Teramo , 11/12/1997 in *Riv. inf. e informatica* 1998, 2, 372

COSTANZO, I newsgroups al vaglio dell'Autorità giudiziaria (ancora a proposito della responsabilità degli attori d'Internet) nota a Tribunale Roma , 04/07/1998 in *Riv. inf. e informatica* 1998, 4-5, 0811

COSTANZO, Ancora a proposito di rapporti tra diffusione Internet e pubblicazione a mezzo stampa, in *Dir. inf.*, 2000, 657 ss.

COSTANZO, Motori di ricerca: un altro campo di sfida tra logiche del mercato e tutele dei diritti?, in *Dir. Internet*, 2006, 545:

COSTANZO, Profili evolutivi del regime giuridico di Internet, in *Dir. inf.*, 1996, 834.

CUNEGATTI, Danno all'immagine e responsabilità dell'internet service provider (nota a trib. roma 15 settembre 2007, n. 20383 Trib. Milano 16 luglio 2007) in *Diritto dell'Internet*, 2008, fasc. 2 pag. 133 - 140

CUOMO, La cassazione affonda la baia dei pirati, nota a: Cassazione penale, 29/09/2009, n. 49437, sez. III in *Cass. pen.* 2011, 3, 1102

D'ARRIGO, La responsabilità degli intermediari nella nuova disciplina del commercio elettronico, in *Danno e resp.*, 2004, 249;

DE ANGELIS e MULA, Il service provider e la legittimazione passiva nel procedimento cautelare per violazioni dei diritti d'autore commesse da terzi (Nota a ord. Trib. Milano sez. spec. proprietà industriale ed intellettuale 3 giugno 2006) in *Diritto dell'Internet*, 2006, fasc. 6 pag. 558 – 562

DE CATA, Contraffazione di marchio a mezzo di registrazione di nome a dominio e responsabilità del provider (Nota a Trib. Napoli 18 febbraio 2004) in *Rivista di diritto industriale*, 2005, fasc. 2 pag. 95 – 135

DE CATA, il caso "Peppermint". ulteriori riflessioni anche alla luce del caso "Promusicae" in *Rivista di diritto industriale*, 2008, fasc. 4-5 pag. 404 - 448

DELFINI, La responsabilità dei prestatori intermediari nella direttiva 2000/31/ce e nel d.lg. 70/2003 in *Rivista di diritto privato*, 2004, fasc. 1 pag. 55 - 73

DI CIOMMO, "Internet privacy" e controllo delle e-mail da parte del "service provider" (Nota a Corte Federale d'Appello degli Stati Uniti d'America, primo circuito, 29 giugno 2004 n. 03-1383) in *Il Foro italiano*, 2004, fasc. 9 pag. 449 – 452

DI CIOMMO, Programmi filtro e criteri di imputazione/esonero della responsabilità on line. a proposito della sentenza google/vivi down (Relazione all'incontro "Il futuro della responsabilità sulla rete. Quali regole dopo la sentenza

Google /Vivi Down?", Roma, 21 maggio 2010) in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, fasc. 6 pag. 829 - 857

DI CIOMMO, La responsabilità civile in Internet: prove di governo dell'anarchia tecnocratica, in *Resp. civ.*, 2006, 562

DI CIOMMO, Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile, Esi, Napoli, 2003

DI PAOLA, Sequestro preventivo di sito web e inibitoria del giudice penale dell'attività del provider, (Nota a Cass. sez. III pen. 29 settembre 2009, n. 49437) in *Il Foro italiano*, 2010, fasc. 3 pag. 144 - 148

DI TODARO, Responsabilità del provider per fatto altrui e diritto di satira: un'ordinanza ... sui giusti binari? (Nota a ord. Trib. Milano sez. fer. 7 settembre 2004) in *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, fasc. 3 pag. 2192 - 2208

FACCI, La responsabilità dei providers, in ROSSELLO, FINOCCHIARO, TOSI (a cura di), *Commercio elettronico*, Giappichelli, 2007, 242

FACCI, La responsabilità del provider, in ROSSELLO, FINOCCHIARO, TOSI (a cura di), *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale*, Torino, 2003, 131;

FALLETTI, I vestiti nuovi di ebay: operatore neutrale o intermediario attivo nelle aste su internet? (Nota a United States District Court - Northern District of California 4 marzo 2008 (Stati Uniti d'America - USA); Tribunal de Commerce de Paris 30 giugno 2008 (Francia)) in *Diritto dell'Internet*, 2008, fasc. 6 pag. 570 - 573

FALLETTI, La responsabilità dell'internet provider in diritto comparato per materiale pubblicato da terzi (Nota a Supreme Court of California 20 novembre 2006 (USA) Tribunale de Grande Instance de Paris 19 ottobre 2006) in *Diritto dell'Internet*, 2007, fasc. 2 pag. 137 - 147

FRANCESCHELLI, Sul controllo preventivo del contenuto dei video immessi in rete e i provider: a proposito del caso google/vivi down (Nota a Trib. Milano sez. IV pen. 24 febbraio 2010, n. 1972) in Rivista di diritto industriale, 2010, fasc. 4-5 pag. 347 - 354

GATTEI, Considerazioni sulla responsabilità dell'Internet provider, 23.11.98, <http://www.interlex.com>.

GIOVANELLA, You Tube attracca (per ora) in un porto sicuro. In tema di responsabilità del service provider (Nota a Southern District Court New York (USA) 23 giugno 2010 (Stati Uniti d'America - USA)) in Danno e responsabilità, 2011, fasc. 3 pag. 243 – 253

GHIBELLINI “Isp sempre più responsabili” in http://punto-informatico.it/300491_2/PI/Commenti/isp-sempre-piu-responsabili.aspx

GUIDOBALDI, Youtube e la diffusione di opere protette dal diritto d'autore: ancora sulla responsabilità dei providers tra hoster attivi, conoscenza dell'illecito e obbligo di sorveglianza, (Nota a ord. Trib. Roma 11 febbraio 2010) in Il Diritto dell'informazione e dell'informatica, 2010, fasc. 2 pag. 278 - 293

INNOCENTE, In tema di responsabilità del carrier per gli illeciti telematici, Nota a ord. Trib. Milano sez. spec. proprietà industriale ed intellettuale 3 giugno 2006) in AIDA, 2007, pag. 896 - 898

LOMBARDI, Il lato oscuro dell'avatar e la responsabilità dell'internet provider: second life davanti alla giustizia francese (Nota a Tribunal De Grand Instance de Paris 2 luglio 2007 (Francia)*GS*) in Diritto dell'Internet, 2008, fasc. 1 pag. 42 - 44

LOTIERZO, Il caso google - vivi down quale emblema del difficile rapporto degli internet providers con il codice della privacy (Nota a Trib. Milano 12 aprile 2010, n. 1972) in Cassazione penale, 2010, fasc. 11 pag. 3994 - 4005

MAGGIO, Il diritto di impresa non può prevalere sulla privacy e sulla tutela dei diritti della persona (nota a Trib. Milano sez. IV pen. 24 febbraio 2010, n. 1972) in Rivista di diritto industriale, 2011, fasc. 2 pag. 47 – 79

MANNA, La prima affermazione, a livello giurisprudenziale, della responsabilità penale dell'internet provider: spunti di riflessione tra diritto e tecnica, Nota a Trib. Milano sez. IV pen. 24 febbraio 2010, in Giurisprudenza costituzionale, 2010, fasc. 2 pag. 1856 – 1864

MANNA, I soggetti in posizione di garanzia (Relazione all'incontro "Il futuro della responsabilità sulla Rete - quali regole dopo la sentenza sul caso Google/Vivi Down", Roma, 21 maggio 2010 ; Dir. CE 2003/31) in Il Diritto dell'informazione e dell'informatica, 2010, fasc. 6 pag. 779 - 794

MANTELERO, Link sponsorizzati ed uso del marchio: quale sorte per Google?, in Giur. it., 2010, 211.

MARI, L'unione europea impone di non sacrificare ad occhi chiusi la proprietà intellettuale sull'altare della privacy in Il Diritto di autore, 2008, fasc. 3 pag. 289 – 321

MELZI D'ERIL e VIGEVANI, Nelle motivazioni di condanna della sentenza violazione della privacy per mancato consenso (Nota a Trib. Milano sez. IV pen. 24 febbraio 2010, n. 1972) in Guida al Diritto, 2010, fasc. 25 pag. 20 - 23

MENICHINO, sub art. 14, d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, in CUFFARO, BARENGHI, A. BARBA (a cura di), Commentario del Codice del Consumo, 2008, 1000.

MERLA, Diffusione abusiva di opere in internet e sequestro preventivo del sito web: il caso "the pirate bay" (Nota a Cass. sez. III pen. 23 dicembre 2009, n. 49437) in Il Diritto dell'informazione e dell'informatica, 2010, fasc. 3 pag. 448 - 462

MULA, La responsabilità e gli obblighi degli internet provider per violazione del diritto d'autore (Nota a ord. Trib. Roma sez. spec. proprietà industriale ed intellettuale 14 aprile 2010) in Rivista di diritto industriale, 2010, fasc. 3 pag. 252 - 270

MINOTTI “Responsabilità penale: il provider è tenuto ad “attivarsi”?” in <http://www.interlex.it/regole/minotti8.htm>

NIVARRA, Responsabilità del provider, in Dig. civ., Torino, 2003, 1196;

PAGALLO, Sul principio di responsabilità giuridica in rete in Il Diritto dell'informazione e dell'informatica, 2009, fasc. 4-5 pag. 705 - 734

PALMIERI, Internet, tutela cautelare, responsabilità del gestore di un motore di ricerca e non configurabilità del reato di diffamazione (Nota a ord. Trib. Milano 1 aprile 2011) in Il Foro italiano, 2011, fasc. 6 pag. 1913 – 1914

PASQUINO, Le clausole di esonero da responsabilità nei contratti di fornitura dei servizi telematici in La Responsabilità Civile, 2006, fasc. 10 pag. 774 - 787

PASQUINO, Servizi telematici e criteri di responsabilità, Giuffrè, Milano, 2003;

PERRI, profili informatico-giuridici della diffusione, mediante strumenti telematici, di materiale pedopornografico in Cassazione penale, 2008, fasc. 9 pag. 3466 - 3479

PEZZELLA, Google Italia, diffamazione e riservatezza: il difficile compito del provider (e del giudice) (Nota a Trib. Milano 12 aprile 2010) in Giurisprudenza di merito, 2010, fasc. 9 pag. 2232 - 2261

PIAZZA, La responsabilità civile dell'internet provider in Contratto e impresa, 2004, fasc. 1 pag. 130 - 150

PIERUCCI, La responsabilità del provider per i contenuti illeciti della Rete, in Riv. crit. dir. priv., 2003, 161

PINO, Assenza di un obbligo generale di sorveglianza a carico degli Internet service providers sui contenuti immessi da terzi in rete, in Danno resp., 2004, 834

PONZANELLI, Verso un diritto uniforme per la responsabilità dell'Internet service providers?, in Danno resp., 2002, 8

PUOPOLO e LIGUORI in “La direttiva 2000/31/CE e la responsabilità del provider” in <http://www.interlex.it/ecom/psglaw3.htm>

RICCIO, Solo la neutralità degli internet provider può salvare la rete da un "effetto gelo" in Guida al Diritto, 2008, fasc. 48 pag. 107

RICCIO, in SICA, STANZIONE (a cura di), Professioni e responsabilità civile, Zanichelli, 2006, 749

RICCIO, La responsabilità civile degli Internet providers, Giappichelli, Torino, 2002, 200.

RICCIO, La responsabilità degli Internet providers nel d.lgs. n. 70/2003, in Danno e resp., 2003, 1157;

RICOLFI, Motori di ricerca, link sponsorizzati e diritto dei marchi: il caso google di fronte alla corte di giustizia (Nota a CGCE Grande sezione 23 marzo 2010 (cause riunite da C-236/08 a C-238/08)) in Giurisprudenza italiana, 2010, fasc. 7 pag. 1604 – 1610

RISTUCCIA e TUFARELLI, La natura giuridica di Internet e le responsabilità del provider, in www.interlex.it, 19.06.97

RONCO, Il principio della libertà di internet a confronto con la tutela della salute e della dignità umana in Iustitia, 2010, fasc. 2 pag. 127 - 134

ROSSELLO, Riflessioni de jure contendo in materia di responsabilità del provider (Relazione al Convegno organizzato dall'Università di Roma Tre e dalla Fondazione Calamandrei sul tema: "Il futuro della responsabilità sulla rete. Quali regole dopo la sentenza Google/ViviDown", Roma, 21 maggio 2010) in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, fasc. 4-5 pag. 617 - 629

ROSSELLO, Gli obblighi informativi del prestatore di servizi, in *TOSI* (a cura di), *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*, 60

SALVI, *La responsabilità civile*, Giuffrè, 2005, 7

SAMMARCO, Assegnazione dei nomi a dominio su internet, interferenze con il marchio, domain grabbing e responsabilità del provider, nota a Tribunale Roma 22/03/1999 in *Riv. inf. e informatica*, 2000, 1, 67

SAMMARCO, Illeciti contraffattori: responsabilità del provider, rischio di impresa e ruolo della Registration Authority, Nota a: Tribunale Napoli , 26/02/2002, in *Riv. inf. e informatica* 2002, 6, 1050

SAMMARCO, Il motore di ricerca, nuovo bene della società dell'informazione: funzionamento, responsabilità e tutela della persona, in *Dir. inf.*, 2006, 4

SAMMARCO, Le partite di calcio in tv e la loro ritrasmissione non autorizzata via web, Nota a: Tribunale Milano , 20/03/2010 in *Riv. inf. e informatica*, 2010, 6, 922

SANNA, Il regime di responsabilità dei providers intermediari di servizi della società dell'informazione, in *Resp. civ. e prev.*, 2004, 279

SARACENO, In tema di diritto d'autore e internet, Nota a Trib. Roma sez. IX 16 dicembre 2009 in *Giurisprudenza italiana*, 2010, fasc. 6 pag. 1326 - 1329

SCANO, La responsabilità dell'internet provider in Rivista giuridica sarda, 2004, fasc. 2 pag. 571 - 581

SCROZA, Il conflitto tra copyright e privacy nelle reti peer to peer: in margine al caso peppermint. profili di diritto interno (Nota a ord. Trib. Roma sez. IX civ. 9 febbraio 2007; ord. Trib. Roma sez. IX civ. 14 luglio 2007) in Diritto dell'Internet, 2007, fasc. 5 pag. 465 - 471

SEMINARA, La pirateria su Internet e il diritto penale, in Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia, 1997 fasc. 1-2, 71-114

SEMPI E YIXIAN LI, La nuova legge sulla responsabilità civile in Cina: mettendo ordine nel cassetto dell'illecito extracontrattuale in Rivista di diritto civile, 2010, fasc. 5 pag. 693 - 715

SICA, Le responsabilità civili, in TOSI (a cura di), Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione, Milano, 2003, 267

SPAGNOLETTI, La responsabilità penale del provider tra applicazione della normativa sulla stampa ed esigibilità del controllo sui contenuti di internet (nota a Cass. sez. V 16 luglio 2010, n. 35511) in La Giustizia Penale, 2011, fasc. 5 pag. 262 - 276

STAGLIANÒ, "Diffamazione? I danni li paga il server" in La Repubblica del 31 marzo 2000 in http://www.repubblica.it/online/tecnologie_internet/diffamazione/demon/demon.html

STEA, La diffamazione a mezzo internet in Rivista penale, 2008, fasc. 12 pag. 1247 - 1264

TESCARO, La responsabilità dell'internet provider nel d.lg. n. 70/2003 in La Responsabilità Civile, 2010, fasc. 3 pag. 166 - 177

TOSATO, In tema di responsabilità del provider e di diritto al ritratto, Nota a ord. Trib. Bari 13 giugno 2006, in AIDA, 2007, pag. 904 - 910

TOSI, Le responsabilità civili dei prestatori di servizi della società dell'informazione
in La Responsabilità Civile, 2008, fasc. 3 pag. 197 - 209

TOSI, Prestatori di servizi della società dell'informazione in La Rivista del Consiglio. Ordine degli Avvocati di Milano, 2004, fasc. 1 pag. 85 - 92

TROIANO, L'impresa di content, host ed access providing in AIDA, 2007, pag. 355 – 384

TROIANO, Gli illeciti attraverso Internet: problemi di imputazione e responsabilità, in AIDA, 1998 pt. 1, 399-415

TRUCCO, Pubblicazione d'immagini personali in rete e responsabilità del provider
(Nota a Trib. Bari sez. I 13 giugno 2006) in Diritto dell'Internet, 2006, fasc. 6 pag. 565 - 571

VALENTI, In tema di ordine di ostensione delle informazioni necessarie per l'identificazione del contraffattore, Nota a ord. Trib. Roma sez. spec. proprietà industriale ed intellettuale 1 marzo 2007, in AIDA, 2007, pag. 1039 - 1045

ZARONTELLO, La responsabilità degli ISP in
<http://www.gianluigizarantonello.it/docs/provider.pdf>

ZENO ZENCOVICH, I «prodotti editoriali» elettronici nella legge 7 marzo 2001, n. 62 ed il preteso obbligo di registrazione, in Dir. inf., 2001, 153 ss.