

# Trento Law and Technology Research Group

Student Paper n. 21

La responsabilità dell'Internet  
Service Provider per violazione  
del diritto d'autore: un'analisi  
comparata

ROSSELLA IMPERADORI

lawtech

**ISBN:** 978-88-8443-572-9

COPYRIGHT © 2014 ROSSELLA IMPERADORI

This paper can be downloaded without charge at:

Trento Law and Technology Research Group

Student Papers Series Index:

<http://www.lawtech.jus.unitn.it>

Unitn - eprints:

<http://eprints.biblio.unitn.it/archive/00004377>

Questo paper Copyright © Ottobre 2014 **Rossella Imperadori** è pubblicato con

Creative Commons Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate

3.0 Italia License. Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/>

## KEYWORDS

*Intellectual Property – Tort Law – Copyright Law – Internet Service Provider Liability –  
Comparative Law*

## About the author

Rossella Imperadori (r.imperadori@gmail.com) graduated in Law at the University of Trento under the supervision of Prof. Roberto Caso (October 2014). The opinions expressed in this paper and all possible errors are those of the Author's only.

## LA RESPONSABILITA' DELL'INTERNET SERVICE PROVIDER PER VIOLAZIONE DEL DIRITTO D'AUTORE

### ABSTRACT

La rivoluzione tecnologica che, soprattutto a partire dal nuovo millennio, ha determinato il passaggio dall'era analogica all'era digitale ha fornito alla collettività nuovi strumenti di comunicazione e di diffusione delle opere d'ingegno. Da un lato tali mezzi, offrendo agli utenti la possibilità di creare e condividere facilmente contenuti testuali ed audiovisivi, hanno rivoluzionato il concetto di "creatività" e di "autore"; dall'altro essi, facilitando la riproduzione dell'opera protetta e la circolazione della stessa, hanno profondamente innovato il concetto di copia. Allo stesso tempo, la definitiva consacrazione di internet come strumento globale per il libero scambio di idee ha reso sempre più pressante l'esigenza di definire i profili di responsabilità degli Internet Service Provider (c.d. ISP) in relazione all'illecito commesso dagli utenti della rete. Nonostante gli illeciti attuabili via web siano molteplici, la presente trattazione ha ad oggetto il particolare ambito della responsabilità degli ISP per le violazioni del diritto d'autore. Sotto questo specifico profilo, la scelta del regime di *liability* dei provider pone questioni particolarmente delicate, in quanto rende necessario un bilanciamento tra la libera iniziativa economica degli intermediari del web, le libertà di informazione, manifestazione del pensiero e sviluppo culturale degli utenti e il diritto d'autore che, pur manifestandosi principalmente come un riconoscimento di diritti economici, nasce come incentivo alla produzione creativa di opere d'ingegno.

La presente ricerca procede analizzando gli ordinamenti statunitense, comunitario e nazionale e, prendendo in considerazione tanto il formante legislativo, quanto quello giurisprudenziale, si interroga proprio sul raggiungimento in ognuno di un punto di equilibrio adeguato. Questo studio prende poi in considerazione il Regolamento Agcom in materia di diritto d'autore di recente entrata in vigore, valutandolo sia sotto il profilo della sua legittimità costituzionale, sia sotto quello del bilanciamento di interessi concretamente operato. L'obiettivo della presente ricerca è quello di evidenziare come il modello USA, riferito specificamente alla responsabilità per violazione di copyright, appaia maggiormente bilanciato ed efficiente rispetto ai corrispondenti modelli comunitario e nazionale. Questi ultimi, adottando un approccio orizzontale al sistema delle responsabilità per gli illeciti commessi da terzi mediante il web, propongono una normativa molto meno dettagliata, le cui lacune mettono a rischio il corretto bilanciamento degli interessi. Appare quindi necessario un nuovo intervento del legislatore comunitario il quale, operando un equo bilanciamento tra i diritti coinvolti, si lasci alle spalle l'approccio analogico alla materia del diritto d'autore ed adegui il suo intervento alla realtà dei fatti.

LA RESPONSABILITA' DELL'INTERNET SERVICE PROVIDER PER  
VIOLAZIONE DEL DIRITTO D'AUTORE

ABSTRACT

The digital revolution of the 21st century gave to the community new means of communications that, facilitating the reproduction and the diffusion of copyrighted works, strengthened the claims for the reinforcement of copyright. At the same time, the success of the Internet as the most important mean for the exchange of ideas and contents made it fundamental to determine the model of secondary liability of Internet Service Providers (s.c. ISPs) for infringements committed by their users. Despite of the high number of infringements committable by users, my analysis will focus on the model of secondary liability of ISP for copyright infringement. On the one hand, the fixation of a too strict model of secondary liability would limit the development of the Internet and the circulation of cultural contents; on the other hand, the imposition of a weak one would risk to infringe the legitimate claims of copyright holders. This work analyses the models of secondary liability for copyright infringement proposed in three different legal systems, and evaluates them by referring to their ability to reach an equitable point of balance between the different interests involved (interests of copyright holders, free speech, freedom of information and protection of personal data of internet users and free enterprise of ISPs). My research takes in consideration the United States, the EU and the Italian legal systems and analyses the legal framework as well as the judicial one. The last chapter takes into account the recent AGCOM (The Italian Authority for Communications Guarantees) Regulation for copyright infringement, criticizing its formal elements and the procedure defined from the Authority. This work aims to highlight that the US-model, which is specifically referred to secondary liability for copyright infringement, appears more balanced and efficient than the EU-model and the Italian one. The latters, following a horizontal approach, propose a less defined legislation, whose gaps risk to weaken the balance of the interests involved. This work shows the necessity of a new intervention of the EU-legislator, who must reach the correct balance of interests ad update the legislation to the digital world.

## Indice:

### Introduzione

### Capitolo 1. Alle origini della responsabilità dell'ISP: il modello USA

I. Considerazioni preliminari .....	5
II. Le tre tipologie di responsabilità per violazione di copyright .....	8
II.1 La <i>direct liability</i> .....	10
II.2 La <i>vicarious liability</i> .....	11
II.3 La <i>contributory liability</i> .....	15
III. Il <i>Digital Millennium Copyright Act</i> .....	16
III.1 L' <i>Online Copyright Infringement Liability Limitation Act</i> .....	17
III.1.1 Le condizioni preliminari .....	17
III.1.2 <i>Transitory Digital Network Communications</i> .....	18
III.1.3 <i>System Caching</i> .....	18
III.1.4 <i>Information Residing on Systems or Networks At Direction of Users</i> e <i>Information Location Tools: il notice and take down</i> .....	19
III.1.5 Assenza di un obbligo di monitoraggio.....	21
III.2 Valutazione dei <i>Safe Harbor</i> .....	21
III.2.1 Notification, "actual" e "red flag knowledge".....	22
III.2.1.a "Actual" e "red flag knowledge" nel caso Viacom .....	24
III.2.2 La dottrina della <i>willful blindness</i> .....	28
III.2.3 Le implicazioni per il <i>free speech</i> .....	31
III.2.4 Le implicazioni sulla tutela della privacy.....	33
III.3 Il DMCA ed i sistemi di P2P .....	34
III.3.1 Il caso MGM v. Grokster.....	35
III.3.2 La relazione tra <i>inducement of copyright infringement</i> e <i>safe harbors</i> .....	38
IV. La responsabilità penale degli ISP per violazione del copyright .....	41
V. Le nuove proposte di legge.....	45
VI. Osservazioni conclusive .....	53

### Capitolo 2. La responsabilità dell'ISP nella direttiva e-Commerce 2000/31/CE

I. Considerazioni preliminari .....	56
II. La direttiva e-Commerce 2000/31/CE.....	58
II.1 Elementi critici della disciplina .....	65
II.2 Esempi di recepimento.....	70
III. Le pronunce della Corte di Giustizia.....	74
III.1 Bilanciamento di interessi: tendenze giurisprudenziali.....	74
III.1.1 La sentenza C-275/06, Promusicae c. Telefónica.....	74

III.1.2 L'ordinanza C-557/07, LSG c. Tele2 .....	78
III.2 Pronunce relative ai provvedimenti inibitori .....	79
III.2.1 La sentenza C-324/09, L'Oréal c. eBay .....	80
III.2.2 Le sentenze C-70/10, Scarlet c. Sabam e C-360/10 Sabam c. Netlog.....	82
III.2.3 La sentenza C-314/12, UPC Telekabel c. Constantin Film Verleih.....	85
III.3 La figura dell' <i>host</i> provider attivo nelle pronunce della Corte di Giustizia .....	89
III.3.1 Le sentenze C-236/08, C-237/08 e C-238/08, Google c. Louis Vuitton Malletier .....	90
III.3.2 La sentenza C-324/09, L'Oréal c. eBay .....	92
IV. Osservazioni conclusive .....	96

### Capitolo 3. Il recepimento della direttiva in Italia

I. Considerazioni preliminari: spunti comparativi fra diritto d'autore italiano e copyright statunitense .....	98
II. Responsabilità degli ISP prima del d. lgs 70/2003 .....	101
III. Il d. lgs. 70/2003 .....	110
IV. Individuazione dell'elemento soggettivo e dei criteri di diligenza .....	123
V. La responsabilità penale degli ISP per violazione del diritto d'autore .....	125
VI. Le pronunce delle corti italiane .....	132
VI.1 Tribunale di Roma, 16 dicembre 2009. Il caso RTI c. Youtube .....	132
VI.2 Tribunale di Milano, 20 marzo 2010. Il caso Sky Italia.....	138
VI.3 Tribunale di Roma, il caso "About Elly" .....	142
VI.4 Tribunale di Milano, 7 giugno 2011. Il caso RTI c. Italia On Line .....	148
VI.5 Tribunale di Milano, 9 settembre 2011. Il caso RTI c. Yahoo! Italia s.r.l. ....	151
VI.6 Tribunale di Milano, 25 maggio 2013.....	153
VI.7 Il caso Delta TV c. YouTube .....	155
VI.8 La pronuncia della Cassazione penale sul caso Pirate Bay .....	156
VI.9 Il caso Google c. Vividown.....	160
VII. Osservazioni Conclusive.....	167

### Capitolo 4. Il nuovo regolamento Agcom: punti critici e novità rispetto alle proposte precedenti

I. Le prime proposte di regolamento Agcom.....	169
II. Il Regolamento entra in vigore: la disciplina prevista .....	171
III. Gli instabili fondamenti normativi del Regolamento Agcom .....	173
IV. Profili critici in termini di bilanciamento di interessi.....	182
V. I provvedimenti emanati in forza del regolamento Agcom .....	191
VI. Osservazioni conclusive .....	194

### Conclusioni

## Introduzione

La rivoluzione tecnologica che, soprattutto a partire dal nuovo millennio, ha determinato il passaggio dall'era analogica all'era digitale ha fornito alla collettività nuovi strumenti di comunicazione e di diffusione delle opere d'ingegno. Da un lato tali mezzi, offrendo agli utenti la possibilità di creare e condividere facilmente contenuti testuali ed audiovisivi, hanno rivoluzionato il concetto di "creatività" e di "autore"; dall'altro essi, facilitando la riproduzione dell'opera protetta e la circolazione della stessa, hanno profondamente innovato il concetto di copia. Allo stesso tempo, la definitiva consacrazione di internet come strumento globale per il libero scambio di idee e la manifestazione del pensiero ha reso sempre più pressante l'esigenza di definire i profili di responsabilità degli Internet Service Provider (c.d. ISP) in relazione all'illecito commesso dagli utenti del web: tale questione appare particolarmente delicata, in quanto non coinvolge unicamente la necessità di perseguire le violazioni commesse mediante internet, ma anche l'esigenza di non ostacolare lo sviluppo della rete, di cui gli ISP sono il principale motore.

Nonostante gli illeciti perpetrabili via web siano molteplici, la presente trattazione avrà ad oggetto il particolare ambito della responsabilità degli ISP per le violazioni del diritto d'autore. Sotto questo specifico profilo, la scelta del regime di *liability* degli ISP pone questioni particolarmente delicate, in quanto rende necessario un bilanciamento tra la libera iniziativa economica degli intermediari del web, le libertà di informazione, manifestazione del pensiero e sviluppo culturale degli utenti, la tutela della privacy di questi ultimi e il diritto d'autore che, pur manifestandosi principalmente come un riconoscimento di diritti economici, nasce come incentivo alla produzione creativa di opere d'ingegno.

Le nuove tecnologie, consentendo una facile riproduzione dei contenuti e garantendo un'elevata qualità delle copie digitali, hanno indebolito gli strumenti di protezione del diritto d'autore. La soluzione più immediata per fronteggiare questo problema potrebbe sembrare quella di estendere le categorie tradizionali alla nuova realtà e di irrigidire i profili di responsabilità dei provider; tuttavia, un'opzione di questo tipo rischierebbe di sottovalutare le implicazioni negative in tema di libertà fondamentali degli utenti: l'imposizione ai provider di controlli *ex ante* sui contenuti trasmessi finirebbe per onerarli con costi eccessivi, che non tutti potrebbero sostenere. Ciò rischierebbe di determinare l'uscita dal mercato delle imprese economicamente più deboli e quindi una concentrazione degli imprenditori attivi nel settore, con una conseguente riduzione della circolazione delle opere d'ingegno: una situazione di questo tipo finirebbe poi per avere significativi riflessi sulla libertà di espressione e sullo stesso sviluppo culturale collettivo. Al contrario, un regime di tendenziale irresponsabilità degli ISP non prenderebbe in adeguata considerazione gli interessi, altrettanto bisognosi di tutela, dei titolari dei diritti d'autore. Appare dunque evidente che l'unica via che può essere intrapresa è quella di un bilanciamento tra gli interessi in gioco, che tenga in dovuta



considerazione la necessaria prevalenza delle libertà fondamentali rispetto a quelle economiche. La presente ricerca procederà pertanto ad una valutazione degli ordinamenti statunitense, comunitario e nazionale interrogandosi proprio sul raggiungimento in ciascuno di essi di un punto di equilibrio adeguato.

Il primo capitolo analizzerà il modello USA, che per primo ha preso in considerazione la problematica della responsabilità degli ISP per violazione del diritto d'autore. Si procederà in primo luogo allo studio del "Digital Millennium Copyright Act" (c.d. DMCA), che dà origine al sistema delle esenzioni di responsabilità degli intermediari online, operando una sua valutazione alla luce del peculiare nesso tra la disciplina statunitense sul copyright e il *First Amendment*. Successivamente, si analizzerà come il *case law* abbia contribuito a definire e rimodellare il sistema posto per via legislativa. Il secondo capitolo prenderà invece in considerazione il recepimento del modello statunitense in Europa attraverso la direttiva 2000/31/CE (c.d. "e-Commerce"), per poi analizzare il ruolo assunto dalla Corte di Giustizia nel dirimere le incertezze del dato normativo. Il terzo capitolo avrà ad oggetto l'atto di recepimento della direttiva comunitaria, il d. lgs. 70/2003. Dopo aver preso in considerazione novità e punti deboli del dato normativo, il capitolo procederà con l'analisi dell'interpretazione del sistema di responsabilità delineato nel decreto da parte degli organi giurisdizionali. In conclusione, il quarto capitolo prenderà in considerazione il Regolamento Agcom di recente entrata in vigore, valutandolo sia sotto il profilo della sua legittimità costituzionale, sia sotto quello del bilanciamento di interessi concretamente operato.

Dalla presente trattazione si evincerà come il modello statunitense, pur evidenziando alcune debolezze, si distingue per una maggior efficienza rispetto al sistema nazionale e comunitario. Si concluderà quindi con un invito al legislatore UE ad aggiornare la normativa vigente prendendo ispirazione dal modello USA e cercando altresì di sanarne le debolezze.

## Capitolo 1. Alle origini della direttiva e-Commerce: il modello USA

### I. Considerazioni preliminari

Lo studio della responsabilità degli Internet Service Provider (ISP) per la violazione del diritto d'autore contemplata nel sistema USA non può prescindere da una sua previa contestualizzazione nell'ambito della disciplina del copyright. Solo attraverso una comprensione delle peculiarità di quest'ultimo è infatti possibile cogliere le criticità e l'equilibrio della normativa in questione.

Ripercorrendo la storia del copyright statunitense, va innanzitutto sottolineato come, negli Stati Uniti, l'elaborazione di uno strumento giuridico volto a tutelare gli stampatori sia sorto col recepimento del modello inglese dello *Statute of Anne*<sup>1</sup>. Diversamente da quanto avvenuto nel continente europeo, l'ordinamento statunitense non ha attraversato la stagione dei privilegi concessi dai Sovrani agli stampatori, in cui lo strumento giuridico volto alla protezione degli interessi degli intermediari appariva inscindibilmente connesso a finalità censorie; esso, al contrario, ha visto l'immediata affermazione di una disciplina *ad hoc* volta alla repressione delle attività di stampa abusiva<sup>2</sup>. Quantomeno in una fase iniziale, dunque, gli strumenti di tutela della proprietà intellettuale si sono affermati prescindendo dalla loro interazione con la tutela della libertà di espressione; sarà solo in una fase più recente che il *case law* evidenzierà il conflitto tra il primo emendamento e la normativa sul copyright<sup>3</sup>.

Tuttavia, la principale peculiarità dell'ordinamento statunitense si manifesta con la consacrazione dello stampo utilitaristico del copyright, ereditato dal modello inglese, nella *Section 8* dell'articolo 1 della Carta fondamentale degli Stati Uniti, meglio conosciuta come *IP Clause*:

*“Congress shall have the power (...) to promote the progress of Science and useful arts by securing for limited times to authors & inventors, the exclusive right to their respective writings and discoveries”.*

L'elevazione a livello costituzionale di una disposizione di questo genere rappresenta un esempio unico nella storia. Questa clausola costituzionale, infatti, attribuisce al Congresso il potere di salvaguardare il diritto “esclusivo” degli autori sulle loro opere.

---

<sup>1</sup> Promulgato nel 1710 durante il regno di Anna Stuart, lo *Statute of Anne* è l'atto che segna il passaggio da una forma arcaica di copyright, inteso come privativa concessa agli stampatori direttamente dal sovrano, ad una forma più moderna dello stesso. Con questo *statute* si fonda infatti per la prima volta il diritto esclusivo degli stampatori di pubblicare, ristampare e mettere in commercio libri, per un limitato periodo di tempo e previa iscrizione in un apposito registro. Emblematico è il suo titolo completo “*An Act for the Encouragement of Learning, by vesting the Copies of Printed Books in the Authors or purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned*”, che riconosce espressamente la finalità educativa e culturale del copyright.

<sup>2</sup> U. IZZO, *Alle origini del copyright e del diritto d'autore*, Roma, Carocci, 2010, p. 212.

<sup>3</sup> IZZO, *Alle origini del copyright e del diritto d'autore*, cit., p. 212.

Seppure di tale diritto non siano specificati i caratteri distintivi, la clausola costituzionale sancisce il suo necessario assoggettamento a limiti temporali, così da consentire il progresso di arte e scienza e la circolazione della cultura. I padri fondatori esplicitano quindi in modo chiaro la volontà di connotare finalisticamente il potere attribuito al Congresso, così da imprimere nella legislazione che da essa discenderà un punto di equilibrio tra l'interesse personale di autori ed inventori e l'interesse collettivo alla crescita culturale della nazione. Se, però, da un lato la Costituzione esplicita adeguatamente le finalità che il legislatore dovrà perseguire e una modalità specifica per farlo, essa, come spesso accade nelle clausole costituzionali, non approfondisce quali debbano essere le connotazioni di tali diritti esclusivi<sup>4</sup>.

Il compito di chiarirne l'estensione è stato così delegato al legislatore, il quale, già nel 1790, ha contribuito a delineare la natura del copyright<sup>5</sup>. Tuttavia, la definitiva affermazione della concezione utilitaristica del copyright come mezzo di scambio tra l'autore e la collettività, si è avuta con l'intervento della Corte Suprema nel caso *Wheaton v. Peters* del 1834<sup>6</sup>. In questa occasione, la Corte ha avuto modo di chiarire che il diritto esclusivo di sfruttamento economico derivante dalla riproduzione di un'opera di ingegno trova fondamento unicamente nella legge, e non è invece espressione di un diritto naturale e preesistente<sup>7</sup>. Vengono così rimossi gli ultimi strascichi di una concezione giusnaturalistica e proprietaristica di questo strumento giuridico<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> IZZO, *Alle origini del copyright e del diritto d'autore*, cit., p. 229.

<sup>5</sup> *Copyright Act of 1790*, "An Act for the encouragement of learning, by securing the copies of maps, Charts, And books, to the authors and proprietors of such copies, during the times therein mentioned".

<sup>6</sup> *Wheaton v. Peters*, 33 U.S. 591 (1834). Questo caso riguardava due *reporter* della Corte Suprema, i quali avevano il compito di trascrivere le *opinion* pronunciate nelle varie sentenze. Tali soggetti non erano stipendiati dalla corte, ma venivano retribuiti mediante la messa in commercio delle proprie compilazioni, sulle quali vantavano un diritto di copyright. Secondo il *Copyright Act* vigente a quel tempo, un'opera poteva essere protetta da copyright solo qualora fossero state adempiute alcune procedure formali, quali la registrazione nel pubblico registro e il relativo deposito. Il terzo *reporter* della Corte Suprema Henry Wheaton aveva pubblicato una serie di repertori giurisprudenziali in cui si dava conto con estrema precisione delle *opinion* dei giudici emanate fino a quel momento. Richard Peters, il suo successore, aveva condensato i molti volumi che riportavano l'intera giurisprudenza della corte (tra i quali quelli di Wheaton) in pochi volumi, creando così un'opera più accessibile che aveva sottratto mercato a quella del suo predecessore. Chiamata a pronunciarsi sul caso, la Corte Suprema aveva sancito che, seppure un diritto di esclusiva poteva essere riconosciuto sulle opere in questione, il reporter Wheaton non aveva rispettato le formalità necessarie a darvi origine. La corte si era comunque interrogata sulla possibilità di riconoscere in capo a Wheaton un diritto di esclusiva indipendentemente dall'esperienza di formalità; tuttavia, questa si era espressa per l'inesistenza di un copyright diverso da quello di origine legislativa. Pertanto, solo se le formalità previste dalla legge venivano rispettate era possibile applicare la normativa federale, che conferiva un diritto di esclusiva limitato nel tempo.

<sup>7</sup> IZZO, *Alle origini del copyright e del diritto d'autore*, cit., p. 211.

<sup>8</sup> Tradizionalmente, in dottrina si è soliti operare una netta distinzione tra il diritto d'autore continentale, che presenta una decisa matrice giusnaturalistica e tutela espressamente il diritto morale, e il copyright inglese e statunitense, più concentrato sui diritti economici e con una spiccata impronta utilitaristica. In realtà uno studio più approfondito dimostra come, sin dalle origini, le somiglianze tra i due sistemi abbiano superato le differenze, ed entrambi i modelli costituiscano un compromesso tra queste due filosofie contrastanti. In Francia ad esempio la "*Mémoire en forme de requeste à Mr le garde des sceaux*"

Nel corso della storia, il *case law* statunitense ha avuto modo di evidenziare il potenziale conflitto fra *copyright law* e *freedom of speech*, riconoscendo nel *First Amendment* della Costituzione americana una sorta di limite esterno alla *IP Clause*<sup>9</sup>. Come affermato da Paul Goldstein, infatti, il copyright, pur spogliato della sua funzione censoria dall'emanazione dello *Statute of Anne*, mantiene il suo potenziale contrasto con il *free speech*, rappresentando nei fatti la garanzia di un monopolio sull'espressione<sup>10</sup>. E tale monopolio, manifestandosi di fatto come un controllo sulla circolazione delle opere d'ingegno, rischia di ostacolare la diffusione dei prodotti culturali e la formazione intellettuale collettiva. La base proprietaristica del copyright attribuirebbe dunque ad ognuno il potere di proteggere e controllare le proprie creazioni, le quali, divenendo parte del bagaglio culturale collettivo, devono poter circolare liberamente, così da garantire lo sviluppo di una società libera<sup>11</sup>. Pertanto, se da un lato è possibile individuare un limite intrinseco alla stessa *IP Clause* costituito dalla tensione finalistica verso il progresso culturale, dall'altro è necessario evidenziare come la tutela della proprietà intellettuale sia sottoposta all'ulteriore limitazione del *First Amendment*. In una serie di *leading cases*, poi, le corti statunitensi hanno avuto modo di rimodellare lo strumento del copyright, cercando via via di smussarne i punti di contrasto con la libertà di espressione. Così, ad esempio, la difesa del "fair use" rappresenta un riconoscimento dell'interesse pubblico nell'ambito dell'utilizzo di un'opera protetta<sup>12</sup>,

---

di L. D'Héricourt, 1725, propone un'analogia della *propriété littéraire* con la proprietà fondiaria e ripropone l'idea lockiana secondo la quale il lavoro sul manoscritto legittima l'appropriazione perpetua. Al contrario, i "Fragments sur la liberté de la presse" del marchese di Condorcet, 1776, propongono una visione dei privilegi librari come funzionali alla promozione della cultura e alla circolazione del sapere. La proprietà sulle idee non può dunque assumere i connotati di un diritto, ma solo di una privativa limitata nel tempo, funzionale a ricompensare l'autore ed incentivarlo alla produzione. In Germania J. G. FICHTE, "Dimostrazione dell'illegittimità dell'editoria pirata: un ragionamento e una parabola", 1791 (trad. it. R. POZZO, Milano, 2005), offre un'interpretazione prettamente proprietaristica del diritto d'autore da cui consegue l'inalienabilità della forma espressiva dell'opera. Kant invece, nella sua opera "L'illegittimità della ristampa dei libri", 1785, nella lettura di M. Pievatolo, *Annotazione della curatrice a: L'illegittimità della ristampa dei libri*, Firenze, Firenze University Press, 2011, offre una concezione del diritto d'autore non necessariamente proprietaristica. Per una trattazione dettagliata delle origini dei modelli di copyright e diritto d'autore, vedi IZZO, *Alle origini del copyright e del diritto d'autore*, cit.

<sup>9</sup> "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances".

<sup>10</sup> P. GOLDSTEIN, *Copyright and the First Amendment*, in *Columbia Law Review*, 983 (1970).

<sup>11</sup> L. R. PATTERSON, *Free Speech, Copyright, and Fair Use*, in *Vanderbilt Law Review*, 40 (1987).

<sup>12</sup> Principio tipico dell'ordinamento statunitense in base al quale alcuni utilizzi da parte del pubblico di opere protette da copyright non costituiscono violazioni del diritto d'autore. Questo principio trae origine dalla pronuncia del giudice Story nel caso *Folsom v. Marsh*, Circuit Court, D. Massachusetts, 9 F. Cas. 342; 1841 US e viene poi codificato nel *Copyright Act* nel 1976 al 17 U.S.C. § 107: "Notwithstanding the provisions of sections 17 U.S.C. § 106 and 17 U.S.C. § 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include: 1. the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit

la regola del necessario requisito dell'originalità e la distinzione tra idea ed espressione (c.d. "idea-expression dichotomy")<sup>13</sup> sono giustificate unicamente dall'interesse comune alla liberazione delle idee da ogni restrizione monopolistica<sup>14</sup>.

La rivoluzione digitale e l'avvento delle nuove tecnologie nell'ultimo decennio, innovando il concetto di copia e di creatività, mettono però in discussione l'intero equilibrio sin qui raggiunto. Il legislatore, infatti, al fine di fronteggiare il moltiplicarsi dei rischi per la tutela della proprietà intellettuale rappresentati dai nuovi strumenti tecnologici, tende a rafforzare le prerogative di autori e intermediari, rischiando così di scontrarsi con il limite invalicabile del primo emendamento. Il compito dell'interprete è dunque quello di valutare gli interventi legislativi di volta in volta emanati tenendo ben fermi nella mente i due limiti costituzionali posti all'operato del Congresso: quello interno, rappresentato dalla tensione finalistica verso lo sviluppo di "Science and useful arts", e quello esterno della *freedom of speech*.

## II. Le tre tipologie di responsabilità per violazione di copyright

L'ordinamento statunitense è quello che per primo ha individuato le problematiche conseguenti ai criteri di attribuzione della responsabilità ai provider per l'illecito altrui e che ne ha proposto una soluzione, prima a livello giurisprudenziale e poi sul piano legislativo. Per questo motivo è opportuno prendere le mosse, in questa trattazione, dall'ordinamento statunitense e dal suo "Digital Millennium Copyright Act" (c.d. DMCA), che ha costituito il modello per la direttiva e-Commerce in materia.

Come già anticipato, gli internet service provider occupano una posizione centrale nella complessa architettura di internet: la questione della loro responsabilità per gli illeciti

---

educational purposes; 2. the nature of the copyrighted work; 3. the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and 4. the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work. The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors". La legge indica dunque una clausola generale liberamente interpretabile dal giudice, che funge da valvola di chiusura dell'ordinamento. La prima parte della norma è esemplificativa di una serie di situazioni in cui si garantisce la libertà dall'esclusiva. La seconda parte indica invece una serie di fattori che devono essere valutati ai fini dell'applicabilità del *fair use*. In entrambi i casi l'elencazione non è esaustiva, e può essere liberamente integrata dal giudice. Per un'analisi critica dell'origine della clausola del *fair use*, L. R. Patterson, *Understanding Fair Use*, in *55 Law and Contemporary Problems*, 249 (1992).

<sup>13</sup> Dottrina di origine giurisprudenziale elaborata nel caso *Baker v. Selden*, 101 U.S. 99 (1879) e recepita poi nel *Copyright Act* nel 1982, alla 17 U.S.C. § 102 (b). Questa dottrina esclude dall'oggetto di tutela del copyright le idee espresse in un'opera, limitando l'ambito di protezione unicamente alla forma espressiva originale. Questa dottrina, che rappresenta una delle limitazioni più significative alla espansione incontrollata del copyright, consente la libera circolazione delle idee e quindi la garanzia della *free speech*. Vedi A. C. Yen, *A First Amendment Perspective on the Idea/ Expression Dichotomy and Copyright in a Work's "Total Concept and Feel"*, in *Emory Law Journal* 38, 1989, 393 (1989), pp. 395-396. Sul punto, anche M. Nimmer, *Does Copyright Abridge First Amendment Guarantees of Free Speech and Press?*, in *17 UCLA Law Review*, 1180 (1970); P. Goldstein, *Copyright and the First Amendment*, in *70 Columbia Law Review*, 983 (1970).

<sup>14</sup> GOLDSTEIN, *Copyright and the First Amendment*, cit., p.1056.

commessi da terzi ha una funzione determinante in relazione allo sviluppo del web e al rispetto dei diritti fondamentali che vedono la loro espressione nella rete.

In una prima fase le corti statunitensi hanno affrontato questa problematica facendo riferimento a tre diverse dottrine relative alla violazione del copyright, attribuendo di volta in volta ai provider una *direct liability*, una *contributory liability* o una *vicarious liability*<sup>15</sup>.

A questo grado dell'evoluzione normativa statunitense però, il regime di responsabilità degli intermediari online dipendeva unicamente dall'interpretazione delle corti. A seconda della diversa dottrina seguita di volta in volta da giudici, la condotta dell'ISP poteva essere valutata in modo eccessivamente lassista o eccessivamente severo, così da negare agli internet provider la certezza del diritto necessaria ai fini dell'esercizio dell'attività d'impresa. L'esigenza di un intervento legislativo in materia è così sfociata nell'emanazione del *Digital Millennium Copyright Act* del 1998. Nel tentativo di trovare una soluzione equilibrata al problema, il DMCA si è limitato a prevedere una serie di procedure che costituiscono per l'ISP dei *safe harbors*, ossia degli scudi che lo proteggono dalla responsabilità, mantenendo invariata la normativa sottostante<sup>16</sup>. Il DMCA, quindi, in particolare alla sua § 512 ("Online Copyright Infringement Liability Limitation Act", c.d. OCILLA), offre una procedura attenendosi alla quale è possibile evitare attribuzioni di responsabilità indiretta; se il provider non rispetta tale procedura gli potranno nuovamente essere applicati i criteri tradizionali di attribuzione della responsabilità<sup>17</sup>.

Per questo motivo appare necessario, ai fini di questa trattazione, illustrare le dottrine della *direct*, *vicarious e contributory liability*, unitamente alle relative applicazioni giurisprudenziali principali. Nel corso della trattazione verrà poi analizzata la dottrina dell'*inducement of copyright infringement* elaborata dalla Corte Suprema nel caso *Grokster* e la sua relazione rispetto ai *safe harbor* del DMCA<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> Sul punto P. GOLDSTEIN, *Service Provider Liability for acts committed by users; what you don't know can hurt you*, in *Journal of Computer & Information Law*, 591 (2000); A. C. YEN, *Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability and the First Amendment*, in *Boston College Law School*, 4 (2000); D. L. BURK, *Toward an Epistemology of ISP Secondary Liability*, in *Philosophy & Technology* (2011), disponibile su SSRN: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1920050](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1920050) (consultato il 21/08/2014).

<sup>16</sup> YEN, *Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability and the First Amendment*, cit., p. 5.

<sup>17</sup> Vi è tuttavia chi osserva come le corti abbiano nel tempo sviluppato un'interpretazione dei criteri di attribuzione di responsabilità diretta per violazione del copyright nel contesto online tale per cui in molti casi gli ISP che cercano di qualificarsi per l'applicazione dei *safe harbor* andrebbero comunque esenti da responsabilità. Viceversa, i criteri di attribuzione di *vicarious e contributory liability* sono simili ma non corrispondono esattamente ai requisiti per avvalersi della protezione dell'OCILLA. Pertanto, alcune condotte che, secondo l'interpretazione delle corti, potrebbero comportare responsabilità secondaria del provider, potrebbero comunque non essere giudicate sufficienti per privarlo della difesa dei *safe harbor*. Sul punto, vedi R. A. Reese, *THE RELATIONSHIP BETWEEN THE ISP SAFE HARBORS AND THE ORDINARY RULES OF COPYRIGHT LIABILITY*, in *32 Columbia Journal of Law & the Arts*, 427 (2009).

<sup>18</sup> *Metro-Goldwin-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*, 545 U.S. 913 (2005).

## II.1 La *direct liability*

Una corte potrebbe ritenere un ISP direttamente responsabile, sulla base del disposto del titolo 17 U.S.C. § 501 (a), per la condotta lesiva di un suo abbonato semplicemente per aver fornito a quest'ultimo i servizi online di base<sup>19</sup>.

Questo risultato sembra plausibile in quanto l'ISP, in risposta alle richieste dei suoi utenti, riproduce e distribuisce in automatico materiale protetto da copyright: quando gli abbonati caricano materiale sul web questi danno istruzione al computer dell'ISP di farne una copia e di conservarla. Ogni volta che un utente visualizza la pagina web dell'abbonato, il computer dell'ISP riproduce copie ulteriori del materiale caricato, per poi inviarle sulla rete all'utente che ne ha fatto richiesta<sup>20</sup>. Inoltre, ogni volta che un abbonato scarica informazioni da internet, il suo ISP riceve copie delle stesse, per poi inviarle all'utente<sup>21</sup>. È chiaro, pertanto, che quando la condotta dell'utente avrà ad oggetto contenuti protetti da copyright, l'ISP, per la peculiarità delle attività svolte, potrà essere ritenuto responsabile della lesione dei relativi diritti di esclusiva<sup>22</sup>.

In realtà, *Playboy Enterprises, Inc. v. Frena* è l'unico caso che ha condotto ad un risultato di questo tipo<sup>23</sup>, per poi essere ampiamente superato dalla casistica e dai commentatori successivi<sup>24</sup>.

Il resistente George Frena gestiva un "Bulletin Board Service"<sup>25</sup> in abbonamento che distribuiva copie non autorizzate di fotografie di Playboy protette da copyright. Su pagamento di una tariffa di venticinque dollari al mese, gli abbonati potevano accedere a diverse liste di BBS, che permettevano di visualizzare ed addirittura scaricare sul proprio computer immagini ad alta risoluzione. Come la corte aveva però

---

<sup>19</sup> 17 U.S.C. § 501: (a) Anyone who violates any of the exclusive rights of the copyright owner as provided by sections 106 through 122 or of the author as provided in section [106A \(a\)](#), or who imports copies or phonorecords into the United States in violation of section [602](#), is an infringer of the copyright or right of the author, as the case may be. For purposes of this chapter (other than section [506](#)), any reference to copyright shall be deemed to include the rights conferred by section [106A \(a\)](#). As used in this subsection, the term "anyone" includes any State, any instrumentality of a State, and any officer or employee of a State or instrumentality of a State acting in his or her official capacity. Any State, and any such instrumentality, officer, or employee, shall be subject to the provisions of this title in the same manner and to the same extent as any nongovernmental entity". Così YEN, *Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability and the First Amendment*, cit., p. 8.

<sup>20</sup> YEN, *Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability and the First Amendment*, cit., p. 8.

<sup>21</sup> YEN, *Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability and the First Amendment*, cit., p. 8.

<sup>22</sup> 17 U.S. Code § 106 - Exclusive rights in copyrighted works.

<sup>23</sup> *Playboy Enterprises v. Frena*, 839 F. Supp. 1552 (M.D. Fla. 1993).

<sup>24</sup> YEN, *Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability and the First Amendment*, cit., p. 8.

<sup>25</sup> È un sistema che opera attraverso un *software*, il quale consente agli utenti di connettersi ed accedere al sistema mediante l'utilizzo di un terminale. Una volta effettuato il log-in, l'utente può disporre di numerose funzioni, quali il caricamento ed il download di dati, leggere notiziari e scambiarsi messaggi con altri utenti mediante email, messaggi pubblici o chat private. Sul punto, vedi [http://en.wikipedia.org/wiki/Bulletin\\_board\\_system](http://en.wikipedia.org/wiki/Bulletin_board_system) (consultato il 7/06/2014).

rilevato, centosettanta delle immagini disponibili sul BBS erano protette da copyright di cui la Playboy Enterprises, Inc. era titolare. Il resistente Frena aveva affermato di non aver mai caricato immagini protette da copyright sul BBS da lui gestito e che questa condotta era da attribuirsi piuttosto ai suoi abbonati. George Frena si era poi difeso affermando che, non appena era venuto al corrente della violazione, questi aveva prontamente rimosso il materiale contestato e, a partire da quel momento, aveva monitorato il sistema in modo da prevenire eventuali violazioni ulteriori. Ciononostante, la corte aveva sancito la responsabilità diretta del gestore del BBS per violazione di copyright. Secondo questa interpretazione, la consapevolezza o meno dell'illecito in capo al resistente non rileva ai fini della determinazione della responsabilità: l'intento lesivo non è un elemento essenziale della violazione di copyright, pertanto anche un trasgressore innocente può essere ritenuto responsabile<sup>26</sup>.

Un'interpretazione di questo tipo pecca evidentemente di eccessiva severità. Attribuendo ai service provider un canone di responsabilità sostanzialmente oggettiva, questa decisione appare eccessivamente sbilanciata a favore dei *copyright holders* e inidonea a garantire lo sviluppo del web per mezzo dei provider. Prescindendo infatti dalla valutazione di qualsiasi requisito di colpa, un'interpretazione di questo tipo andrebbe a colpire il meccanismo base di internet che, come visto, si fonda su un sistema di copia e distribuzione delle informazioni.

Per questo motivo le corti chiamate successivamente a pronunciarsi sulla responsabilità degli ISP si sono rifiutate di seguire questo precedente. Nel caso *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services, Inc.*<sup>27</sup>, ad esempio, la corte ha escluso l'applicabilità all'internet provider di una responsabilità diretta, in quanto ad una interpretazione di questo tipo sarebbe conseguito un regime di responsabilità irragionevole<sup>28</sup>. Nello specifico, la corte ha chiarito che le copie di materiale protetto effettuate dall'ISP Netcom erano necessarie ai fini del corretto funzionamento del sistema e che queste erano effettuate automaticamente dal provider senza l'intervento umano. Un regime di *contributory liability*, quindi, sarebbe stato più idoneo a risolvere le problematiche derivanti da questo tipo di attività online<sup>29</sup>.

## II.2 La *vicarious liability*

Rifiutandosi di applicare il regime di responsabilità diretta previsto al titolo 17 U.S.C. § 501 (a) agli ISP nei casi di violazione perpetrata dai loro utenti, alcune corti statunitensi hanno ritenuto opportuno ricorrere alla *vicarious liability*, modello di responsabilità extracontrattuale di creazione giurisprudenziale. Questa trae le sue origini dalla dottrina

---

<sup>26</sup> *Frena*, 839 F. Supp., p. 1559.

<sup>27</sup> *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Servs., Inc.*, 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995).

<sup>28</sup> *Netcom*, 907 F. Supp. 1361, p. 1369.

<sup>29</sup> *Netcom*, 907 F. Supp. 1361, p. 1369.



del *respondeat superior*, secondo la quale il datore di lavoro deve essere considerato responsabile per gli illeciti compiuti dai suoi dipendenti, e viene esplicitata per la prima volta nel *landmark case* Shapiro, Bernstein and Co. v. H.L. Green Co., 316 F.2d 304 (2d Cir.1963). La corte si era trovata a fronteggiare un caso in cui il titolare di una catena di grandi magazzini era stato accusato di violazione di copyright, in quanto uno dei negozianti concessionari vendeva incisioni contraffatte; il *Second Circuit* si era quindi fondato sulla regola del *respondeat superior* per elaborare un principio idoneo a tutelare il copyright contro un soggetto che, pur non avendo direttamente commesso l'illecito, avesse un interesse economico collegato a quello dell'autore della violazione<sup>30</sup>. La corte aveva quindi preso in considerazione due diversi filoni giurisprudenziali rilevanti: il primo, non legato alla materia della proprietà intellettuale, riguardava i proprietari terrieri (*landlord*) che davano in affitto i loro terreni per una somma mensile fissa ed assumeva da responsabilità i primi in relazione alle violazioni perpetrate dai loro affittuari. Tale esenzione si fondava sul fatto che, per quanto i *landlord* potessero riservarsi contrattualmente il diritto di effettuare controlli sulle attività svolte dagli affittuari nelle loro proprietà, non era comunque configurabile in capo ai primi una capacità di supervisione vera e propria. Inoltre i *landlord*, percependo un canone d'affitto mensile prestabilito, non avevano un interesse economico direttamente ricollegabile all'illecito<sup>31</sup>.

Il secondo filone faceva invece riferimento ai casi dei proprietari delle sale da ballo o da concerto (*dance hall proprietors*) nelle quali si esibivano musicisti i quali non avevano ottenuto apposita licenza. Su questa fattispecie si configurava il secondo filone giurisprudenziale, il quale individuava in capo ai *dance hall proprietors* entrambi i requisiti della responsabilità vicaria. Questi soggetti sembravano invero avere la capacità di controllare direttamente i locali in cui si svolgeva l'attività lesiva del copyright e da questa ottenevano diretto beneficio economico per mezzo dei biglietti d'ingresso degli spettatori<sup>32</sup>. La corte aveva ritenuto che il filone interpretativo dei proprietari delle sale da ballo fosse maggiormente attinente al caso in oggetto e, attribuendo al proprietario del negozio la responsabilità per la violazione commessa dal concessionario, aveva sancito che "quando il diritto e l'abilità di supervisionare si uniscono ad un interesse economico diretto derivante dallo sfruttamento del materiale protetto da copyright (...) le finalità della normativa sul copyright possono essere meglio garantite mediante l'imposizione della responsabilità in capo al beneficiario

---

<sup>30</sup> Vedi R. P. MERGES, P. S. MENELL, M. LEMLEY, *Intellectual property in the new technological age*, New York, Aspen, 2003, p. 445; M. LEMLEY, P. S. MENELL, R. P. MERGES, P. SAMUELSON, *Software and internet law*, New York, Aspen, 2003, p. 728; M. F. RADCLIFFE, *Grokster: The new law of third party liability for copyright infringement under United States law*, in *Computer Law & Security Report*, 137 (2006).

<sup>31</sup> YEN, *Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability and the First Amendment*, cit., p. 12.

<sup>32</sup> YEN, *Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability and the First Amendment*, cit., p. 12.

dello sfruttamento"<sup>33</sup>. Il fondamento per l'applicazione di questo tipo di responsabilità ad un soggetto diverso dall'autore dell'illecito è stato quindi individuato, da un lato, nel fatto che il primo avesse il diritto e la capacità di controllare e supervisionare le attività del secondo e, dall'altro, nel fatto che tale soggetto avesse un interesse economico diretto in relazione all'attività illecita. Alla luce di questo doppio test, dunque, la *vicarious liability* potrebbe ricorrere anche in assenza di conoscenza effettiva circa la violazione di copyright.

L'elaborazione di un modello di responsabilità di questo tipo risponde all'esigenza di spostare l'onere del controllo dell'attività altrui su chi si trova nella posizione migliore per farlo e garantisce l'attribuzione della responsabilità economica per le eventuali lesioni al soggetto che da queste trae diretto vantaggio. Ciononostante, lo spettro di applicazione di questa dottrina varia molto a seconda dell'interpretazione offerta ai due requisiti del controllo e del beneficio economico. Per quanto riguarda il primo elemento, le corti si sono divise fra un'interpretazione restrittiva ed una estensiva dello stesso: alcune hanno focalizzato la loro attenzione sull'esistenza di un potere di controllo effettivo. Nel caso *Artists Music Inc. v. Reed Publishing Inc.*, 31 U.S.P.Q. 2d 1623 (S.D.N.Y. 1994) ad esempio, la corte ha escluso che la mera possibilità per l'organizzatore di una fiera commerciale di effettuare controlli dispendiosi sui singoli standisti fosse sufficiente ad imporre responsabilità vicaria. Altre corti invece hanno fatto ricorso ad un criterio più severo, ed hanno riscontrato responsabilità vicaria in casi in cui ricorreva un mero controllo "legale"<sup>34</sup>. In *Gershwin Publ'g Corp. v. Columbia Artists Mgmt., Inc.*, 443 F.2d 1159 (2d Cir. 1971) ad esempio la corte ha fondato la responsabilità vicaria sul mero diritto di supervisione del soggetto. Il caso *Fonovisa Inc. v. Cherry Auction Inc.*, 76 F.3d 259 (Ninth Cir. 1996), inoltre, ha contribuito a determinare la portata di tale responsabilità, ritenendo *vicariously liable* per violazione di copyright l'organizzatore di un mercatino delle pulci in cui si vendevano registrazioni contraffatte, in considerazione del suo diritto contrattuale di bloccare l'accesso al mercato per qualsiasi ragione, di controllare l'accesso ai locali e di promuovere tale mercato mediante messaggi pubblicitari.

Anche l'ulteriore elemento del diretto beneficio economico può essere interpretato in modo più o meno ampio<sup>35</sup>. In *Shapiro*, ad esempio, la corte aveva ritenuto necessario un collegamento molto stretto fra il beneficio economico e l'attività lesiva: nel caso di specie, tale collegamento era stato individuato in un accordo che stabiliva dettagliatamente la percentuale dei profitti del resistente derivanti dall'attività lesiva. Al

---

<sup>33</sup> *Shapiro, Bernstein and Co. v. H.L. Green Co.*, 316 F.2d 304 (2d Cir.1963), p. 307.

<sup>34</sup> C. S. WRIGHT, *Actual Versus Legal Control: Reading Vicarious Liability for Copyright Infringement into the Digital Millennium Copyright Act of 1998*, in 75 *Washington Law Review*, 1005 (2000), come citato da M. F. RADCLIFFE, *Grokster: The new law of third party liability for copyright infringement under United States law*, cit., p. 139.

<sup>35</sup> RADCLIFFE, *Grokster: The new law of third party liability for copyright infringement under United States law*, cit., pp. 139-140.

contrario invece il caso Fonovisa ha attribuito responsabilità vicaria in conseguenza di un mero beneficio economico indiretto, individuato nel fatto che lo scambio di materiali illeciti risultava attrattivo ai fini dell'avvento di nuovi clienti e negli introiti derivanti dal costo dell'accesso, del parcheggio etc.

Nonostante questo modello rappresenti un giusto equilibrio tra esigenze contrastanti, la sua applicazione agli ISP rimane controversa: la peculiarità dei servizi offerti dai service provider non consentirebbe infatti di individuare univocamente i requisiti della *vicarious liability* nell'ambito delle attività da questi svolte.

Quantomeno nella fase antecedente all'emanazione del DMCA, le corti statunitensi si sono mostrate caute nell'attribuire responsabilità vicaria agli ISP. Nella maggior parte dei casi le corti, interpretando restrittivamente le nozioni di "controllo" e "beneficio economico", hanno individuato nei servizi offerti dai provider una condizione paragonabile più a quella dei *landlord* che a quella dei *dance hall proprietors*, e non hanno quindi ritenuto opportuno attribuire agli intermediari di internet la responsabilità per le violazioni di copyright commesse dai loro utenti.

Un esempio di questo tipo di approccio è individuabile nella sentenza *Religious Technology Center (RTC) v. Netcom Communication Services, Inc.*<sup>36</sup>. Questa fattispecie riguardava la violazione di copyright perpetrata dall'ex membro di Scientology Dennis Erlich sul forum online Usenet. Erlich aveva riportato in alcuni post porzioni di opere di L. Ron Hubbard, fondatore di Scientology, di cui RTC deteneva il copyright<sup>37</sup>. Erlich aveva avuto accesso ad internet per mezzo del BBS del resistente Thomas Klemesrud, il quale non era direttamente collegato ad internet ma, a sua volta, accedeva alla rete per mezzo delle strutture di Netcom On-Line Communications, Inc. Ogni volta che Erlich pubblicava un suo commento sulla rete, questi si collegava al computer di Klemesrud, il quale memorizzava il messaggio per poi inviarlo automaticamente al computer di Netcom; quest'ultimo procedeva infine con la sua distribuzione sul web<sup>38</sup>. La questione di diritto verteva quindi sull'imputabilità all'ISP Netcom della condotta lesiva di un utente del BBS ad esso collegato. La corte escludeva l'attribuzione al provider di *direct liability*. Allo stesso modo essa, nel vagliare l'applicabilità della *vicarious liability*, non ritrovava nella condotta dell'ISP i requisiti necessari: pur riconoscendo che Netcom, avendo in precedenza rimosso contenuti e sospeso gli account di alcuni utenti, dimostrava di poter esercitare il controllo sulle attività online, la corte aveva escluso che il provider avesse un "diretto beneficio economico" dall'illecito<sup>39</sup>. In particolare la corte, nella valutazione di questo secondo elemento, aveva rigettato la statuizione dell'attore secondo cui la maggior attrattività di

---

<sup>36</sup> *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Servs., Inc.*, 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995).

<sup>37</sup> *Netcom*, 907 F. Supp. 1361, p. 1365.

<sup>38</sup> YEN, *Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability and the First Amendment*, cit., p. 13.

<sup>39</sup> *Netcom*, 907 F. Supp. 1361, p. 1366.

Netcom nei confronti di chi volesse perpetrare condotte lesive potesse costituire un diretto beneficio economico per l'ISP<sup>40</sup>.

In questo caso, dunque, la corte evitava di dare alla *vicarious liability* un'interpretazione eccessivamente ampia. Nonostante queste interpretazioni favorevoli, non sono da escludere approcci giurisprudenziali futuri che risultino più severi riguardo alla condotta del provider.

### II.3 La *contributory liability*

Il terzo modello di responsabilità che le corti hanno applicato ai casi di violazione indiretta di copyright è costituito dalla *contributory liability*, responsabilità secondaria elaborata dal *Second Circuit* nel 1971 nel *landmark case* *Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Management, Inc.*<sup>41</sup>, in cui la corte ha affermato che “colui che, essendo a conoscenza dell'attività lesiva induce, causa o contribuisce materialmente all'attività lesiva, può essere ritenuto un *contributory infringer*”<sup>42</sup>. Gli elementi essenziali per l'individuazione di questo tipo di responsabilità sono costituiti quindi dal fatto che il soggetto concorra all'illecito altrui e che l'attività lesiva sia a questo nota o conoscibile<sup>43</sup>.

La condotta concorsuale idonea a comportare *contributory liability* si può configurare sia nel caso in cui il soggetto concorrente partecipi attivamente alla condotta dell'agente, sia nel caso in cui questo si limiti a fornire lo strumento per l'attività dannosa. In quest'ultimo caso appare più problematico determinare il livello di conoscenza dell'illecito idoneo a determinare responsabilità: la giurisprudenza opera una distinzione tra “constructive knowledge”, che consiste nella conoscenza o conoscibilità del potenziale utilizzo illecito del mezzo, e “actual knowledge”, che ricorre nel caso in cui un soggetto sia effettivamente a conoscenza dell'illecito cui concorre<sup>44</sup>. In quest'ultimo caso, solo una notifica che contenga la prova incontestabile dell'attività lesiva può comportare l'inconfutabile stato di conoscenza del provider, il quale a questo punto dovrà necessariamente rimuovere il materiale o cessare la fornitura del servizio all'utente. Vi sono però delle situazioni meno chiare in cui l'ISP riceve informazioni che suggeriscono ma non dimostrano definitivamente la sussistenza della violazione di copyright<sup>45</sup>. In questi casi non è facile stabilire se l'ISP abbia raggiunto un livello di

---

<sup>40</sup> *Netcom*, 907 F. Supp. 1361, p. 1377.

<sup>41</sup> *Gershwin Publ'g Corp. v. Columbia Artists Mgmt., Inc.*, 443 F.2d 1159 (2d Cir. 1971). La definizione di *contributory liability* offerta in questa *opinion* è stata considerata come la versione classica della dottrina dal *Ninth Circuit* nel caso *Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc.*, 76 F.3d 259, 264 (9th Cir. 1996).

<sup>42</sup> *Gershwin*, p. 1162.

<sup>43</sup> RADCLIFFE, *Grokster: The new law of third party liability for copyright infringement under United States law*, cit., p. 140.

<sup>44</sup> M. DE CATA, *La responsabilità civile dell'internet service provider*, Milano, Giuffrè, 2010.

<sup>45</sup> YEN, *Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability and the First Amendment*, cit., p. 40.

conoscenza sufficiente a determinare la sua *contributory liability*: una soluzione troppo rigida risulterebbe eccessivamente onerosa nei confronti dei provider, ma al tempo stesso una interpretazione più liberale indurrebbe gli ISP ad ignorare volontariamente le eventuali violazioni<sup>46</sup>.

Ancora una volta una soluzione equilibrata viene dal caso Netcom<sup>47</sup>, in cui la corte ha espressamente sancito che la mancanza di conoscenza di un operatore di BBS possa ritenersi ragionevole nel caso in cui questi non possa verificare la violazione denunciata poiché il titolare del copyright ometta di fornire la documentazione necessaria ad individuare l'illecito. In particolare, la corte aveva specificato che Netcom non avrebbe potuto essere considerato responsabile per *contributory liability* fintantoché RTC non avesse prodotto prove molto convincenti della violazione<sup>48</sup>.

La disciplina della *contributory liability* risulta essere quella più facilmente applicabile al caso degli ISP, in quanto la *direct liability* è stata rigettata dalle corti stesse, mentre la *vicarious liability* appare difficilmente riscontrabile fintantoché gli ISP, al pari dei *landlord*, percepiscano un canone mensile prestabilito per i loro servizi<sup>49</sup>. La sentenza Netcom ha sancito un principio importante in relazione al requisito dell'*actual knowledge*, ma ciò non esclude che eventuali decisioni future possano offrire una diversa lettura di quest'ultimo<sup>50</sup>.

Come si evince dallo scenario qui brevemente illustrato, si era reso assolutamente necessario un intervento legislativo teso a chiarire e rafforzare la disciplina fin qui descritta. È proprio a tale scopo che nel sistema statunitense si introduce il DMCA.

### III. Il *Digital Millennium Copyright Act*

Nel tentativo di trovare una risposta alle questioni sollevate dall'avvento di internet, il Congresso, il 28 ottobre 1998, ha emanato il *Digital Millennium Copyright Act*. Il Titolo I del DMCA, recependo due trattati dell'Organizzazione Mondiale per la Proprietà Intellettuale (OMPI) del 1996<sup>51</sup>, prevede una serie di misure contro l'elusione delle tecnologie a tutela della proprietà intellettuale<sup>52</sup>. Il Titolo II, più rilevante ai fini di questa trattazione, contiene l'*Online Copyright Infringement Liability Limitation Act*

---

<sup>46</sup> YEN, *Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability and the First Amendment*, cit., p. 40.

<sup>47</sup> *Netcom, Inc.*, 907 F. Supp. 1361, cit.

<sup>48</sup> *Netcom, Inc.*, 907 F. Supp. 1361, p. 1374.

<sup>49</sup> YEN, *Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability and the First Amendment*, cit., p. 45.

<sup>50</sup> YEN, *Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability and the First Amendment*, cit., p. 45.

<sup>51</sup> Il "WIPO Copyright Treaty" (WCT) e il "WIPO Performances and Phonograms Treaty" (WPPT), finalizzati entrambi a garantire la protezione dei diritti di proprietà intellettuale e ad adattare gli standard di protezione alle sfide sollevate dalle mutazioni socio-economiche e dalle innovazioni tecnologiche.

<sup>52</sup> 17 U.S.C. § 1201.

(OCILLA), ossia una serie di disposizioni (altresì conosciute come "safe harbors") che consentono una limitazione della responsabilità in capo agli ISP per le violazioni di copyright compiute da terzi<sup>53</sup>. Il DMCA non prevede un nuovo regime di responsabilità per gli ISP, ma fissa una serie di prescrizioni attenendosi alle quali i provider acquisiscono l'immunità dalle responsabilità tradizionalmente previste, in cui potrebbero incorrere in loro assenza.

A seconda delle attività da questi svolte, il DMCA distingue gli ISP in quattro categorie corrispondenti ai primi quattro paragrafi della § 512: (a) "transitory digital network communications", (b) "system caching", (c) "information residing on systems or network at direction of users" e (d) "information location tools".

Va sottolineato fin d'ora che, a differenza di quanto avviene nel contesto europeo, in cui, come si vedrà, il regime di responsabilità dei provider riguarda qualunque genere di attività illecita posta in essere dagli utenti, nel caso del DMCA la disciplina si applica ai soli casi di violazione del copyright.

### III.1 L'Online Copyright Infringement Liability Limitation Act

#### III.1.1 Le condizioni preliminari

Affinché un ISP possa giovare delle limitazioni di responsabilità del Titolo II, questo deve necessariamente rientrare nella definizione di cui alla § 512 (k), che opera una distinzione a seconda del *safe harbor* di riferimento. Come anticipato, la giurisprudenza statunitense ha offerto un'interpretazione molto ampia di questa disposizione, tanto che nel caso *Aimster Copyright Litigation* la corte ha affermato che, alla luce di una definizione così generica, è difficile immaginare un online service provider che ne rimanga escluso<sup>54</sup>.

Ulteriori condizioni preliminari per accedere alla tutela dei *safe harbor* sono previste dalla § 512 (i): innanzitutto è indispensabile che il provider adotti una politica che preveda l'eliminazione degli account degli utenti che abbiano compiuto ripetute violazioni e che ne dia relativa comunicazione ai fruitori<sup>55</sup>. Pronunciate al riguardo, diverse corti hanno ritenuto conformi a questo primo requisito politiche che prevedevano l'eliminazione degli account a seguito di due o tre violazioni, e non hanno invece ritenuto sufficienti quei sistemi che non tenessero adeguatamente registro dei dati e delle condotte degli utenti<sup>56</sup>.

La § 512 (i) prevede inoltre che gli ISP debbano consentire e non interferire con le misure tecniche standard utilizzate dai detentori di copyright per identificare e

---

<sup>53</sup> 17 U.S.C. § 512 (a)-(d).

<sup>54</sup> *In re Aimster Copyright Litig.*, 252 F. Supp. 2d 634, 658 (N.D. III, 2002).

<sup>55</sup> 17 U.S.C. § 512 (i)(1)(A).

<sup>56</sup> J. T. WESTERMEIER, G. GERVAISE DAVIS III, *DMCA Section 512(c) 'Safe Harbor' Requirements, Strategies, and Risks*, in *The Computer & Internet Lawyer*, 10 (2012), p. 15.

proteggere le loro opere<sup>57</sup>. Affinché possano qualificarsi come tali, queste misure devono essere frutto di un'elaborazione comune di ISP e detentori di copyright, non devono essere caratterizzate da termini discriminatori e non devono imporre costi significativi ai provider<sup>58</sup>.

Una volta soddisfatti questi requisiti, gli ISP devono rispondere alle prescrizioni stabilite per la specifica tipologia di servizio offerto.

### III.1.2 *Transitory Digital Network Communications*

Questa prima limitazione di responsabilità, introdotta dalla § 512 (a), riguarda la trasmissione, connessione o stoccaggio di materiale lesivo attraverso i servizi offerti dal provider o la memorizzazione di tali contenuti nel corso della trasmissione; in altre parole, questa ha ad oggetto il meccanismo di circolazione di informazioni che sta alla base del funzionamento della rete.

I provider che forniscono questo tipo di servizio risultano immuni da responsabilità soltanto qualora le seguenti condizioni siano rispettate:

- 1) la trasmissione del materiale sia avviata da un soggetto diverso dal service provider;
- 2) la trasmissione, connessione o stoccaggio siano effettuati mediante un procedimento tecnico automatico, senza alcuna selezione del materiale da parte dell'ISP;
- 3) il service provider non selezioni i destinatari dei contenuti;
- 4) nessuna copia del materiale effettuata dal service provider nel corso di tale stoccaggio intermedio sia conservata nel sistema o sulla rete per un periodo superiore a quello ragionevolmente necessario alla trasmissione o connessione;
- 5) il materiale venga trasmesso senza essere modificato<sup>59</sup>.

Il provider va dunque esente da responsabilità nel caso in cui il servizio reso si ponga in una posizione neutra rispetto al contenuto.

### III.1.3 *System Caching*

Una seconda limitazione riguarda la pratica di *caching*<sup>60</sup>. Affinché questa disposizione sia applicabile è necessario che il materiale sia reso disponibile online da un soggetto diverso dall'ISP, che sia trasmesso sotto la direzione di tale soggetto per mezzo della rete del provider e che sia conservato per mezzo di un procedimento tecnico automatico, in modo tale che gli utenti della rete possano accedervi<sup>61</sup>.

---

<sup>57</sup> § 512 (i)(1)(B) e (i)(2).

<sup>58</sup> § 512 (i)(2) (A)-(C).

<sup>59</sup> § 512 (a)(1)-(5).

<sup>60</sup> *Caching*: consiste nell'immagazzinare il contenuto di un sito web su un server (*client cache o proxy cache*) localizzato in una posizione più vicina all'utente finale, al fine di velocizzarne la navigazione. A differenza del browsing, questa attività comporta la copia durevole dei contenuti su un server e rende altresì impossibile per l'autore del sito originario il controllo sulle copie diffuse (vedi DE CATA, *La responsabilità civile dell'Internet Service Provider*, cit., p. 41).

<sup>61</sup> § 512 (b)(1)(A)-(C).

Le condizioni per cui un provider di questo tipo può andare esente da responsabilità sono le seguenti:

- 1) la conservazione del materiale deve essere effettuata per mezzo di un sistema tecnico automatico, allo scopo di rendere disponibili tali contenuti ai soggetti che ne facciano richiesta;
- 2) il provider deve trasmettere i contenuti senza modificarli;
- 3) il provider deve attenersi alle regole che riguardano l'aggiornamento del materiale, quando richiesto dal soggetto che l'ha reso disponibile online;
- 4) il provider non deve interferire con la tecnologia che consente di rendere determinate informazioni al soggetto che le ha rese disponibili online;
- 5) il provider deve garantire il rispetto delle eventuali condizioni previste dal soggetto che ha reso disponibile il materiale in ordine all'accesso allo stesso;
- 6) a seguito della notifica di una violazione, il provider deve procedere speditamente con la rimozione del materiale lesivo o con la disabilitazione dell'accesso allo stesso<sup>62</sup>.

La *ratio* che sta alla base di tale previsione è quella secondo cui il *caching* provider deve operare come un mero collegamento tecnico tra il sito d'origine e l'utente. I contenuti ospitati dall'ISP non devono pertanto divergere da quelli disponibili sulla pagina web di partenza. A tal fine l'intermediario, per fronteggiare la staticità delle copie effettuate, deve procedere con il loro costante aggiornamento. Anche in questo caso il provider, una volta ricevuta la notifica della violazione, dovrà procedere alla rimozione del materiale contestato secondo le modalità esplicitate nei paragrafi successivi.

#### III.1.4 *Information Residing on Systems or Networks At Direction of Users e Information Location Tools: il notice and take down*

Ulteriori limitazioni di responsabilità riguardano i cosiddetti *hosting* providers ed i motori di ricerca, i quali possono approfittare del *safe harbor* se<sup>63</sup>:

- 1) il provider non ha conoscenza effettiva (c.d. "actual knowledge") del fatto che il materiale sia illecito o di fatti o circostanze da cui l'attività illecita risulti manifesta (c.d. "red flag knowledge") oppure se, una volta avutane conoscenza, agisca speditamente per rimuovere o disabilitare l'accesso a tale materiale;
- 2) nel caso in cui il provider abbia il diritto e la capacità di controllare tale attività, questo non riceva un beneficio economico direttamente attribuibile all'illecito;
- 3) una volta ricevuta la notifica di tale violazione, il provider proceda speditamente alla rimozione o disabilitazione dell'accesso al materiale lesivo.

L'ultimo punto della § 512 (c) introduce il cosiddetto procedimento di *notice and take down*: un provider potrà validamente approfittare del *safe harbor* in questione qualora

---

<sup>62</sup> § 512 (b)(2).

<sup>63</sup> § 512 (c)(1)(A)-(C).



rimuova il materiale lesivo non appena acquisisca *actual knowledge* della violazione, a seguito dell'invio, da parte del *copyright holder*, di una *notification* indirizzata ad un agente appositamente designato<sup>64</sup>.

Affinché la *notification* dell'illecito sia efficace ai fini dello statuto, questa deve consistere in un atto scritto con cui si richiede in via formale la rimozione del contenuto. Questo deve contenere la firma manuale o digitale del notificante, l'indicazione del diritto di cui si lamenta la violazione, l'individuazione del materiale lesivo, unitamente ad informazioni sufficienti all'individuazione dello stesso da parte del provider e l'indirizzo, numero di telefono ed eventuale indirizzo e-mail dell'istante. La notifica deve contenere altresì l'affermazione del notificante di essere convinto in buona fede dell'utilizzo illecito dell'opera tutelata, nonché della legittimazione ad agire di quest'ultimo<sup>65</sup>.

A conferma della necessità di tali elementi, la § 512 (c)(1)(B)(i) chiarisce che, qualora la notifica non ottemperi sostanzialmente ai requisiti indicati, allora questa non rileverà ai fini della determinazione della "effettiva conoscenza" dell'illecito.

Ad ogni modo, una comunicazione rivolta all'agente di cui alla § 512 (c)(2) che, seppur incompleta, non manchi di indicare l'opera di cui si lamenta la violazione, identifichi il materiale lesivo e la sua collocazione e dia informazioni sufficienti a contattare il notificante, fa comunque sorgere nei confronti del provider il dovere di offrire il proprio ragionevole contributo al perfezionamento della notifica. Diversamente, anche una notifica incompleta come questa sarebbe tale da provare l'*actual o apparent knowledge* del provider e dunque di comportare la sua esclusione dalla protezione del *safe harbor*<sup>66</sup>.

Come visto in relazione alla § 512 (c)(1)(C), il provider che riceva una notifica conforme ai requisiti di legge e relativa alla presenza di materiale lesivo sulle sue reti andrà esente da responsabilità in relazione alla violazione stessa qualora questi proceda speditamente alla sua rimozione.

Affinché lo stesso possa risultare immune anche nei confronti del suo utente per la rimozione in buona fede di materiale poi rivelatosi lecito, il provider deve notificare prontamente all'utente l'avvenuta rimozione. A questo punto, quest'ultimo avrà la possibilità di inviare al service provider una *counter notification*, ossia un atto formale scritto con cui dichiara di ritenere che il materiale sia stato rimosso o disabilitato per errore. Per essere efficace a tali fini, la contro-notifica deve includere la firma dell'utente, l'identificazione del materiale rimosso e la sua collocazione, la dichiarazione di ritenere in buona fede che il contenuto sia stato rimosso per errore, il

---

<sup>64</sup> Alla luce della § 512 (c)(2), affinché un *hosting* provider possa validamente ricorrere a tale limitazione di responsabilità, è previsto infatti che questo designi un apposito agente alla ricezione delle notifiche relative alle violazioni di copyright, rendendo disponibili le informazioni necessarie per contattarlo sul suo sito web e presso il *Copyright Office*.

<sup>65</sup> § 512 (c)(3)(A).

<sup>66</sup> § 512 (c)(3)(B)(ii).

proprio recapito e l'accettazione della giurisdizione statunitense per le eventuali controversie future<sup>67</sup>.

Ricevuta la *counter notification*, il provider deve fornirne prontamente una copia al titolare del copyright, avvisandolo contestualmente del fatto che procederà al ripristino del contenuto entro 10 giorni lavorativi. L'ISP a questo punto ripristinerà il materiale rimosso o ne riabiliterà l'accesso entro un periodo di tempo compreso tra i 10 ed i 14 giorni lavorativi, salvo che, entro questo breve lasso di tempo, l'autore della prima *notification* non presenti un'azione legale contro l'utente al fine di ottenere la cessazione del comportamento lesivo<sup>68</sup>.

### III.1.5 Assenza di un obbligo di monitoraggio

L'ultima previsione di rilievo negli OCILLA è costituita dalla § 512 (m)(1)<sup>69</sup>, la quale prevede che lo statuto non possa essere interpretato nel senso di imporre all'ISP un dovere di monitoraggio sui suoi servizi al fine di individuare eventuali attività lesive. Questa prescrizione è particolarmente significativa in quanto, oltre ad attribuire l'onere di ricercare l'illecito al soggetto i cui interessi sono di volta in volta violati, costituisce un criterio di interpretazione dei requisiti di *actual* e *red flag knowledge*<sup>70</sup>. È da evitare infatti l'affermazione di standard applicativi della § 512 (c)(1)(A) che siano tali da costituire un sostanziale dovere di monitoraggio in capo al provider.

### III.2 Valutazione dei *safe harbor*

Sin dal momento della sua entrata in vigore, il Titolo II del DMCA è stato oggetto di pesanti critiche<sup>71</sup>, rivolte non solo al funzionamento dei cosiddetti *safe harbor*, ma anche alla stessa scelta del Congresso di prevedere un meccanismo di esenzione di responsabilità per gli ISP per le violazioni perpetrate dai loro utenti, piuttosto che dirimere le incertezze relative ai criteri di responsabilità tradizionali. Secondo queste voci critiche, l'assenza di chiarimenti circa gli elementi costitutivi di *direct*, *vicarious* e *contributory liability* incentiverebbe gli ISP a ricorrere alla protezione dei *safe harbor*, limitando quindi la possibilità per le corti di pronunciarsi su tali requisiti ed auto-perpetuando il ricorso all'OCILLA.

---

<sup>67</sup> § 512 (g)(3).

<sup>68</sup> § 512 (g)(2).

<sup>69</sup> § 512(m): "Nothing in this section shall be construed to condition the applicability of subsections (a) through (d) on (1) a service provider monitoring its service or affirmatively seeking facts indicating infringing activity, except to the extent consistent with a standard technical measure complying with the provisions of subsection (i); or (2) a service provider gaining access to, removing, or disabling access to material in cases in which such conduct is prohibited by law".

<sup>70</sup> F. FINLAY-HUNT, *Aimster, Grokster, and Viacom's Vision of Knowledge in the New Digital Millennium*, in *Columbia Business Law Review*, 906 (2013), p. 916.

<sup>71</sup> YEN, *Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability and the First Amendment*, cit.

Critiche di questo tipo, però, appaiono eccessivamente severe: la questione della responsabilità indiretta dei provider per la violazione di copyright è di particolare delicatezza, in quanto coinvolge una gamma così ampia di interessi da rendere quasi impossibile la fissazione di un punto di equilibrio tra gli stessi a livello legislativo<sup>72</sup>. Il sistema dei *safe harbor* si pone come una soluzione di compromesso rispetto alle molteplici posizioni contrapposte: per valutarne l'efficacia, è necessario chiedersi se questo sia idoneo a garantire sia l'interesse dei titolari del copyright, sia l'industria di internet, mantenendo il giusto equilibrio tra interessi privati e *freedom of speech*.

### III.2.1 Notification, “actual” e “red flag knowledge”

Al fine di valutare l'effettivo raggiungimento di questo equilibrio è necessario chiedersi se il DMCA sia stato in grado di determinare con chiarezza quali siano le condizioni alle quali sorge la responsabilità dell'ISP per le violazioni di copyright dei suoi utenti. Come visto, il DMCA non ha eliminato le incertezze relative alle tipologie tradizionali di responsabilità per violazione di copyright; ciononostante, esso ha comunque offerto un chiarimento sulle modalità con cui un *copyright holder* può intervenire sull'immunità del provider.

Se in passato qualunque tipo di comunicazione poteva determinare *knowledge* in capo all'ISP e far sorgere quindi *contributory liability*, con il DMCA vengono fissati una volta per tutte i requisiti della notifica a seguito della quale il provider possa ritenersi al corrente dell'illecito. Come la legge stessa conferma, la notificazione che non si attenga alle suddette prescrizioni non potrà costituire prova della conoscenza effettiva della violazione o di fatti o circostanze da cui questa appaia evidente e darà unicamente origine, a determinate condizioni<sup>73</sup>, ad un dovere di collaborazione per il provider<sup>74</sup>.

Se i requisiti affinché la notificazione sia idonea ad attivare il procedimento di *take down* sono chiaramente fissati dallo statuto, meno chiari appaiono invece i requisiti di *actual* e *apparent knowledge* di cui alla § 512 (c)(1)(a)(i) e (ii), che allo stesso modo fanno sorgere il dovere per l'*hosting* provider di rimuovere il materiale illecito<sup>75</sup>.

Innanzitutto è opportuno rilevare come, a proposito della nozione di *actual knowledge*<sup>76</sup>, la dottrina appare discordante. Alcuni commentatori hanno forzato il testo dello *statute* ritenendo che questo tipo di conoscenza possa esservi solo a seguito di una *notification*

---

<sup>72</sup> C. W. WALKER, *Application of the DMCA Safe Harbor Provisions to Search Engines*, in *Virginia Journal of Law & Technology*, 1 (2004).

<sup>73</sup> § 512(c)(3)(B)(i).

<sup>74</sup> § 512(c)(3)(B)(ii): "the service provider promptly attempts to contact the person making the notification or takes other reasonable steps to assist in the receipt of notification that substantially complies with all the provisions of subparagraph".

<sup>75</sup> § 512(c)(1)(A)(iii).

<sup>76</sup> § 512(c)(1)(A)(i).

conforme, ed hanno quindi escluso la possibilità che il provider possa acquisire *actual knowledge* senza l'intervento del *copyright holder*<sup>77</sup>.

Altre voci, invece, hanno dato una lettura della disposizione più conforme al testo della norma, riconoscendo come l'*actual knowledge* possa sorgere in capo al provider sia in conseguenza di una *notification*, sia per altre vie<sup>78</sup>. Questa lettura è confermata dallo stesso Congresso il quale, nella sua relazione al DMCA<sup>79</sup>, chiarisce che un provider che intenda beneficiare della limitazione di responsabilità di cui alla § 512 (c) debba rimuovere il materiale illecito ospitato sia quando questo ne acquisisca *actual knowledge*, sia nel caso in cui i criteri del c.d. "red flag test" siano superati, a prescindere dal fatto che il *copyright holder* abbia inviato apposita notifica.

Un'interpretazione di questo tipo è più attenta alla lettera del testo, che fissa due diverse situazioni in cui l'ISP deve rimuovere i contenuti illeciti<sup>80</sup>, ma è foriera di incertezza in relazione alle circostanze in cui, in assenza di *notification*, possa sorgere *actual knowledge* in capo al provider.

Le corti che si sono finora pronunciate in materia sono intervenute offrendo uno standard molto elevato per la qualificazione dell'*actual knowledge*: nella recente pronuncia relativa al caso UMG Recordings, la corte ha rifiutato di interpretare in senso ampio tale concetto, escludendo dunque che per *actual knowledge* si possa intendere la generica consapevolezza che i servizi del provider potrebbero essere utilizzati per condividere materiale illecito<sup>81</sup>. A parere della corte, solo un'interpretazione restrittiva di tale concetto asseconderebbe la scelta del Congresso di attribuire ai *copyright holders* l'onere di monitorare le eventuali violazioni.

Ancora più controversa appare la nozione di *red flag knowledge*<sup>82</sup>, meglio conosciuto in dottrina come *red flag test*. Anche in relazione a questa fattispecie le corti hanno risolto le ambiguità proponendo uno standard di conoscenza molto elevato. Se però una soluzione di questo tipo appare auspicabile riguardo alla nozione di *actual knowledge*, lo stesso non vale in relazione alle *red flags*: l'interpretazione fortemente restrittiva di queste ultime ha reso praticamente impossibile per i *copyright holders* ottenere l'esclusione degli ISP dalla protezione della § 512 (c) su questa base<sup>83</sup>.

---

<sup>77</sup> L. CHANG, *The Red Flag Test Under DMCA §512(C)*, in 28 *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 195 (2010), p. 201.

<sup>78</sup> YEN, *Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability and the First Amendment*, cit., FINLAY-HUNT, *Aimster, Grokster, and Viacom's Vision of Knowledge in the New Digital Millennium*, cit., 906.

<sup>79</sup> H.R. REP. NO. 105-551(II), pt. 2, 1998, 54.

<sup>80</sup> 512(c)(1)(A)(iii) e 512(c)(1)(C).

<sup>81</sup> *UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners LLC*, No. 09-55902, 2013 WL 1092793 (9th Cir. Mar. 14, 2013).

<sup>82</sup> § 512(c)(1)(A)(ii).

<sup>83</sup> CHANG, *The Red Flag Test Under DMCA §512(C)*, cit., p. 202; DE CATA, *La responsabilità civile dell'Internet Service Provider*, cit., 206.

Uno dei primi casi che ha visto l'affermazione di questo trend è stato *Corbis Corp. v. Amazon.com*<sup>84</sup>, relativo alla vendita di materiale protetto da copyright da parte di venditori indipendenti per mezzo del sito. Una volta venuto a conoscenza della violazione, il *copyright holder* Corbis aveva avviato un'azione legale con la quale aveva lamentato la *direct e vicarious liability* del provider Amazon<sup>85</sup>. Nella sua decisione, la corte ha escluso la responsabilità dell'ISP; questa ha infatti ritenuto che l'applicabilità del *safe harbor* venga meno, sulla base della § 512 (c)(1)(A)(ii), solo ove il provider abbia deliberatamente ignorato elementi evidenti di cui era a conoscenza<sup>86</sup>. Nelle parole della corte, una generica consapevolezza del fatto che uno specifico contenuto possa essere facilmente violato non appare idonea a configurare una "red flag"; a tal fine è piuttosto necessaria la prova dell'effettiva conoscenza di Amazon in ordine alla vendita sul suo sito di specifici oggetti lesivi del copyright di Corbis<sup>87</sup>.

Nel caso *Perfect 10*<sup>88</sup>, l'attore aveva intentato una causa contro i provider CCBill e CWIE per aver offerto i loro servizi ai siti "illegal.net" e "stolencebritypics.com", i quali avevano pubblicato alcune immagini ledendo così il diritto di privacy di Perfect 10. La difesa di quest'ultimo si fondava sull'impossibilità di applicare l'esenzione di responsabilità di cui alla § 512 (c) ai provider, in quanto gli eloquenti nomi dei siti ospitati potevano essere considerati idonei a superare il *red flag test*. La corte ha escluso che tali nomi potessero costituire idonei campanelli d'allarme, in quanto termini come "illegal" o "stolen" non necessariamente indicavano un'attività illecita, ma potevano essere funzionali ad attirare un certo tipo di utenti. Al fine di verificare l'effettivo compimento dell'attività lesiva, il provider avrebbe dovuto compiere un'ulteriore attività d'indagine, contraria alle prescrizioni dello statuto.

La Corte Distrettuale si è pronunciata in ordine al *red flag test* anche nel caso *UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks*<sup>89</sup>. Qui la corte ha rigettato l'asserzione di UMG secondo cui la conoscenza in capo a Veoh della diffusione degli illeciti sul suo sistema fosse tale da rendere inapplicabile il *safe harbor* di cui alla §512 (c). In particolare, la corte ha chiaramente disposto che se una "general awareness" fosse sufficiente a costituire una "red flag", allora il DMCA non sarebbe idoneo a raggiungere il suo obiettivo di favorire lo sviluppo di internet<sup>90</sup>.

### III.2.1.a "Actual" e "red flag knowledge" nel caso Viacom.

Viacom è un conglomerato dei più importanti media americani, tra cui rientrano Mtv,

---

<sup>84</sup> *Corbis Corp. v. Amazon.com, Inc.*, 351 F. Supp. 2d 1090, (W.D. Wash. 2004).

<sup>85</sup> *Corbis Corp.*, 351 F. Supp. 2d 1090, p. 1094.

<sup>86</sup> *Corbis Corp.*, 351 F. Supp. 2d 1090, p. 1108.

<sup>87</sup> *Corbis Corp.*, 351 F. Supp. 2d 1090, 1109.

<sup>88</sup> *Perfect 10, Inc. v. CCBill LLC*, 448 F.3d 1102 (9th Cir. 2007).

<sup>89</sup> *UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks, Inc.*, 665 F. Supp. 2d 1099, (C.D. Cal. 2009).

<sup>90</sup> *UMG*, 665 F. Supp. 2d 1099, p. 1111.

Paramount Pictures e Viva<sup>91</sup>, mentre Youtube è una piattaforma online fondata nel 2005 che consente ai suoi utenti la condivisione e la distribuzione di contenuti in formato video<sup>92</sup>. Attualmente viene calcolato che il sito sia visitato ogni mese da più di un miliardo di utenti, e che ogni minuto vengano caricate su questo più di 100 ore di filmati<sup>93</sup>. Nel momento in cui un utente carica un video su YouTube, si innescano una serie di funzioni automatiche del *software*: il sito effettua una o più copie esatte del file nel suo formato originale e completa il processo di “transcoding” con una copia finale in formato “flash”<sup>94</sup>. Il *transcoding* assicura il fatto che i video di YouTube siano visualizzabili correttamente dalla maggior parte degli utenti<sup>95</sup>. Per la tipologia di attività svolte, Youtube rientra nella nozione di service provider fornita dalla § 512 (k)(1)(B), ed è quindi idoneo a qualificarsi per l’applicazione della § 512 (c)<sup>96</sup>.

Lamentando la presenza di decine di migliaia di video lesivi del copyright di Viacom sul sito Youtube, l’attore aveva fatto causa al provider sostenendo la sua *direct, contributory* e *vicarious liability*. Secondo Viacom, non solo Youtube era generalmente a conoscenza del materiale lesivo collocato sul suo sito, ma ne incentivava la presenza; questo tipo di contenuti, infatti, attraeva ulteriori utenti, il cui utilizzo delle reti andava ad incrementare le entrate del provider derivanti dalla pubblicità.

In sua difesa, Youtube aveva rivendicato la protezione del *safe harbor* del DMCA sulla base dell’assenza di conoscenza della violazione, ma la controparte negava tale possibilità, riscontrando in capo al provider un *actual* o *red flag knowledge* e l’omissione di qualsiasi comportamento per fronteggiare tale situazione.

Appariva incontrovertibile il fatto che tutti i video oggetto della causa fossero stati rimossi dal web, principalmente in conseguenza di notificazioni conformi allo *statute*. La questione critica riguardava quindi l’interpretazione della nozione di *actual* e *red flag knowledge*: era necessario chiarire se, per riscontrare tali requisiti, fosse sufficiente una generica consapevolezza dell’illecito o fosse indispensabile la conoscenza di violazioni specifiche ed individuabili.

La corte si era pronunciata affermando che, ai fini dell’applicabilità della sezione 512 (c), è necessario rilevare in capo al provider una conoscenza specifica, avente ad oggetto un contenuto lesivo particolare ed identificabile. Ritenere sufficiente a questi fini una conoscenza generalizzata della prevalenza dell’attività illecita avrebbe infatti comportato l’imposizione dell’onere di identificare l’illecito in capo al provider, il quale si sarebbe trovato nella posizione di dover verificare l’effettività della violazione. Un onere di questo tipo appariva in contrasto con la stessa struttura del DMCA, che tentava di individuare una disciplina equilibrata attribuendo ai *copyright holders* l’onere di

---

<sup>91</sup> <http://www.viacom.com/about/pages/default.aspx> (consultazione del 1/04/2014).

<sup>92</sup> <https://www.youtube.com/yt/about/it/> (consultazione del 1/04/2014).

<sup>93</sup> <https://www.youtube.com/yt/press/it/> (consultazione del 1/04/2014).

<sup>94</sup> *Viacom Int’l, Inc. v. YouTube, Inc.*, 676 F.3d 19, (2d Cir. 2012).

<sup>95</sup> *Viacom*, 676 F.3d 19 (2d Cir. 2012), p. 28.

<sup>96</sup> *Viacom Int’l, Inc. v. YouTube, Inc.*, 718 F. Supp. 2d 514, (S.D.N.Y. 2010).

identificare i contenuti illeciti sul web<sup>97</sup>. Per avvalorare la sua interpretazione, la corte, oltre a fare riferimento alla § 512 (m)(1) del DMCA, aveva indicato una serie di precedenti, i quali, offrendo una lettura restrittiva della nozione di “conoscenza”, avevano voluto escludere un dovere di monitoraggio in capo ai provider<sup>98</sup>.

Su impugnazione dei soccombenti, la Corte d’Appello del *Second Circuit* ha in parte confermato e in parte riformato la decisione della Corte Distrettuale<sup>99</sup>. In primo luogo, la Corte d’Appello ha confermato l’interpretazione secondo cui i requisiti di *knowledge* di cui alla § 512 (c)(1)(A)(i) e (ii) si riferiscono alla conoscenza di una specifica attività illecita. Il giudice Cabranes ha consolidato l’argomentazione della Corte Distrettuale osservando come lo stesso testo del DMCA supporti una lettura di questo tipo: il dovere di rimuovere speditamente il materiale contestato di cui alla § 512 (c)(1)(A)(iii), ad esempio, può essere assolto unicamente qualora questo sia stato specificamente identificato<sup>100</sup>.

La corte poi, contrariamente a quanto affermato dagli impugnanti, ha riconfermato la necessità di una conoscenza specifica della violazione anche in relazione al *red flag knowledge*. Viacom aveva affermato che una lettura di questo tipo avrebbe determinato la superfluità della disposizione di cui alla § 512 (c)(1)(A)(ii), in quanto essa sarebbe stata soddisfatta solo ove esistesse *actual knowledge*<sup>101</sup>. La Corte d’Appello ha però superato tale contestazione chiarendo come la differenza tra *actual* e *red flag knowledge* non sia costituita dalla specificità o genericità della conoscenza in questione, quanto dal criterio soggettivo o oggettivo utilizzato per la sua valutazione<sup>102</sup>. L’*actual knowledge* sarebbe quindi riscontrabile qualora il provider abbia conoscenza effettiva o “soggettiva” di una specifica violazione, mentre il *red flag knowledge* riguarderebbe piuttosto la conoscenza di fatti dai quali un soggetto ragionevole potrebbe “oggettivamente” dedurre l’evidenza della violazione<sup>103</sup>. Entrambe le previsioni della § 512 (c)(1)(A) svolgono dunque una funzione autonoma, applicandosi così entrambe a casi di violazioni specifici<sup>104</sup>. Per concludere il suo ragionamento, la corte ha indicato come in nessun precedente si sia deciso nel senso di attribuire una minor specificità al requisito del *red flag knowledge*.

Una volta confermato questo indirizzo interpretativo, però, il *Second Circuit* ha annullato la decisione di primo grado di accordare un giudizio sommario a favore di YouTube, in quanto ha ritenuto che le prove addotte da Viacom in ordine alla conoscenza del provider di specifici casi di violazione meritassero un esame più

---

<sup>97</sup> *Viacom*, 718 F. Supp. 2d 514, p. 523.

<sup>98</sup> *Viacom*, 718 F. Supp. 2d 514, p. 524 ss.

<sup>99</sup> *Viacom Int’l, Inc. v. YouTube, Inc.*, 676 F.3d 19, (2d Cir. 2012).

<sup>100</sup> *Viacom*, 676 F.3d 19, p. 30.

<sup>101</sup> *Viacom*, 676 F.3d 19, p. 31.

<sup>102</sup> *Viacom*, 676 F.3d 19, p. 31.

<sup>103</sup> *Viacom*, 676 F.3d 19, p. 31.

<sup>104</sup> *Viacom*, 676 F.3d 19, p. 31.

approfondito<sup>105</sup>. Nelle parole della corte, “una giuria ragionevole potrebbe riscontrare in capo a YouTube la conoscenza o la consapevolezza di specifici casi di violazione sul suo sito”.

Nel giudizio di rinvio, il giudice Stanton ha elaborato una complessa *opinion* con la quale ha difeso la sua decisione precedente. Innanzitutto Viacom, pur riconoscendo di non essere riuscito a fornire prova della conoscenza della specifica violazione in capo a YouTube, aveva comunque affermato l’inapplicabilità del *safe harbor*: costituendo quest’ultimo una difesa, spetterebbe al provider provare ogni elemento utile alla sua applicabilità, compresa la mancanza di conoscenza<sup>106</sup>. Il giudice Stanton ha però rigettato tale argomentazione, osservando che essa trova le sue basi in una concezione anacronistica della responsabilità del provider che non prende in adeguata considerazione il nuovo equilibrio dettato dal DMCA<sup>107</sup>. Con questo *statute*, infatti, il Congresso ha inteso incentivare lo sviluppo dei provider offrendo una protezione per le eventuali violazioni di copyright perpetrate mediante l’utilizzo delle loro reti, ed attribuisce in capo ai *copyright holder* l’onere di notificare eventuali attività illecite<sup>108</sup>. La normativa fissa i contenuti essenziali della notifica e stabilisce che una comunicazione che non rispetti tali prescrizioni non è idonea a determinare la conoscenza in capo al provider<sup>109</sup>. In questo caso, secondo il giudice Stanton, le notifiche inviate da Viacom non rispettano la previsione statutaria per cui il *copyright holder* deve identificare il materiale lesivo in modo sufficiente da consentire all’ISP di localizzarlo<sup>110</sup>. L’onere della prova della conoscenza specifica dell’illecito in capo a YouTube non può quindi essere spostato indiscriminatamente in capo al provider stesso<sup>111</sup>. Anche nella decisione di rinvio, pertanto, è stato deciso per l’esclusione di *actual e red flag knowledge in capo al sito web*.

L’analisi della situazione precedente all’entrata in vigore del DMCA porta l’interprete a salutare le prescrizioni della § 512 relative alla *takedown notice* come un passo verso la certezza in ordine alla responsabilità degli intermediari.

L’elevato standard interpretativo seguito dalle corti nell’applicazione di *actual e apparent knowledge*, inoltre, è stato utile ad estendere la libertà d’azione dei provider e ad escludere l’attribuzione agli ISP di un dovere di monitoraggio sulle attività online. Un onere di questo tipo, oltre a confliggere con il dettato della § 512 (m) del DMCA, sarebbe tale da gravare gli ISP con costi notevoli, che verrebbero poi verosimilmente

---

<sup>105</sup> *Viacom Int’l, Inc. v. YouTube, Inc.*, 676 F.3d 19, 19 (2d Cir. 2012).

<sup>106</sup> *Viacom Int’l, Inc. v. Youtube, Inc.*, 940 F. Supp. 2d 110 (S.D.N.Y., 2013).

<sup>107</sup> *Viacom*, 940 F. Supp. 2d 110, p. 114.

<sup>108</sup> *Viacom*, 940 F. Supp. 2d 110, pp. 114-115.

<sup>109</sup> *Viacom*, 940 F. Supp. 2d 110, p. 115.

<sup>110</sup> *Viacom*, 940 F. Supp. 2d 110, p. 115.

<sup>111</sup> *Viacom*, 940 F. Supp. 2d 110, p. 115.



ripartiti sugli utenti mediante un aumento del costo dell'accesso alla rete<sup>112</sup>. La mancata imposizione di un dovere di questo tipo, affiancata a un elevato standard interpretativo, pare favorire lo sviluppo di internet e il libero accesso al web.

Nonostante questi risvolti positivi, per quanto riguarda nello specifico il *red flag knowledge*, l'interpretazione offerta dalle corti pare così restrittiva da rendere sostanzialmente impossibile l'applicazione della disposizione § 512 (c)(1)(A)(ii). La via interpretativa intrapresa nei casi Perfect 10, UMG Recordings e, sebbene in misura più limitata, nel caso Viacom, tende infatti a frustrare l'obiettivo, voluto dal Congresso, di escludere l'immunità degli ISP anche nei casi in cui manchi *actual knowledge*, ma il provider sia a conoscenza di circostanze da cui emerga con evidenza una violazione<sup>113</sup>.

Come il Congresso stesso suggerisce<sup>114</sup>, uno standard accessibile che consenta alle corti di applicare il *red flag test* potrebbe essere costituito da quelle circostanze da cui l'illecito appaia evidente sulla base di una visualizzazione breve e casuale. Una soluzione di questo tipo consentirebbe di rispettare gli obiettivi statuari, evitando al contempo di caricare gli ISP di oneri eccessivi e rispettando quindi le garanzie per lo sviluppo della rete<sup>115</sup>.

Se, dunque, l'imposizione del requisito di specificità della conoscenza in relazione all'*actual knowledge* è apparsa conforme alla storia legislativa del DMCA e funzionale all'equilibrio da questo proposto, il medesimo standard interpretativo applicato al *red flag knowledge* non consente di perseguire gli obiettivi voluti dal Congresso e necessita pertanto di essere rivisitato.

### III.2.2 La dottrina della *willful blindness*

Sempre con riguardo alla questione della conoscenza dell'illecito in capo al provider, è opportuno dare conto della dottrina di matrice giurisprudenziale della c.d. "willful blindness". Questa dottrina trova la sua origine nel diritto penale e riguarda quelle situazioni in cui un soggetto è a conoscenza dell'elevata probabilità di un fatto (nel nostro caso, della violazione di copyright) ma omette deliberatamente di adoperarsi per venirne ad effettiva conoscenza<sup>116</sup>. Le corti hanno sottolineato il fatto che questa dottrina prende in considerazione circostanze di cui il soggetto era soggettivamente a conoscenza e non quelle che appaiano oggettivamente evidenti ad una persona

---

<sup>112</sup> N. ELKIN-KOREN, *Making Technology Visible: Liability of Internet Service Providers for Peer-to-Peer Traffic*, in *New York University Journal of Legislation & Public Policy*, 15 (2006).

<sup>113</sup> CHANG, *The Red Flag Test Under DMCA §512(C)*, cit., 206; A. HASSANABADI, *Viacom v. YouTube - All Eyes Blind: The Limits of the DMCA in a Web 2.0 World*, in *26 Berkeley Technology Law Journal*, 405 (2011), p. 435.

<sup>114</sup> H.R. REP. NO. 105-551(II), pt. 2, 1998, 53.

<sup>115</sup> CHANG, *The Red Flag Test Under DMCA §512(C)*, cit., p. 220.

<sup>116</sup> FINLAY-HUNT, *Aimster, Grokster, and Viacom's Vision of Knowledge in the New Digital Millennium*, cit., p. 920.

ragionevole nella medesima condizione del soggetto in questione<sup>117</sup>. Inoltre, le corti hanno riconosciuto l'esistenza di *willful blindness* unicamente in presenza di prove specifiche della deliberata omissione di comportamenti finalizzati a conoscere il fatto in questione<sup>118</sup>.

Dalla materia penalistica il concetto di *willful blindness* è stato portato anche nelle controversie in materia di violazione del copyright. In particolare, ancora una volta il caso *Viacom v. Youtube* rappresenta un'importante applicazione della dottrina della *willful blindness* nell'ambito della disciplina del copyright, e nello specifico del DMCA<sup>119</sup>.

Dopo aver vagliato in appello la questione relativa al requisito di *knowledge*, il *Second Circuit* si è pronunciato sulla possibilità di annullare la concessione di un giudizio sommario a favore del provider in considerazione delle prove relative alla sua *willful blindness*. A tal fine, il giudice ha dovuto valutare la relazione tra questa dottrina e il DMCA, partendo dal presupposto che nel sistema anglo-americano un principio di *common law* può essere abrogato da uno *statute* solo ove questo lo disponga espressamente<sup>120</sup>. Il DMCA non parla espressamente di *willful blindness* né lo abroga, ma la previsione della § 512 (m) limita un'interpretazione del *safe harbor* tale da imporre un onere di monitoraggio al provider<sup>121</sup>. Se questa disposizione non abroga in toto la teoria della *willful blindness*, essa pare, quindi, comunque incompatibile con un'interpretazione eccessivamente ampia della dottrina. La *willful blindness*, limitata dalla § 512 (m), appare di conseguenza unicamente applicabile in circostanze appropriate per dimostrare la conoscenza di specifici casi di violazione in relazione al DMCA<sup>122</sup>.

La questione relativa alla applicabilità in concreto di tale dottrina alla circostanza in oggetto è stata dunque rinviata alla Corte Distrettuale, la quale ha poi escluso tale possibilità. Secondo la valutazione del giudice Stanton, i fatti riportati dagli attori al fine di dimostrare la *willful blindness* in capo al provider non forniscono indicazione della specifica collocazione della violazione, ma indicano tutt'al più un'area di ricerca, lasciando poi al provider l'onere di trovare il contenuto lesivo<sup>123</sup>. Tra le prove portate da *Viacom* v'era una comunicazione tra i co-fondatori di YouTube Karim e Hurley, relativa alla presenza di materiale illecito sul sito, ma a Judge Stanton essa non appariva idonea ad identificare lo specifico contenuto e la sua collocazione<sup>124</sup>. La sua

---

<sup>117</sup> FINLAY-HUNT, *Aimster, Grokster, and Viacom's Vision of Knowledge in the New Digital Millennium*, cit., p. 920.

<sup>118</sup> FINLAY-HUNT, *Aimster, Grokster, and Viacom's Vision of Knowledge in the New Digital Millennium*, cit., p. 920.

<sup>119</sup> *Viacom v. YouTube, Inc.*, 676 F.3d 19, cit.

<sup>120</sup> *Viacom*, 676 F.3d 19, p. 35.

<sup>121</sup> *Viacom*, 676 F.3d 19, p. 35.

<sup>122</sup> *Viacom*, 676 F.3d 19, p. 35.

<sup>123</sup> *Viacom Int'l, Inc. v. Youtube, Inc.*, 940 F. Supp. 2d 110 (S.D.N.Y., 2013).

<sup>124</sup> *Viacom*, 940 F. Supp. 2d 110, p. 117.

identificazione renderebbe necessaria l'attivazione del provider in tal senso, finendo così per entrare nuovamente in contrasto con la § 512 (m)<sup>125</sup>.

Come si evince da queste brevi considerazioni, l'applicazione della *willful blindness* nell'ambito di operatività del DMCA appare problematica. La corte, infatti, nel proporre questa dottrina di *common law* come un nuovo standard per l'identificazione del requisito di "conoscenza" in capo al provider, non chiarisce quale sia la modalità di interazione tra essa ed il DMCA, nello specifico in considerazione della sua § 512 (m).

Per valutare l'opportunità della decisione della corte, è necessario chiedersi se questa sia coerente con l'equilibrio di interessi stabilito dallo *statute*. Il DMCA ha inteso contemperare l'interesse dei titolari di copyright con lo sviluppo di internet e ciò ha fatto mediante un sistema che garantisce l'immunità dei provider qualora questi collaborino con i *copyright holders* nel momento in cui vengano a conoscenza della violazione. In questo senso, la normativa statunitense ha evitato di imporre agli intermediari online l'onere di rilevare i contenuti lesivi ed ha lasciato tale possibilità ai *copyright holder*, in quanto questi possono più di tutti identificare la lesione con facilità ed hanno maggiore interesse a farlo.

Nel caso *Viacom* la corte<sup>126</sup>, equiparando la *willful blindness* ai casi in cui il provider abbia *actual* o *red flag knowledge* della violazione, ha di fatto ampliato i casi in cui può venire meno la protezione del *safe harbor*. In ultima analisi, inoltre, lo stesso concetto di *willful blindness* appare difficilmente conciliabile con la § 512 (m) del DMCA, che, come più volte ribadito, esclude un'interpretazione dello *statute* tale da imporre un "duty to monitor" all'ISP. Di fronte ad ogni caso in cui si manifestino segnali di potenziale violazione, invero, il provider dovrebbe attivarsi e accertarne l'effettiva esistenza al fine di assicurarsi la protezione del *safe harbor*. Tali controlli finirebbero per risultare particolarmente onerosi, in quanto l'ISP dovrebbe non solo identificare il contenuto contestato all'interno delle sue reti, ma anche verificare l'esistenza di eventuali licenze e valutare l'applicabilità dell'esenzione del *fair use*.

Così come esplicitato dalla Corte d'Appello, dunque, il requisito della *willful blindness* non appare conciliabile con la struttura del DMCA.

Una brillante soluzione di compromesso è offerta da Fiona Finlay-Hunt<sup>127</sup>, la quale individua nella *willful blindness* una specificazione del concetto di *red flag knowledge*. Secondo questa commentatrice, la corte avrebbe commesso un errore nell'identificare nella sezione 512 (m) la disposizione dello *statute* che più si avvicina al concetto di *willful blindness*, in quanto, nella sua opinione, il *red flag knowledge* rappresenterebbe un compromesso legislativo volto proprio a risolvere il medesimo problema posto dalla

---

<sup>125</sup> *Viacom*, 940 F. Supp. 2d 110, p. 117.

<sup>126</sup> *Viacom v. YouTube, Inc.*, 676 F.3d 19 cit.

<sup>127</sup> FINLAY-HUNT, *Aimster, Grokster, and Viacom's Vision of Knowledge in the New Digital Millennium*, cit., 938.

dottrina di *common law* in esame<sup>128</sup>.

### III.2.3 Le implicazioni per il *free speech*

Una pesante critica che viene mossa al sistema dei *safe harbor* introdotto con il DMCA è quella secondo cui questo incentiverebbe gli ISP ad una rimozione indiscriminata del materiale online, con notevoli implicazioni per la libertà di espressione.

Una volta ricevuta una notificazione dell'illecito, il provider può decidere di rimuovere tempestivamente il contenuto contestato, qualificandosi per l'applicazione del *safe harbor*, o rifiutarsi di farlo, andando così incontro a piena responsabilità. Ovviamente, il provider, soggetto privato con interessi economici, sarà indirizzato verso la decisione che più di tutte gli consenta di assecondare tale interesse<sup>129</sup>: al fine di abbattere il rischio di eventuali risarcimenti, l'ISP sarà maggiormente incentivato a collaborare con il *copyright holder* rimuovendo il materiale contestato, a prescindere dall'accertamento della sua effettiva illiceità. Così facendo il provider assume le vesti di un "censore privato"<sup>130</sup>, inidoneo dunque a farsi garante del *free speech*.

Il DMCA però non lascia gli autori dei contenuti sforniti di strumenti per far valere i propri interessi. Innanzitutto, questi hanno la possibilità, una volta avuto notizia della rimozione, di inviare una contro-notifica al *copyright holder* con cui rivendicare la legittimità del proprio agire. A questo punto starà al primo notificante decidere se tacere, consentendo quindi un ripristino del materiale in questione, o adire il giudice per la risoluzione della controversia.

Ad un primo sguardo una struttura di questo tipo appare equilibrata: la questione finisce con l'essere decisa da un organo giurisdizionale, che gode di un'indipendenza tale da poter ponderare in modo equilibrato gli interessi delle parti con la tutela del *free speech*. Un'analisi più approfondita però evidenzia come gli utenti siano difficilmente in grado di sostenere i costi di un'azione legale<sup>131</sup>. Di conseguenza, spesso gli utenti desistono dall'effettuare una *counter-notification* per far valere la legittimità del proprio agire<sup>132</sup>. Specularmente i *copyright holder*, che tradizionalmente godono di una situazione economica più solida, saranno più inclini a perseverare nella loro posizione al fine di ottenere un risarcimento<sup>133</sup>.

La procedura della contro-notifica pare insufficiente dal punto di vista del Primo

---

<sup>128</sup> FINLAY-HUNT, *Aimster, Grokster, and Viacom's Vision of Knowledge in the New Digital Millennium*, cit., 957.

<sup>129</sup> WALKER, *Application of the DMCA Safe Harbor Provisions to Search Engines*, cit., 15. Sul punto, anche ELKIN-KOREN, *Making Technology Visible: Liability of Internet Service Providers for Peer-to-Peer Traffic*, cit., p. 35.

<sup>130</sup> WALKER, *Application of the DMCA Safe Harbor Provisions to Search Engines*, cit., 15.

<sup>131</sup> DE CATA, *La responsabilità civile dell'Internet Service Provider*, cit., p. 128.

<sup>132</sup> DE CATA, *La responsabilità civile dell'Internet Service Provider*, cit., p. 128.

<sup>133</sup> DE CATA, *La responsabilità civile dell'Internet Service Provider*, cit., p. 128.

Emendamento anche sotto un altro aspetto<sup>134</sup>: una volta che l'utente invia una contro-notifica e il *copyright holder* decide di adire il giudice, il provider deve mantenere disabilitato l'accesso ai contenuti rimossi. Come è stato da più voci affermato<sup>135</sup>, una soluzione di questo tipo è equivalente a garantire al *copyright holder* un'ingiunzione preliminare, che lede i diritti dell'utente senza offrire le garanzie del procedimento davanti alla corte.

Il sistema di *notice and take down*, comunque, non costituisce l'unico strumento per limitare il rischio di abusi da parte dei *copyright holder*. La § 512 (f) prevede infatti una forma di responsabilità per il soggetto che consapevolmente invii notifiche di illecito prive di fondamento<sup>136</sup>, cercando così di scoraggiare le pratiche abusive dei detentori dei diritti di copyright. In particolare, tale disposizione prevede che il soggetto che volontariamente rappresenti in modo scorretto l'attività lesiva, sia considerato responsabile per i danni subiti dal millantato autore della violazione, dal titolare del copyright e dal provider il quale, facendo riferimento alla notifica temeraria, abbia rimosso il materiale o disabilitato l'accesso ad esso.

Ad oggi le corti statunitensi non hanno ancora definito uno standard comune in ordine all'applicazione di questa disposizione. Ciò nonostante, il parametro più diffuso negli ultimi anni è quello esplicitato nella sentenza *Rossi v. Motion Picture Ass'n of Am., Inc.*<sup>137</sup>, in cui la corte ha sancito, ai fini dell'applicabilità della § 512 (f), la necessità di provare l'effettiva conoscenza del *copyright holder* in ordine alla "misrepresentation". Un soggetto non potrebbe dunque essere ritenuto responsabile per un errore inconsapevole, anche qualora questi abbia agito irragionevolmente<sup>138</sup>. Interpretando estensivamente il concetto di buona fede, quindi, la corte ha reso più difficile l'effettiva attribuzione di responsabilità in capo ai titolari di copyright che abusino dei loro poteri. Per comprendere quanto le critiche di cui si è dato conto siano penetranti e significative è necessario ripetere come, negli Stati Uniti, la disciplina del copyright sia stata costruita come un'eccezione al *First Amendment*, e che entrambe le disposizioni siano finalizzate allo sviluppo della cultura e della conoscenza. Il Primo Emendamento della

---

<sup>134</sup> YEN, *Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability and the First Amendment*, cit., 53; WALKER, *Application of the DMCA Safe Harbor Provisions to Search Engines*, cit., 16.

<sup>135</sup> WALKER, *Application of the DMCA Safe Harbor Provisions to Search Engines*, cit., 16.

<sup>136</sup> § 512(f): Misrepresentations.— "Any person who knowingly materially misrepresents under this section (1) that material or activity is infringing, or (2) that material or activity was removed or disabled by mistake or misidentification, shall be liable for any damages, including costs and attorneys' fees, incurred by the alleged infringer, by any copyright owner or copyright owner's authorized licensee, or by a service provider, who is injured by such misrepresentation, as the result of the service provider relying upon such misrepresentation in removing or disabling access to the material or activity claimed to be infringing, or in replacing the removed material or ceasing to disable access to it".

<sup>137</sup> *Rossi v. Motion Picture Ass'n of America, Inc.*, 391 F.3d 1000, 1007 (9th Cir 2004).

<sup>138</sup> R. FICHTNER e T. STRADER, *Automated Takedown Notices and Their Potential to Generate Liability under Section 512(f) of the Digital Millennium Copyright Act*, in *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 55 (2010).

Costituzione americana<sup>139</sup>, garantendo la libertà di espressione, mira alla promozione del progresso e allo sviluppo della società<sup>140</sup>. Allo stesso modo, la *Copyright Clause* attribuisce agli autori un incentivo economico al fine di garantire la crescita culturale collettiva<sup>141</sup>. Per ottenere tale scopo, la disciplina del copyright è completata dalla *idea-expression dichotomy* e dalla clausola del *fair use*, che, limitando il diritto di esclusiva e garantendo il libero accesso all'informazione, sono alla base del *free speech*<sup>142</sup>. La tutela del copyright e, dunque, dell'interesse economico del singolo, deve quindi essere bilanciata con l'interesse collettivo alla conoscenza ed alla libera circolazione delle idee, ed è evidente a parere di chi scrive che, in caso di contrasto, saranno queste ultime a dover prevalere.

L'analisi della natura del copyright porta così ad affermare che la struttura del *safe harbor* di cui alla sezione 512 (c), ed in particolare della relativa procedura di *notice and take down*, non opera un bilanciamento ottimale tra interessi individuali e collettivi. Se, infatti, la stessa impostazione della disciplina induce gli ISP a collaborare nella stragrande maggioranza dei casi con i *copyright holder*, i contrappesi proposti dal legislatore non sono sufficienti ad eliminare i rischi per la libertà di espressione.

#### III.2.4 Le implicazioni sulla tutela della privacy

Gli OCILLA danno voce a critiche anche sotto l'aspetto della tutela della *privacy*. La § 512 (h) autorizza i titolari di copyright a richiedere alle Corti Distrettuali l'emanazione di un *subpoena* nei confronti degli ISP<sup>143</sup>, affinché quest'ultimo identifichi gli utenti che si ritiene abbiano commesso l'illecito. La fattispecie prevede i contenuti necessari della richiesta e dispone che, dopo averla ricevuta, il provider deve comunicare al soggetto leso le informazioni necessarie al fine di identificare l'autore dell'illecito. Tale rimedio appare sbilanciato a favore dei *copyright holder*, dando luogo ad un'eccessiva ingerenza nei confronti della *privacy* degli utenti<sup>144</sup>.

Nel caso Verizon<sup>145</sup>, la *District Court of Columbia Circuit* si è pronunciata in appello riducendo la portata di questa disposizione: rilevando che i requisiti previsti per la

---

<sup>139</sup> Amendment I: "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances".

<sup>140</sup> T.K. HERRINGTON, *The Interdependency of Fair Use and the First Amendment*, in *Computers and Composition*, 138 (1998).

<sup>141</sup> Article I, Section 8, Clause 8 U.S.C., "The Congress shall have the power to promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings".

<sup>142</sup> HERRINGTON, *The Interdependency of Fair Use and the First Amendment*, cit., 130.

<sup>143</sup> Nel diritto anglosassone, per *subpoena* si intende il potere della pubblica autorità di costringere un soggetto a testimoniare o a presentare informazioni che potrebbero essere rilevanti al fine di supportare i fatti oggetto del caso di specie. <http://litigation.findlaw.com/going-to-court/what-is-a-subpoena.html> (visualizzato il 8/06/2014).

<sup>144</sup> DE CATA, *La responsabilità civile dell'Internet Service Provider*, cit., p. 127.

<sup>145</sup> *Recording Industry Ass'n of America v. Verizon Internet Servs., Inc.*, 351 F.3d 1229 (D.D.C. 2003).

*subpoena* sono riferiti alla sezione 512 (c), la corte ha limitato l'applicabilità di tale rimedio unicamente agli intermediari che offrono servizi di *hosting*<sup>146</sup>.

Nonostante questa restrizione interpretativa, rimane aperta la possibilità per i *copyright holders* di ottenere un *subpoena* nei confronti degli *hosting* provider, con conseguenze significative anche in punto di libertà di espressione.

### III.3 Il DMCA ed i sistemi di P2P

L'equilibrio di interessi stabilito dal *Digital Millennium Copyright Act* è stato rapidamente messo in discussione dall'evoluzione tecnologica: gli ultimi anni hanno infatti visto il sorgere di nuovi modelli di provider online che, per la peculiarità dei servizi offerti, faticano a rientrare nella nozione di ISP fornita dal DMCA.

Tra questi in particolare rientrano i sistemi *peer-to-peer*: la prima generazione di questo tipo di sistemi, che vedeva il suo principale esponente in Napster, necessitava ancora di un sistema centrale che elencava tutti i file disponibili per il *download*<sup>147</sup>. La seconda generazione è invece quella di Grokster: questi nuovi sistemi non necessitano più di un sistema centrale, in quanto indirizzano le richieste dei singoli fruitori in ordine ad un file specifico su una rete di utenti, fino a quando la richiesta non viene identificata e il cliente può accedere direttamente al file<sup>148</sup>. I sistemi *peer-to-peer* utilizzano la rete in modo più efficiente rispetto ai tradizionali sistemi *client/server*: mentre in questi ultimi un numero crescente di fruitori rallenta la velocità del traffico, nei sistemi *peer-to-peer* gli utenti utilizzano il servizio, ma al contempo forniscono risorse<sup>149</sup>. Il ruolo degli ISP in relazione a tali strutture è generalmente quello di facilitarne il funzionamento mettendo a disposizione reti per lo scambio di file tra utenti.

Se da un lato il P2P rappresenta un'importante conquista per lo sviluppo di internet, dall'altro esso costituisce anche una nuova sfida per i *copyright holders*, in quanto lo scambio decentralizzato di *file* rende più difficile ed onerosa l'individuazione dell'illecito.

È dunque necessario chiedersi quali siano i criteri di responsabilità applicabili ai provider di sistemi P2P in relazione alle violazioni di copyright perpetrate dagli utenti.

In questo contesto vale la pena richiamare due casi sollecitati dalla Recording Industry Association of America (RIAA) in cui le corti hanno escluso l'applicabilità dell'OCILLA agli ISP che forniscono servizi P2P. Nei casi Verizon<sup>150</sup> e Charter<sup>151</sup>, infatti, la corte ha respinto la richiesta di *subpoena* ai sensi della § 512 (h) avanzata

---

<sup>146</sup> *Verizon*, 351 F.3d 1229, p. 1236.

<sup>147</sup> ELKIN-KOREN, *Making Technology Visible: Liability of Internet Service Providers for Peer-to-Peer Traffic*, cit., p. 21.

<sup>148</sup> ELKIN-KOREN, *Making Technology Visible: Liability of Internet Service Providers for Peer-to-Peer Traffic*, cit., p. 21.

<sup>149</sup> ELKIN-KOREN, *Making Technology Visible: Liability of Internet Service Providers for Peer-to-Peer Traffic*, cit., p. 22.

<sup>150</sup> *Verizon*, 351 F.3d 1229, cit..

<sup>151</sup> *In re Charter Commc'ns, Inc.*, 393 F.3d 771 (8th Cir. 2005).

dalla RIAA e diretta agli online provider determinando così l'inapplicabilità del DMCA a questo tipo di sistemi. Più precisamente, la corte ha escluso l'applicabilità della *subpoena* ad un ISP che svolga funzioni di *mere conduit* per lo scambio di file P2P, in considerazione del fatto che in questo caso il materiale lesivo è collocato sul computer del singolo utente, e risulterebbe quindi impossibile per l'ISP procedere alla sua rimozione. Di conseguenza, la richiesta di *subpoena* non può rispettare il requisito previsto dalla § 512 (h)(2)(A) che, rinviando alla § 512 (c)(3)(A), prescrive tra i suoi contenuti fondamentali l'identificazione del materiale da rimuovere<sup>152</sup>.

La § 512 (h), dunque, non consentirebbe ad un *copyright owner* di richiedere una *subpoena* nei confronti di un ISP che svolga unicamente la funzione di *mere conduit* per il trasferimento di file tra due utenti: secondo le corti, il testo e la struttura del DMCA richiederebbero quale presupposto necessario di una richiesta di *subpoena* che il provider in questione sia in grado di localizzare e rimuovere il materiale contestato<sup>153</sup>.

Nel caso Verizon, inoltre, la corte si spinge oltre e rileva come, al tempo dell'emanazione del DMCA, i *software* P2P fossero ancora ben lontani dall'essere ideati e che i dettami dello statuto non siano sufficientemente ampi da risultare estensibili a queste nuove tecnologie<sup>154</sup>. La corte, riconoscendo come i sistemi P2P costituiscano una nuova sfida per i *copyright holders*, conclude osservando che le istanze per la determinazione di un nuovo equilibrio tra interessi contrastanti debba essere indirizzato al Congresso, che da solo ha l'autorità e l'abilità di affrontare la questione.

### III.3.1 Il caso MGM v. Grokster

Una volta preso atto di questo scetticismo nell'applicazione dei *safe harbor*, è opportuno interrogarsi sul modello di *secondary liability* riferibile ai sistemi P2P. A tal fine, risulta interessante l'analisi della pronuncia della Corte Suprema nel caso Grokster<sup>155</sup>.

La questione era sorta quando Metro-Goldwyn-Mayer aveva lamentato la violazione dei suoi diritti di copyright da parte del provider Grokster, il quale forniva un *software* libero volto allo scambio di file mediante reti *peer-to-peer*. Nonostante questo *software* potesse essere utilizzato per scambiare qualsiasi tipo di contenuto, gli utenti vi ricorrevano principalmente per condividere file musicali e video in violazione di copyright. Per questo, MGM aveva intentato un'azione legale contro Grokster, asserendo che questo avesse consapevolmente fornito il suo *software* al fine di consentire agli utenti il compimento di azioni lesive.

La Corte Distrettuale e la Corte d'Appello avevano valutato la questione prendendo in considerazione la sentenza della Corte Suprema Sony Corp. of America v. Universal

---

<sup>152</sup> Verizon, 351 F.3d 1229, pp. 1235-1236.

<sup>153</sup> In re Charter Commc'ns, Inc., 393 F.3d 771, pp. 776-777.

<sup>154</sup> Verizon, 351 F.3d 1229, p. 1238.

<sup>155</sup> Metro-Goldwin-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd., 545 U.S. 913, (2005).



City Studios, Inc.<sup>156</sup>, la quale aveva affermato che la mera distribuzione di un prodotto suscettibile di sostanziali usi leciti non potesse dare luogo a *contributory liability* fintantoché il soggetto fornitore non avesse conoscenza effettiva della violazione e avesse omesso di reagire. Le corti, riconoscendo l'assenza di una conoscenza effettiva dell'illecito in capo al resistente e l'utilizzabilità del *software* lanciato da Grokster anche a fini leciti, avevano dunque escluso la responsabilità del provider<sup>157</sup>.

In particolare, sia la *District Court* che il *Ninth Circuit*, pur riconoscendo l'esistenza di sostanziali utilizzi leciti del *software* distribuito da Grokster<sup>158</sup>, avevano focalizzato la loro attenzione sui due elementi essenziali della *contributory liability*. Rispetto all'elemento della conoscenza dell'illecito, le numerose notifiche provenienti dai titolari dei diritti di copyright ed aventi ad oggetto specifici atti di violazione non erano state considerate rilevanti, in quanto queste non avevano consentito al resistente di acquisire *actual knowledge* della violazione in una circostanza in cui questi aveva la possibilità di contribuire materialmente ad essa<sup>159</sup>. Rispetto invece all'elemento del contributo materiale all'illecito, le corti di primo e secondo grado avevano evidenziato una netta distinzione rispetto al precedente *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*<sup>160</sup>, in quanto, a

---

<sup>156</sup> *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984) Alla corte era stato richiesto di valutare se Sony fosse responsabile per violazione di copyright sia in via diretta, sia in via secondaria, secondo la dottrina della *contributory* e della *vicarious liability*, in quanto questa aveva fornito ai suoi clienti lo strumento per violare il copyright degli attori. Sony aveva infatti introdotto sul mercato il videoregistratore Betamax VTR, la cui particolarità era costituita dalla dotazione di un sistema di sintonizzazione incorporato che consentiva ai privati di registrare programmi televisivi, inclusi quelli di cui gli attori erano titolari. La Corte Suprema, pronunciatisi in proposito, aveva sancito che, al fine di escludere l'esistenza di *contributory liability*, sarebbe stato sufficiente dimostrare il fatto che il prodotto fosse suscettibile di utilizzi non lesivi sostanziali e commercialmente significativi, anche nel caso in cui ricorressero effettivamente gli elementi della conoscenza e della partecipazione all'illecito (par. 442).

Nel caso di specie, la corte non aveva ritenuto necessario definire la portata del requisito dell'uso commercialmente significativo, in quanto lo standard richiesto era già pienamente soddisfatto da un uso potenzialmente lecito del Betamax: il *time-shifting* domestico a fini non commerciali (par. 442). In questa sua pronuncia, la Corte Suprema ha cercato di delineare un equilibrio tra la protezione effettiva del copyright ed esigenze ulteriori, quali il diritto dei consumatori ad utilizzare il videoregistratore Betamax per finalità non lesive, il diritto dei produttori non coinvolti nella causa di permettere ai privati di registrare i loro programmi al fine di consentire una loro più ampia circolazione, la minaccia al commercio legittimo costituita dall'imposizione di responsabilità, il pericolo di estendere il potere monopolistico dei titolari di copyright e la necessità di delegare al Congresso la risoluzione delle questioni originate dal sorgere di nuove tecnologie (J. M. Feder, *Is Betamax Obsolete?: Sony Corp. of America v. Universal city Studios, Inc. in the Age of Napster*, in *Creighton Law Review*, 859 (2004), p. 875-876).

<sup>157</sup> *Grokster*, 380 F.3d 1154, pp. 160-163.

<sup>158</sup> *Metro-Goldwyn Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.* 259 F. Supp. 2d 1029 (C.D. Cal. 2003), par. 1035: la corte rileva il fatto che l'esistenza di sostanziali usi leciti del *software* non è un punto controverso; tuttavia, omette di dare delle indicazioni che consentano di determinare cosa si intenda per "sostanzialità" degli usi leciti. Nella decisione *MGM v. Grokster*, 380 F.3d 1154 (Ninth Cir. 2004), par. 1162, nota 10, invece, la corte fa esplicito riferimento al fatto che un ammontare degli utilizzi leciti pari al 10% del traffico complessivo è sufficiente al fine di raggiungere il requisito della "sostanzialità".

<sup>159</sup> *Grokster*, 259 F. Supp. 2d 1029 (C.D. Cal. 2003), par. 1038.

<sup>160</sup> *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 284 F.3d 1091,1096-1097 (9<sup>th</sup> Cir.2004), nel quale la corte, discostandosi dal precedente della Corte Suprema Sony, ha sancito che la prova dell'esistenza di sostanziali utilizzi leciti dello strumento fornito dal resistente non è sufficiente ad escludere la

differenza del suo predecessore, Grokster, fornendo agli utenti gli strumenti ed il sito necessari a commettere la violazione, non partecipava materialmente alla violazione. Per dare prova del ruolo marginale di Grokster rispetto all'illecito, le corti avevano peraltro osservato che se questi avesse chiuso i suoi server, gli illeciti non si sarebbero comunque interrotti<sup>161</sup>. Le corti di primo e secondo grado avevano inoltre escluso che il convenuto potesse essere considerato responsabile alla luce della *vicarious liability*, poiché non aveva il potere né la capacità di monitorare l'utilizzo del *software*: vista l'assenza di un procedimento di log-in o di registrazione, Grokster non aveva infatti la possibilità di impedire agli utenti l'accesso alle funzioni di *file sharing*<sup>162</sup>.

La Corte Suprema ha però dato una lettura differente del precedente Sony: secondo questa interpretazione, l'utilizzabilità del prodotto per sostanziali fini leciti non sarebbe tale da escludere la *contributory liability* nel caso in cui vi siano prove dell'intento del provider di promuovere la violazione<sup>163</sup>. Nello specifico la corte, analizzando il comportamento di Grokster, ha individuato tre elementi idonei a dimostrare l'intenzionalità del provider nella promozione dell'illecito. Il primo è costituito dal ruolo attivo del provider in relazione all'illecito: nella fase iniziale della diffusione del servizio, invero, Grokster si era promosso come la nuova alternativa a Napster, aveva esplicitato che il suo obiettivo era consentire agli utenti la fruizione di contenuti illeciti ed aveva agito attivamente per incoraggiare le violazioni<sup>164</sup>. Il secondo elemento è costituito dall'assenza di qualsiasi tentativo di filtraggio dei contenuti illeciti, mentre il terzo è identificabile nei guadagni ricavati dal provider i quali, sebbene non direttamente attribuibili alla violazione in sé, derivavano dalla vendita di spazi pubblicitari sulle pagine visualizzate dagli utenti.

Una decisione di questo tipo può dirsi problematica sotto molteplici aspetti. Innanzitutto, appare precipitosa la scelta di superare il precedente Sony v. Universal City Studios. È vero che il caso Grokster si distingue da Sony per la diversa portata delle violazioni consentite dagli strumenti in questione e per il diverso oggetto delle copie illecite, che in Sony era costituito da materiali messi a disposizione del pubblico dalle emittenti televisive; tuttavia, la decisione di applicare al caso un nuovo regime di responsabilità appare criticabile. La Corte Suprema avrebbe potuto infatti giungere al medesimo risultato specificando ulteriormente il requisito di "substantial non-infringing use" esplicitato in Sony, in modo da chiarire i criteri di attribuzione della responsabilità e ponendo quindi i provider al riparo da standard generici e liberamente interpretabili<sup>165</sup>.

---

responsabilità contributoria di un soggetto, qualora quest'ultimo sia ad effettiva conoscenza di violazioni specifiche ed abbia materialmente contribuito alla violazione (par. 1020-1021).

<sup>161</sup> *Grokster*, 380 F.3d 1154, p.1163.

<sup>162</sup> *Grokster*, 380 F.3d 1154, p.1165.

<sup>163</sup> *Grokster*, 545 U.S. 913, p. 917.

<sup>164</sup> *Grokster*, 545 U.S. 913, p. 925.

<sup>165</sup> ELKIN-KOREN, *Making Technology Visible: Liability of Internet Service Providers for Peer-to-Peer Traffic*, cit., p. 57.

La corte ha invece deciso di applicare la teoria della “*inducement of copyright infringement*”, sancendo la responsabilità del provider che dimostri chiaramente il suo intento di incentivare la violazione di copyright da parte di terzi. Gli stessi elementi apportati dalla Corte Suprema per dare prova di tale intenzionalità non paiono meno problematici: in primo luogo, l’omissione di qualsiasi tentativo di filtraggio o disabilitazione del materiale lesivo appare un elemento insufficiente a provare la promozione della violazione in capo al provider. Nell’ottica di un bilanciamento tra interessi contrastanti, l’ISP non dovrebbe essere vincolato da un onere di monitoraggio preventivo, ma dovrebbe al massimo essere tenuto ad intervenire in un momento successivo alla comunicazione della violazione. In secondo luogo, la considerazione del modello di business di Grokster come ulteriore prova di *inducement* si pone come un vero e proprio grimaldello per aprire le porte alla responsabilità dei provider: il sistema su cui Grokster fondava i propri guadagni, cioè il ricavato di introiti pubblicitari, è infatti ancora oggi molto comune tra i provider che offrono servizi online. In aggiunta a ciò, nel ragionamento della corte il nesso tra gli introiti dell’ISP e la commissione di atti lesivi appare molto labile, così da ampliare ulteriormente l’applicabilità della fattispecie. La decisione del caso Grokster appare inoltre criticabile in quanto, pur avendo ampliato in maniera indeterminata le situazioni in cui sia riscontrabile la responsabilità del provider, essa non appare comunque risolutiva delle problematiche poste dalla tecnologia P2P. Il provider potrà invero ridurre le probabilità di vedersi attribuire la responsabilità per *inducement of copyright infringement* evitando di rilasciare dichiarazioni che sottintendano la sua volontà di incentivare attività lesive. Come risulta dunque da questa analisi, la nascita dei sistemi *peer-to-peer* ha messo in discussione il fragile equilibrio proposto dal DMCA, in quanto lo *statute* fa riferimento ad un sistema tecnologico meno evoluto e non risulta sufficientemente lungimirante da riuscire a comprendere i sistemi di recente creazione. Nel tentativo di offrire tutela ai *copyright holder*, i cui interessi sono fortemente minacciati da questi nuovi sistemi di scambio dei file, la Corte Suprema è tornata ad applicare uno standard poco chiaro in ordine alla responsabilità secondaria dei provider, rendendo ancora una volta pressante la necessità di criteri unici ed inequivocabili.

### III.3.2 La relazione tra *inducement of copyright infringement* e *safe harbors*

La pronuncia della Corte Suprema relativa al caso Grokster fa sorgere la questione del rapporto tra la dottrina dell’*inducement of copyright infringement* ed la § 512: è necessario chiedersi in particolare se il provider cui si contesta l’*inducement* alla violazione di copyright possa ricorrere alle esenzioni di responsabilità dei *safe harbors*. La prima occasione per pronunciarsi in materia si è avuta in occasione del caso Fung<sup>166</sup>,

---

<sup>166</sup> *Columbia Pictures Indus., Inc. v. Fung*, No. CV 06-5578 SVW(JCx), 2009 WL 6355911 (C. D. Cal. Dec. 21, 2009).

nel quale la corte aveva rigettato la difesa fondata sul ricorso ai *safe harbor*. La corte aveva completato la sua decisione suggerendo che la responsabilità per *inducement* ed i *safe harbors* del DMCA sono incompatibili, in quanto la prima è fondata su una condotta attiva in mala fede volta alla violazione di copyright, mentre i secondi si fondano su una condotta passiva in buona fede, volta unicamente a svolgere la funzione di intermediario nelle comunicazioni online<sup>167</sup>. Così, secondo questo ragionamento, una corte chiamata a pronunciarsi sulla condotta di *inducement* di un service provider non sarà tenuta a verificare l'applicabilità a quest'ultimo delle limitazioni di responsabilità di cui alla § 512.

Tuttavia, una presa di posizione così rigida appare criticabile, in quanto i criteri per qualificare la condotta di un provider come *inducement*, non sono stati ancora sufficientemente delineati dal formante giurisprudenziale<sup>168</sup>. Pare pertanto frettoloso qualificare ogni condotta di *inducement* come indicativa di un comportamento attivo in mala fede, incompatibile con i propositi che Congresso aveva in mente al momento dell'emanazione della § 512<sup>169</sup>.

La condotta di *inducement* è stata riconosciuta come un elemento integrativo della *contributory liability* quantomeno a partire dalla formulazione della corte nel caso *Gershwin* di cui s'è dato conto. Lo stesso Paul Goldstein ha osservato come la dottrina della *contributory liability* abbia incluso sin dalle sue origini la condotta di *inducement* come una base separata, ma talvolta coincidente, per l'attribuzione di responsabilità secondaria<sup>170</sup>. È però necessario notare come, fino al caso *Grokster*, le corti e la dottrina abbiano prestato scarsa attenzione all'elemento dell'*inducement* come punto di partenza per evidenziare una responsabilità contributoria per violazione del copyright<sup>171</sup>. Di fatto, prima del 2005 solo un numero limitato di pronunce giurisprudenziali hanno evidenziato una certa attenzione delle corti rispetto all'elemento dell'*inducement* come fondamento per la responsabilità secondaria<sup>172</sup>: così ad esempio nel caso *Sega Enter. Ltd. v. MAPHIA*, in cui la corte aveva evidenziato come il ruolo giocato dall'intermediario nell'attività lesiva, caratterizzato dalla fornitura dei mezzi, dalla direzione, conoscenza ed incoraggiamento, comportava l'attribuzione di responsabilità per concorso<sup>173</sup>.

---

<sup>167</sup> *Fung*, par. 18.

<sup>168</sup> R. A. REESE, *The Relationship between the ISP Safe Harbors and the Ordinary Rules of Copyright Liability*, in *32 Columbia Journal of Law & the Arts*, 427 (2009).

<sup>169</sup> REESE, *The Relationship between the ISP Safe Harbors and the Ordinary Rules of Copyright Liability*, cit., p. 430.

<sup>170</sup> P. GOLDSTEIN, *2 Goldstein on Copyright* § 8.1.3, in 8:18:1 (3d ed. 2008), come citato da Reese, *The Relationship between the ISP Safe Harbors and the Ordinary Rules of Copyright Liability*, cit., p. 430.

<sup>171</sup> REESE, *The Relationship between the ISP Safe Harbors and the Ordinary Rules of Copyright Liability*, cit., p. 430.

<sup>172</sup> REESE, *The Relationship between the ISP Safe Harbors and the Ordinary Rules of Copyright Liability*, cit., p. 430.

<sup>173</sup> *Sega Enter. Ltd. v. MAPHIA*, 857 F. Supp. 679 (N.D. Cal. 1994), p. 687.

È solo con la decisione *Grokster* che la corte sancisce espressamente il fatto che, qualora un soggetto distribuisca un dispositivo con lo scopo di promuovere la violazione di copyright, così come dimostrato dalla chiara esplicitazione di tale volontà o dal fatto di aver contribuito attivamente a tale fine, questi sarà responsabile per la violazione operata da terzi<sup>174</sup>. Tuttavia, il test elaborato dalla corte al fine di qualificare come *inducement* una determinata condotta del provider non sembra ancora idoneo ad essere riutilizzato come canone generico applicabile anche a fattispecie diverse. Gli elementi costitutivi dell'*inducement* individuati nella corte in *Grokster* necessitano di essere smussati e riadattati dall'evoluzione giurisprudenziale, così da poter delineare con chiarezza i profili di questo tipo di condotta. I tempi non sembrano dunque maturi per poter affermare, come fa la corte nel caso *Fung*, che l'*inducement* sia in ogni caso indicativo di una condotta attiva in mala fede, tale da escludere *tout court* l'applicabilità dei *safe harbor*.<sup>175</sup>

È possibile ad esempio osservare come vi siano casi successivi a *Grokster* in cui la corte non dà conferma di tale visione. Significativo a tal proposito è il caso *Perfect 10, Inc. v. Amazon, Inc.*, in cui la corte, interpretando *Grokster*, sancisce che un soggetto può essere considerato responsabile in via concorrente per aver intenzionalmente incoraggiato la violazione, qualora questi abbia assunto una condotta tale da condurre a tale violazione in un modo sostanzialmente certo<sup>176</sup>. Secondo questa interpretazione di *Grokster* sembrerebbe che ogni ISP che offra un servizio di *hosting* possa essere considerato responsabile per *inducement*: ogni provider con un numero consistente di utenti, infatti, è quasi certo di ospitare sui propri server materiale illecito; pertanto, la mera offerta di un servizio di questo tipo potrebbe essere intesa come una condotta volta alla violazione di copyright in modo sostanzialmente certo<sup>177</sup>. Tuttavia, come confermato dallo stesso dato letterale della § 512 (c), una mera condotta di *hosting* non è di per sé sufficiente ad escludere l'applicabilità dei *safe harbor*.

Appare evidente, così, come la categorica esclusione dall'ambito di applicabilità dell'OCILLA dei casi di *inducement* risulti quantomeno affrettata: è vero che un approccio più mite potrebbe garantire un'esenzione di responsabilità anche a intermediari che di fatto abbiano attivamente promosso ed incoraggiato la violazione, ma è necessario valutare come le previsioni della § 512 siano di per sé sufficienti ad escludere l'esenzione per condotte di questo tipo<sup>178</sup>. Invero, un soggetto che incoraggi attivamente il compimento della violazione potrà verosimilmente essere considerato al

---

<sup>174</sup> *Grokster*, cit., p. 936-937.

<sup>175</sup> REESE, *The Relationship between the ISP Safe Harbors and the Ordinary Rules of Copyright Liability*, p. 431.

<sup>176</sup> *Perfect 10, Inc. v. Amazon, Inc.*, 508 F.3d 1146, 1171 (9th Cir. 2007).

<sup>177</sup> REESE, *The Relationship between the ISP Safe Harbors and the Ordinary Rules of Copyright Liability*, p. 431.

<sup>178</sup> REESE, *The Relationship between the ISP Safe Harbors and the Ordinary Rules of Copyright Liability*, p. 431.

corrente di circostanze che la rendano evidente, ed essere così ritenuto responsabile secondo il dettato della § 512 (c)(A)(ii).

#### IV. La responsabilità penale degli ISP per violazione del copyright

Le disposizioni penali in materia di diritto d'autore nell'ordinamento statunitense, attualmente previste dai titoli 17 U.S.C. §§ 506 e 1204 e 18 U.S.C. §§ 2318 e 2319, non hanno sempre rivestito una posizione rilevante nell'ambito della tutela per violazione di copyright. Anche se le disposizioni di *criminal copyright law* sono rinvenibili nell'ordinamento statunitense sin dal 1897<sup>179</sup>, questo tipo di violazioni è stato a lungo considerato come un'offesa privata di ordine economico, efficacemente perseguibile, pertanto, mediante i rimedi civilistici<sup>180</sup>. Lo sviluppo dell'industria discografica degli anni '70 portò, a seguito dell'attività di *lobbying* dei suoi esponenti, all'emanazione del *Sound Recording Act* del 1971<sup>181</sup>, che introdusse la tutela penale delle registrazioni audio. Quest'ultimo fu subito seguito dal *Copyright Act* del 1976, che rese più severe le pene già previste e, sostituendo l'elemento del "profitto" con la dizione "a fini di vantaggio commerciale o di guadagno economico privato", chiarì che per incorrere nei reati in materia di copyright fosse sufficiente la mera intenzione di ottenere un vantaggio economico<sup>182</sup>. La nascita dei primi programmi per elaboratore, inoltre, spinse il Congresso ad emanare il *Computer Software Amendment Act* del 1980, che per primo garantì la tutela per mezzo di copyright alla forma espressiva dei *software*<sup>183</sup>. La diffusione dei computer ad uso personale e di internet negli anni '90, poi, fece sorgere nuove preoccupazioni relative alla minaccia della pirateria, così che, nel 1992, il Congresso emanò il *Copyright Felony Act*<sup>184</sup>, il quale introdusse pene più severe per la violazione di *software* su larga scala commessa con il "proposito di un vantaggio commerciale o di un guadagno finanziario personale"<sup>185</sup>.

La, la rivoluzione digitale degli ultimi decenni, poi, agevolando la copia e la diffusione online del materiale protetto, ha avuto un ruolo determinante nell'evoluzione della tutela

---

<sup>179</sup> L'Act of Jan. 6, 1897, ch. 4, 29 Stat. 481, per la prima volta, ha introdotto il reato di esibizione non autorizzata di opere musicali o spettacoli, caratterizzato dall'elemento della volontarietà (*willful*) e dalla finalità del profitto (*for profit*).

<sup>180</sup> S. PENNEY, *Crime, Copyright and the Digital Age* (2004), disponibile su <http://ssrn.com/abstract=439960> (consultato il 25/08/2014).

<sup>181</sup> Pub. L. No. 92-140, 85 Stat. 391 (1971).

<sup>182</sup> B. MARTIN, J. NEWHALL, *Criminal Copyright Enforcement Against Filesharing Services*, in *North Carolina Journal of Law and Technology*, 108 (2013).

<sup>183</sup> R. FLOR, *Tutela penale ed autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di internet. Un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, Padova, Cedam, 2010, p. 73.

<sup>184</sup> Pub. L. No. 102-561, 106 Stat. 4233 (1992).

<sup>185</sup> FLOR, *Tutela penale ed autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di internet. Un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, cit., p. 74. In proposito anche MARTIN, NEWHALL, *Criminal Copyright Enforcement Against Filesharing Services*, cit., 101; PENNEY, *Crime, Copyright and the Digital Age* (2004), cit., p. 7; I. D. MANTA, *The Puzzle of Criminal Sanctions for Intellectual Property Infringement* (2011), disponibile su <http://ssrn.com/abstract=1675206> (consultato il 25/08/2014).

penale del copyright<sup>186</sup>. Emblematico a tale proposito è il caso *United States v. LaMacchia*<sup>187</sup>, il quale ha evidenziato le debolezze del sistema penale al tempo vigente ed ha reso palese la necessità di una riforma. David LaMacchia era uno studente del M.I.T. che aveva messo a disposizione online un *bulletin board*, il quale consentiva ai suoi utenti di scaricare gratuitamente *software* protetti da copyright, senza peraltro garantire a LaMacchia alcuna forma di profitto. Poiché la normativa a quel tempo vigente non prevedeva alcun tipo di responsabilità penale per violazione di copyright in assenza di beneficio economico, il Dipartimento di Giustizia, non potendo accusare lo studente di *copyright infringement*, aveva contestato a quest'ultimo il reato di *wire fraud* (di cui al titolo 18 U.S.C. § 343 (1994)). Tuttavia, l'accusa era stata respinta dalla *District Court* del Massachusetts.

Prendendo atto dell'inefficacia della normativa penale in tema di copyright con riguardo alle nuove tecnologie digitali, il Congresso è dunque intervenuto emanando una serie di atti normativi volti ad estendere la tutela penalistica. In primo luogo, il legislatore statunitense ha emanato il *No Electronic Theft Act* del 1997 (c.d. "NET Act"), il quale ha modificato la § 506 del titolo 17 U.S.C. introducendo, quali condotte tipiche, la violazione "*by electronic means*" e "*by making it available in a computer network accessible to members of the public*"<sup>188</sup>. Il NET Act, in aggiunta, ha esteso il concetto di "*private financial gain*" all'ottenimento (o all'aspettativa di ottenere) qualsiasi cosa di valore, incluse ulteriori opere tutelate da copyright<sup>189</sup>. Il Congresso peraltro, non soddisfatto dell'efficacia deterrente del NET Act, ha emanato nel 1999 il *Digital Theft Deterrence and Copyright Damages Improvement Act*<sup>190</sup>, il quale ha aumentato tanto le pene civili quanto quelle penali in materia di violazione della proprietà intellettuale. Significative novità in tema di responsabilità penale, per di più, sono state previste dal DMCA del 1998, il quale ha introdotto i reati di aggiramento delle misure tecnologiche per controllare l'accesso ad un'opera protetta (*circumventing*), di traffico delle tecnologie a ciò finalizzate e di manomissione delle informazioni per la gestione del copyright (*removal or alteration*), di cui al titolo 17 U.S.C. §§ 1201 e 1202. Tali fattispecie hanno in comune il fatto di prevedere responsabilità penale nel caso in cui la condotta sia posta in essere intenzionalmente e a fini di vantaggio commerciale o di guadagno economico privato. Nessuna di queste previsioni, peraltro, richiede un'effettiva violazione di copyright: è dunque possibile incorrere in responsabilità penale semplicemente violando una protezione all'accesso ad un'opera tutelata, anche se a ciò non consegue l'effettiva lesione del copyright. Nel 2005, in aggiunta, è stato

---

<sup>186</sup> FLOR, *Tutela penale ed autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di internet. Un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, cit., p. 74.

<sup>187</sup> *United States v. LaMacchia*, 871 F. Supp. 535 (D. Mass. 1994).

<sup>188</sup> 17 USC § 506(a)(1)(B) e (C). Così FLOR, *Tutela penale ed autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di internet. Un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, cit., p. 77.

<sup>189</sup> 17 USC § 101.

<sup>190</sup> Pub. L. No. 106-160, 113 Stat. 1774 (1999).

introdotto l'*Artists' Right and Theft Prevention Act* (c.d. ART Act)<sup>191</sup>, che ha introdotto al titolo 18 U.S.C. § 2319B il reato di utilizzo non autorizzato, anche solo tentato, di mezzi di registrazione audiovisiva al fine di trasmettere o fare una copia di un'opera protetta.

Se, quindi, il legislatore è tradizionalmente ricorso con cautela a strumenti di tutela penale del diritto d'autore, le evoluzioni tecnologiche degli ultimi decenni hanno determinato un vero e proprio potenziamento della *criminal copyright law*.

Al netto delle riforme di cui s'è dato conto, la normativa statunitense in tema di illeciti penali delinea tre fattispecie principali di reato: innanzitutto, la § 506 (a)(1)(A) dispone la violazione dolosa di copyright finalizzata al conseguimento di un vantaggio commerciale o di un guadagno economico privato<sup>192</sup>. In secondo luogo, la § 506 (a)(1)(B) prevede il reato di violazione dolosa del copyright mediante la riproduzione o la distribuzione su larga scala di copie di opere tutelate, senza che ciò debba necessariamente verificarsi per finalità di profitto<sup>193</sup>. La § 506 (a)(1)(C), infine, sanziona la violazione dolosa di copyright mediante la messa a disposizione al pubblico di un'opera finalizzata alla distribuzione commerciale attraverso il suo caricamento online, qualora il soggetto agente conosceva o avrebbe dovuto conoscere la destinazione dell'opera stessa. Tali fattispecie hanno in comune gli elementi costitutivi dell'esistenza di un valido copyright sull'opera in questione, la sussistenza di un'effettiva violazione, di cui si dà prova dimostrando l'accesso al materiale tutelato e la *substantial similarity* tra la copia e l'originale, l'elemento finalistico di un *commercial advantage* o di un *financial gain* e l'essenziale elemento della *willfulness*<sup>194</sup>. Questo elemento, introdotto per la prima volta nel 1897, è stato successivamente specificato dalle corti, le quali hanno individuato tale elemento soggettivo nel *knowledge* della lesione e, talvolta, nelle violazioni commesse *knowingly and willfully*<sup>195</sup>. L'introduzione del NET Act del 1992, inoltre, ha affermato un'interpretazione restrittiva di questo elemento, tale per cui si rileva il difetto dell'elemento soggettivo nel caso in cui l'agente sia in buona fede o non sia a conoscenza della legge penale: si esclude pertanto la *criminal liability* nel caso in cui il soggetto non sia consapevole, in buona fede, di violare con la sua condotta una disposizione incriminatrice<sup>196</sup>.

---

<sup>191</sup> Pub. L. No. 109-9, 119 Stat. 218 (2005).

<sup>192</sup> FLOR, *Tutela penale ed autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di internet. Un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, cit., p. 85.

<sup>193</sup> FLOR, *Tutela penale ed autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di internet. Un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, cit., p. 86.

<sup>194</sup> FLOR, *Tutela penale ed autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di internet. Un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, cit., pp. 87 ss.

<sup>195</sup> FLOR, *Tutela penale ed autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di internet. Un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, cit., pp. 90-91 e 150.

<sup>196</sup> FLOR, *Tutela penale ed autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di internet. Un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, cit., pp. 92 e 151.



Al fine di dare conto in modo esauriente della tutela penale del copyright in USA è necessario, infine, fare cenno alle *defenses* cui l'agente può eventualmente fare ricorso. Queste ultime sono complessivamente riassumibili in tre fattispecie: lo *Statute of limitations*, il quale, trovando fondamento nel titolo 17 U.S.C. § 507, impedisce l'instaurazione di un procedimento penale in materia di copyright qualora non siano ancora passati 5 anni da quello precedente, nella dottrina del *fair use* e in quella del *first sale*, la quale, fondata sul titolo 17 U.S.C. § 106, prevede la libera disponibilità dell'opera tutelata da parte del soggetto che l'abbia precedentemente acquistata dal titolare del diritto.

Per quanto riguarda poi il particolare aspetto della posizione degli ISP rispetto alle altrui violazioni di copyright, è necessario evidenziare come il regime della *indirect liability* non risulti facilmente applicabile al sistema della tutela penale. Per quanto riguarda in particolare il regime della *contributory liability*, le corti hanno optato per la sua applicazione al sistema della tutela penale operando un'analogia fra gli elementi costitutivi di quest'ultima e le condotte tipiche dell'*accompliance liability* di cui al titolo 18 U.S.C. § 2 (*aids, abets, counsels, commands, induces*). Queste ultime, peraltro, presentano notevoli somiglianze con la teoria dell'*inducement of copyright infringement* elaborata dalla Corte Suprema nel caso *Grokster*, tanto da poter costituire le basi per l'applicazione della *inducement theory* anche nell'ambito della tutela penale del copyright<sup>197</sup>. Per quanto riguarda la *vicarious liability*, invece, è necessario notare che essa, andando a configurare un'ipotesi di semi-responsabilità oggettiva, costituirebbe, se applicata alla materia penale, un'eccezione alla necessaria individuazione dell'elemento soggettivo. Il *case law*, peraltro, non è mai giunto all'applicazione di questo regime di *secondary liability* dal punto di vista penale<sup>198</sup>. Si rammenti infine che, qualunque sia il regime di responsabilità indiretta applicato, l'ISP non può essere ritenuto responsabile qualora non sia data prova della sussistenza in capo a quest'ultimo dell'elemento soggettivo.

Come s'è detto, l'entrata in vigore del DMCA ha determinato l'introduzione nell'ordinamento statunitense dei *safe harbor*, indicativi di condizioni di esenzione da responsabilità per gli internet provider. Tuttavia, l'assenza di ogni riferimento alla responsabilità penale in questo testo normativo ha portato numerosi studiosi ad interrogarsi circa l'estendibilità della tutela della § 512 agli illeciti penali. Nonostante autorevole dottrina abbia espresso la sua contrarietà al fatto che una condotta non punibile sotto il profilo civilistico possa comunque essere foriera di responsabilità

---

<sup>197</sup> FLOR, *Tutela penale ed autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di internet. Un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, cit., p. 147.

<sup>198</sup> FLOR, *Tutela penale ed autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di internet. Un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, cit., pp. 132-133.

penale<sup>199</sup>, parte della dottrina, alla luce dell'analisi della § 512 (c), si è espressa per la necessità di tale distinzione. L'applicazione di tale disposizione presuppone l'elemento della assenza di conoscenza o consapevolezza circa il compimento dell'illecito, ossia di ciò che nell'ambito penale, secondo tale ricostruzione, corrisponde all'intenzionalità<sup>200</sup>. L'unica difesa che il provider ha a sua disposizione per andare esente da responsabilità penale è dunque quella della dimostrazione della non-intenzionalità della sua condotta: la prova di questo elemento sarebbe sufficiente ad evitare la *criminal liability* del provider, senza che questi debba peraltro dimostrare la sussistenza degli altri requisiti del *safe harbor*. In questo senso, la difesa della non-intenzionalità risulta essere più estesa di quella garantita dallo stesso DMCA<sup>201</sup>.

La dottrina statunitense si è a lungo interrogata circa l'opportunità di ricorrere allo strumento penale a tutela del copyright. Si osservi a tal proposito che, nonostante la stessa analisi economica abbia confermato l'efficacia deterrente di tale rimedio nell'ambito della pirateria digitale, il ricco sistema di rimedi civilistici a disposizione del titolare di copyright renda necessaria una rivisitazione delle sanzioni penali alla luce della loro natura di *extrema ratio*<sup>202</sup>.

## V. Le nuove proposte di legge

Negli anni successivi all'emanazione del DMCA, internet ha subito un mutamento radicale: l'ultimo decennio è stato infatti caratterizzato dalla nascita di nuovi sistemi che permettono la condivisione di *user generated content* e che consentono un più elevato livello di interazione tra l'utente e il sito web. Come visto, questa evoluzione ha costituito una nuova sfida per i *copyright holder*, i quali si sono trovati a dover tutelare i propri interessi economici mediante lunghe ed aggressive battaglie legali. Al fine di ottenere una maggior tutela anche sul piano legislativo, le lobby dei titolari del diritto d'autore hanno esercitato pressioni sul potere politico, che sono convogliate nella presentazione di numerose proposte di legge di stampo repressivo.

Sul piano internazionale, nel 2008 sono state avviate le trattative per l'"Anti-Counterfeiting Trade Agreement" (ACTA), un accordo volto al rafforzamento della tutela della proprietà intellettuale con particolare attenzione alle violazioni perpetrate in ambito digitale<sup>203</sup>. Stati Uniti, Australia, Canada, Corea, Giappone, Nuova Zelanda, Marocco e Singapore hanno sottoscritto l'accordo nell'ottobre 2011; molti stati europei peraltro hanno aderito ad esso in una prima fase, ma nel luglio 2012 l'atto è stato

---

<sup>199</sup> 4 M. B. NIMMER & D. NIMMER, *Nimmer on Copyright*, at § 15.01(A)(2) (2013), così come citato da MARTIN, J. NEWHALL, *Criminal Copyright Enforcement Against Filesharing Services*, cit., p. 124.

<sup>200</sup> MARTIN, J. NEWHALL, *Criminal Copyright Enforcement Against Filesharing Services*, cit., p. 128.

<sup>201</sup> MARTIN, J. NEWHALL, *Criminal Copyright Enforcement Against Filesharing Services*, cit., p. 128.

<sup>202</sup> FLOR, *Tutela penale ed autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di internet. Un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, cit., pp. 155 ss.

<sup>203</sup> Anti-Counterfeiting Trade Agreement, at E-1, Oct. 1, 2011, 50 I.L.M. 239, 243 (2011).

bocciato dal Parlamento Europeo<sup>204</sup>. Pur apparendo in origine come un progetto ambizioso, l'*Anti-Counterfeiting Trade Agreement*, nella sua versione definitiva, ha finito per affermare il minor standard di tutela comune ad Europa e Stati Uniti; l'effetto di questo atto sulla normativa degli stati che vi hanno aderito, pertanto, appare limitato, giacché molte delle disposizioni ivi previste sono già presenti negli ordinamenti nazionali<sup>205</sup>. Tuttavia, seppure l'atto non incida direttamente sulla normativa statunitense, esso finisce comunque per influire sulla sua interpretazione<sup>206</sup>. Ad esempio, imponendo agli stati membri di irrigidire la legislazione relativa agli ISP prevedendo nuove pene per la agevolazione delle violazioni di proprietà intellettuale, l'atto fissa un elevato standard di protezione, che di fatto limita eventuali riforme al ribasso del modello USA<sup>207</sup>.

L'assenza in ACTA di disposizioni relative alla tutela di privacy, libertà di espressione e libertà di stampa, inoltre, potrebbe comportare l'inasprimento del controllo sulla circolazione delle informazioni negli altri stati membri. Portata all'estremo, una situazione di questo tipo potrebbe indebolire l'attenzione che negli Stati Uniti è sempre stata riservata a questi diritti fondamentali<sup>208</sup>.

Il "Trans-Pacific Partnership Agreement" (TPP) è invece attualmente oggetto di negoziazione tra Stati Uniti, Canada, Messico, Peru, Cile, Nuova Zelanda, Australia, Singapore, Malesia, Brunei, Vietnam e Giappone e, esattamente come accaduto per ACTA e per altri accordi internazionali di questo tipo, è stato redatto principalmente mediante trattative segrete<sup>209</sup>. Nonostante ciò, WikiLeaks ha di recente rilasciato una bozza della parte del TPP relativa alla proprietà intellettuale, da cui emergono molte similitudini con ACTA<sup>210</sup>. Anche in questo accordo, infatti, il tema centrale in materia di copyright è quello che riguarda il regime di responsabilità degli intermediari sul web. Gli stati negoziatori sono apparsi molto discordi sulla determinazione del regime di responsabilità penale applicabile, in quanto gli Stati Uniti spingono per la persecuzione di ogni forma anche lieve di lesione, mentre altri stati vorrebbero mantenere i requisiti di vantaggio commerciale o guadagno economico<sup>211</sup>. In aggiunta, come in ACTA,

---

<sup>204</sup> M. A. CARRIER, *SOPA, PIPA, ACTA, TPP: An Alphabet Soup of Innovation-Stifling Copyright Legislation and Agreements*, in *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, 21 (2013).

<sup>205</sup> P. K. YU, *The Alphabet Soup of Transborder Intellectual Property Enforcement*, in *Drake Law Review Discourse*, 19 (2012).

<sup>206</sup> YU, *The Alphabet Soup of Transborder Intellectual Property Enforcement*, cit., p. 20.

<sup>207</sup> YU, *The Alphabet Soup of Transborder Intellectual Property Enforcement*, p. 22.

<sup>208</sup> YU, *The Alphabet Soup of Transborder Intellectual Property Enforcement*, p. 23.

<sup>209</sup> H. FARRELL, *The United States is isolated in the Trans-Pacific Partnership negotiations* (2013), disponibile su <http://www.washingtonpost.com/blogs/monkey-cage/wp/2013/11/18/the-united-states-isolated-in-the-trans-pacific-partnership-negotiations/> (consultato il 7/04/2014).

<sup>210</sup> Disponibile su <http://wikileaks.org/tpp/> (consultato il 8/06/2014).

<sup>211</sup> M. KAMINSKI, *The TPP and Copyright*, in *Concurring Opinions* (2013), disponibile su <http://www.concurringopinions.com/archives/2013/11/the-tpp-and-copyright.html> (visualizzato il 7/04/2014).

anche nel TPP viene punita la fattispecie di “aiding and abetting” riferita alla condotta illecita: una disposizione così ampia potrebbe comportare di per sé pesanti ingerenze degli stati nel controllo del traffico e delle attività online<sup>212</sup>.

Sul piano della legislazione interna agli Stati Uniti, invece, numerosissime sono le proposte che sono state presentate al fine di riformare la disciplina della proprietà intellettuale. Tra queste, le più note sono PIPA (“Protect IP Act”),<sup>213</sup> SOPA (“Stop Online Piracy Act”)<sup>214</sup>, OPEN (“Online Protection and Enforcement of Digital Trade Act”)<sup>215</sup> e CISPA (“Cyber Intelligence Sharing and Protection Act”)<sup>216</sup>.

Lo *Stop Online Piracy Act* è stato presentato alla Camera dei Rappresentanti il 26 ottobre 2011 dal repubblicano Lamar Smith, con l’obiettivo dichiarato di “promuovere la prosperità, la creatività, l’intraprendenza e l’innovazione mediante la battaglia contro il furto di proprietà negli Stati Uniti”<sup>217</sup>. A dispetto di quanto enunciato nella presentazione però, questo progetto di legge si è dimostrato piuttosto una vera e propria minaccia all’evoluzione di internet per mezzo degli ISP e alla libertà di espressione<sup>218</sup>.

La sezione 102, dedicata ai siti stranieri direttamente lesivi della proprietà intellettuale, attribuisce all’*Attorney General* il potere di ottenere un provvedimento giudiziario che vieti a tali siti la fornitura di accesso alle copie illecite di opere statunitensi. A tal fine, rientra nella nozione di “foreign infringing site” il sito registrato al di fuori degli USA ma comunque utilizzato all’interno della nazione, il quale commetta o faciliti le violazioni di copyright. Al fine di garantire l’effettiva attuazione della misura, SOPA conferisce all’*Attorney General* il potere di indirizzare tali misure anche agli intermediari statunitensi, i quali saranno tenuti ad attuare misure ragionevoli volte a bloccare l’accesso ai siti stranieri. Queste misure dovranno essere attuate nel minor tempo possibile e comunque non oltre cinque giorni dalla ricezione dell’ordine. Nello specifico, gli ISP dovranno prendere le misure necessarie per impedire l’accesso al sito

---

<sup>212</sup> KAMINSKI, *The TPP and Copyright*, cit.

<sup>213</sup> *Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act*, 2011 (PROTECT IP), S. 968, 112th Cong. (1st Sess. 2011), disponibile su <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-112s968rs/pdf/BILLS-112s968rs.pdf> (consultato il 7/04/2014)..

<sup>214</sup> *Stop Online Piracy Act*, H.R. 3261, 112th Cong. (1st Sess. 2011), disponibile su <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-112hr3261ih/pdf/BILLS-112hr3261ih.pdf> (consultato il 7/04/2014).

<sup>215</sup> *An Act for online protection and enforcement of digital trade*, H.R. 3782, 112<sup>th</sup> Cong. (2012), disponibile su <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-112hr3782ih/pdf/BILLS-112hr3782ih.pdf> (consultato il 7/04/2014).

<sup>216</sup> *An Act for Cyber Intelligence Sharing and Protection Act of 2011*, H.R. 3523, 112<sup>th</sup> Cong. (2011-2012), <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c112:H.R.3523> (consultato il 7/04/2014).

<sup>217</sup> *Stop Online Piracy Act*, cit.

<sup>218</sup> Sul punto, T.O. DUBUISSON, *When the World Wide Web Becomes the World Wild Web: PIPA, SOPA, OPEN Act, CISPA and the 'Internet Revolution'* (2012), disponibile su SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2373906> (consultato il 7/04/2014); CARRIER, *SOPA, PIPA, ACTA, TPP: An Alphabet Soup of Innovation-Stifling Copyright Legislation and Agreements*, cit; YU, *The Alphabet Soup of Transborder Intellectual Property Enforcement*, cit; P. SAMUELSON, *Can Online Piracy Be Stopped by Laws?* in *Communications of the ACM*, 25 (2012).

o ad una porzione dello stesso, comprese quelle volte ad impedire la “ricorsione”<sup>219</sup> del DNS<sup>220</sup> straniero all’indirizzo IP interessato; i motori di ricerca dovranno cessare l’indicazione di *link* a tali siti; i servizi di pagamento dovranno sospendere o proibire le transazioni tra questi siti e i clienti statunitensi, mentre i provider di contenuti pubblicitari dovranno cessare di fornire loro risorse. I provider che non si conformino a tali doveri o che eludano le prescrizioni dell’atto, dovranno fronteggiare il rischio di una citazione in giudizio da parte dell’*Attorney General*.

La sezione 103 ha invece ad oggetto i “siti dedicati al furto di proprietà”, intendendosi con tale espressione siti, stranieri e non, che sono utilizzati negli Stati Uniti e sono progettati o gestiti ai fini della violazione del diritto d’autore, dell’elusione di sistemi di protezione del copyright o della violazione di marchi registrati, che hanno limitate funzioni al di fuori di queste o che forniscono servizi o strumenti che permettono o facilitano tali violazioni. Rientrano poi in questa definizione i siti il cui operatore ometta deliberatamente di adoperarsi al fine di confermare l’elevata probabilità che su tali reti siano compiute attività lesive, o il cui operatore gestisca tale sito con l’obiettivo di promuovere tali violazioni. Questa sezione istituisce un sistema di notifica privato modellato sul sistema di *notice and take down* del DMCA, ma più severo di questo poiché finalizzato all’interruzione delle risorse finanziarie del sito “dedicato al furto di proprietà”<sup>221</sup>. In particolare, tale sistema consente al privato che ritiene lesi i propri diritti economici di inviare una notifica ai provider di servizi di pagamento e di contenuti pubblicitari affinché questi cessino di fornire i loro servizi al sito contestato. A questo punto, essi dovranno comunicare la notifica al sito, il quale a sua volta avrà la possibilità di contestare tale accusa inviando una contro-notifica. In assenza di reazione, i provider di servizi di pagamento dovranno cessare ogni tipo di relazione commerciale con il sito incriminato. Oltre a ciò, SOPA lascia aperta ai titolari dei diritti lesi la possibilità di intentare un’azione legale contro i provider che non si adeguino alle loro pretese e di agire direttamente contro il sito che svolge attività lesive al fine di ottenere la cessazione immediata di tali condotte.

Come evidenziato da molti osservatori<sup>222</sup>, i punti critici di questa proposta di legge sono molteplici. La prima sezione, innanzitutto, oltre ad apparire inefficiente ai fini della

---

<sup>219</sup> La “ricorsione” è la tecnica volta ad ottenere la risoluzione di un nome di dominio. A tale fine è necessario partire dalla radice, interrogare uno dei *root server* nel dominio di primo livello, ottenere il server che lo gestisce, interrogarlo nel dominio di secondo livello, fino a raggiungere il server autorevole per il nome desiderato. (<http://it.wikipedia.org/wiki/DNS#Ricorsione> consultato il 7/04/2014).

<sup>220</sup> Acronimo di “Domain Name System”, il DSN è un sistema di identificazione dei siti web mediante l’associazione dell’indirizzo IP ad un nome comune di più semplice memorizzazione. Vedi <http://www.pc-facile.com/glossario/dns/> e [http://it.wikipedia.org/wiki/Domain\\_Name\\_System](http://it.wikipedia.org/wiki/Domain_Name_System) (consultati il 8/06/2014).

<sup>221</sup> Center for Democracy and Technology, *The Stop Online Piracy Act: Summary, Problems and Implications*, in *CDT* (Nov. 15, 2011), <https://www.cdt.org/paper/sopa-summary> (consultato il 7/04/2014).

<sup>222</sup> V. fra gli altri SAMUELSON, *Can Online Piracy Be Stopped by Laws?*, cit; Center for democracy and technology, *The Stop Online Piracy Act: Summary, Problems and Implications*, cit; T. O. DUBUISSON,

prevenzione degli illeciti, è in contrasto con il protocollo DNSSEC<sup>223</sup>, elaborato al fine di impedire il reindirizzamento abusivo del traffico internet<sup>224</sup>. L'elusione di questo sistema di filtraggio prescritta dal SOPA, oltre a ridurre la cyber-sicurezza degli utenti<sup>225</sup>, sarebbe nei fatti insufficiente visto l'elevato numero di DNS alternativi disponibili sulla rete<sup>226</sup>. Agli elevati costi iniziali necessari per l'implementazione di tali misure da parte dei provider, non corrisponderebbe dunque un risultato soddisfacente e risolutivo del problema.

Per di più, l'estrema vaghezza della definizione di "foreign infringing site" e la totale assenza dell'elemento soggettivo della condotta potrebbe portare ad intentare azioni contro siti che non siano ad effettiva conoscenza dello svolgimento di attività lesive da parte degli utenti<sup>227</sup>. Come osservato nello studio svolto dal *Center for Democracy & Technology*, un sistema di questo tipo sarebbe tale da imporre ai provider un generico dovere di prevenire l'accesso ai siti lesivi, e quindi un dovere di monitorare costantemente il traffico internet dei suoi utenti<sup>228</sup>.

Anche la sezione 103 del SOPA appare eccessivamente vaga nelle sue definizioni. Ad esempio, essa fa rientrare tra i siti "dedicated to theft of U.S. Property" anche quelli che omettano deliberatamente di confermare l'elevata probabilità di una lesione sulle loro reti. Omettendo qualsiasi indicazione relativa alla necessità di un requisito di conoscenza soggettiva, tale disposizione potrebbe comportare l'imposizione di standard oggettivi di responsabilità, che finirebbero di fatto con l'imporre un dovere di monitoraggio ad ogni sito internet che consenta la condivisione di file da parte degli utenti<sup>229</sup>. Il provider si troverebbe infatti ad affrontare il rischio di veder congelate le sue entrate a seguito di una notificazione relativa ad un singolo contenuto, rischiando così il fallimento<sup>230</sup>. Sarebbe dunque naturale per l'ISP fare tutto quanto in suo potere al fine di non rientrare nella definizione di cui alla sezione 103, inclusa l'attuazione di sistemi di

---

*When the World Wide Web Becomes the World Wild Web: PIPA, SOPA, OPEN Act, CISPA and the 'Internet Revolution'*, cit.

<sup>223</sup> Acronimo di "Domain Name System Security Extension", il DNSSEC è costituito da una serie di specificazioni elaborate dall'*Internet Engineering Task Force* (un organismo internazionale volto a elaborare standard per lo sviluppo di internet), volte a vagliare l'affidabilità e la sicurezza delle informazioni trasmesse mediante il sistema DNS sulle reti web funzionanti mediante indirizzo IP. <http://it.wikipedia.org/wiki/DNSSEC>; [http://it.wikipedia.org/wiki/Internet\\_Engineering\\_Task\\_Force](http://it.wikipedia.org/wiki/Internet_Engineering_Task_Force); <http://www.dnssec.net/> (consultato il 10/06/2014).

<sup>224</sup> SAMUELSON, *Can Online Piracy Be Stopped by Laws?*, cit., 26.

<sup>225</sup> Center for democracy and technology, *The Stop Online Piracy Act: Summary, Problems and Implications*, cit.

<sup>226</sup> SAMUELSON, *Can Online Piracy Be Stopped by Laws?*, cit., 26.

<sup>227</sup> R. RADIA, *Why SOPA Threatens the DMCA Safe Harbor*, in *The Technology Liberation Front* (2011), disponibile su <http://techliberation.com/2011/11/18/why-sopa-threatens-the-dmca-safe-harbor/> (consultato il 7/04/2014).

<sup>228</sup> Center for Democracy and Technology, *The Stop Online Piracy Act: Summary, Problems and Implications*, cit.

<sup>229</sup> RADIA, *Why SOPA Threatens the DMCA Safe Harbor*, cit.

<sup>230</sup> RADIA, *Why SOPA Threatens the DMCA Safe Harbor*, cit.

monitoraggio sulla attività degli utenti<sup>231</sup>. In questo senso, il SOPA appare in contrasto con il DMCA, che sceglie al contrario di porre sui *copyright holder* il dovere di identificare il materiale lesivo. Evidenti sarebbero in aggiunta gli effetti restrittivi sul *free speech*, in quanto la valutazione della legittimità dei contenuti sarebbe delegata ad un ente privato guidato da interessi economici.

Le problematiche sinora descritte risultano addirittura ampliate nella loro portata dalla definizione estremamente ampia della sezione 103. Questa, invero, consentendo di colpire anche i siti che aiutano altri a commettere violazioni, potrebbe andare a colpire potenzialmente la maggior parte dei servizi web in circolazione, finendo così per indebolire le stesse fondamenta di internet<sup>232</sup>.

Di poco precedente a SOPA, il *Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act* (PROTECT IP Act o PIPA) è stato presentato al Congresso dal senatore democratico Patrick Leahy il 12 maggio 2011 e, almeno in una prima analisi, pare riferirsi ad una gamma più ristretta di provider rispetto al suo omologo SOPA. La § 2 (7)(A)(i) del PIPA, invero, definisce come “sito internet dedicato ad attività illecite” quello che non ha altro uso significativo oltre al consentire o facilitare la violazione di copyright. A differenza del SOPA, quindi, è sufficiente che il sito abbia un'altra funzione significativa per risultare esente da responsabilità<sup>233</sup>. Un'analisi più attenta rivela però come anche in questo caso la definizione risulti ampiamente comprensiva, riferendosi non alla “violazione di copyright”, ma alla “facilitazione della lesione di copyright”. Anche questa proposta di legge risulta quindi idonea a colpire internet nella sua base strutturale.

Le preoccupazioni legate alle conseguenze negative dell'approvazione di SOPA e PIPA rispetto allo sviluppo di internet, alla libertà di espressione ed alla censura hanno portato ad una mobilitazione massiva dell'opinione pubblica, culminata con lo “sciopero” *online* del 18 gennaio 2012. Questo sciopero, conosciuto come l'“Internet blackout”, ha visto la sospensione per 24 ore dell'attività di 115.000 siti internet tra cui Wikipedia, Wordpress, Reddit e Tumblr<sup>234</sup>; inoltre, 4,5 milioni di persone hanno sottoscritto la petizione anti-SOPA proposta da Google<sup>235</sup>. Wikipedia stima che circa 162 milioni di persone abbiano visualizzato il suo messaggio di contestazione a SOPA e PIPA durante il blackout ed ancora oggi, nella sua pagina dedicata all'evento<sup>236</sup>, ricorda come in questo modo il mondo di internet abbia rivendicato la sua natura di spazio libero ed

---

<sup>231</sup> RADIA, *Why SOPA Threatens the DMCA Safe Harbor*, cit.

<sup>232</sup> CARRIER, *SOPA, PIPA, ACTA, TPP: An Alphabet Soup of Innovation-Stifling Copyright Legislation and Agreements*, cit., 22.

<sup>233</sup> CARRIER, *SOPA, PIPA, ACTA, TPP: An Alphabet Soup of Innovation-Stifling Copyright Legislation and Agreements*, cit., 22.

<sup>234</sup> <http://sopastrike.com/numbers/> (consultato il 7/04/2014).

<sup>235</sup> <http://latimesblogs.latimes.com/technology/2012/01/google-anti-sopa-petition.html> (consultato il 7/04/2014).

<sup>236</sup> <http://wikimediafoundation.org/wiki/SOPA/Blackoutpage> (visualizzato il 7/04/2014).

aperto. A seguito di questa pesante mobilitazione il Congresso ha deciso di sospendere l'iter di approvazione delle due proposte di legge.

Ciò nonostante, la politica iper-protettiva del Congresso non si è arrestata: già il 30 novembre 2011 era stato presentato alla Camera dei Rappresentanti il *Cyber Intelligence Sharing and Protection Act* (CISPA), un atto volto al rafforzamento della sicurezza sul web e alla prevenzione di attacchi telematici mediante lo scambio di informazioni legate al traffico di internet tra le imprese del settore ed il governo degli Stati Uniti<sup>237</sup>. Nonostante tale proposta di legge sia stata presentata come un emendamento al *National Security Act* del 1947, la sua prima versione finiva comunque per incidere sulla tutela del copyright<sup>238</sup>, in quanto annoverava il “furto” di proprietà intellettuale tra le circostanze che legittimano il citato scambio di informazioni. Come alcuni commentatori hanno osservato<sup>239</sup>, una disposizione di questo tipo avrebbe probabilmente comportato il potere del governo di monitorare e censurare le comunicazioni al fine di individuare le violazioni di copyright. Nell'aprile 2012, il Comitato sull'Intelligence della Camera dei Rappresentanti ha eliminato da tale proposta di legge la menzione alle attività lesive della proprietà intellettuale<sup>240</sup>. Tale bozza definitiva è stata poi peraltro respinta dal Senato.

Più bilanciata appare invece la proposta di legge *Online Protection and Enforcement of Digital Trade Act* (OPEN Act)<sup>241</sup> presentata alla *House of Representatives* il 18 gennaio 2012 che, seppur problematica sotto molti aspetti, risolve alcuni dei punti critici di SOPA e PIPA. L'OPEN Act propone un procedimento di notifica articolato in tre passaggi, che consente ai titolari dei diritti lesi di indirizzare le proprie lamentele nei confronti dei “siti dedicati ad attività lesive” alla “United States International Trade Commission” (ITC), un'agenzia indipendente e “semi-giudiziaria”<sup>242</sup> con ampie funzioni di controllo nell'ambito del commercio<sup>243</sup>. Una volta ricevuta una lamentela di questo tipo, la ITC è tenuta a condurre un'indagine al fine di accertare l'effettiva natura

---

<sup>237</sup> *An Act for Cyber Intelligence Sharing and Protection Act of 2011*, H.R. 3523, 112th Cong. (2011-2012).

<sup>238</sup> <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-112hr3523ih/pdf/BILLS-112hr3523ih.pdf> (visualizzato il 7/04/2014).

<sup>239</sup> Vedi CARRIER su G. NOJEIM, *Cyber Intelligence Bill Threatens Privacy and Civilian Control*, in *CDT*, 2011, disponibile su <https://www.cdt.org/blogs/greg-nojeim/112cyber-intelligence-bill-threatens-privacy-and-civilian-control> (consultato il 7/04/2014).

<sup>240</sup> <http://www.law360.com/articles/330398/house-cybersecurity-bill-backs-off-on-ip-theft-provisions> (consultato il 7/04/2014).

<sup>241</sup> *An Act for online protection and enforcement of digital trade*, H.R. 3782, 112<sup>th</sup> Cong. (2012), disponibile su <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-112hr3782ih/pdf/BILLS-112hr3782ih.pdf> (consultato il 7/04/2014).

<sup>242</sup> Pur essendo un'agenzia federale indipendente, e non assumendo dunque i connotati di un organo giurisdizionale, il [19 USC § 1337](#) attribuisce alla ITC ampi poteri investigativi in materia di violazioni di proprietà intellettuale ed il potere di ingiungere ordini di “cease and desist” e pene pecuniarie. Vedi <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2010-title19/html/USCODE-2010-title19-chap4-subtitleII-partII-sec1337.htm> (consultato il 9/06/2014).

<sup>243</sup> [www.usitc.gov/press\\_room/about\\_usitc.htm](http://www.usitc.gov/press_room/about_usitc.htm) (consultato il 7/04/2014).



lesiva del sito in questione<sup>244</sup> e, qualora decida in senso affermativo, essa provvede all'invio di un ordine di cessare le attività illecite<sup>245</sup>. OPEN offre inoltre la possibilità ai *copyright holder* di richiedere alla Commissione l'emanazione di un ordine rivolto ai provider di servizi di pagamento e di contenuti pubblicitari di cessare ogni tipo di rapporto commerciale con il sito in questione. In questi termini, OPEN appare non meno problematico di SOPA, in quanto costruisce un sistema che può comportare di fatto il collasso economico del sito in conseguenza di una singola violazione. Tuttavia, la proposta di legge in commento consente di ridimensionare questo effetto negativo mediante una definizione meno ampia dei "siti dedicati ad attività lesive", prescrivendo a tal fine la necessaria ricorrenza di tre elementi: l'atto, alla sua § 337 (a)(8)(A), richiede che il sito abbia un nome di dominio registrato al di fuori ma che sia utilizzato all'interno degli Stati Uniti e, soprattutto, che i suoi operatori utilizzino il sito primariamente per dedicarsi intenzionalmente ad attività lesive. In questo caso, l'introduzione dell'elemento della volontarietà, assente in SOPA, consente di evitare il rischio di imporre una responsabilità di tipo oggettivo.

Lodevole è poi la disposizione per cui l'emanazione di ogni tipo di ordine debba essere preceduto dall'accertamento da parte della Commissione della natura del sito e dalla possibilità per quest'ultimo di apportare elementi a sua difesa. In questo modo si evita di delegare interamente l'iniziativa ai privati, come avviene nel sistema di notifica e contro-notifica della sezione 103 del SOPA, scongiurando così anche il rischio di attribuire la funzione di censori ad enti guidati da interessi economici. Al fine di rendere effettivi gli ordini rivolti ai provider di servizi di pagamento e di contenuti pubblicitari, inoltre, OPEN prevede la possibilità, unicamente per l'*Attorney General*, di emanare un *injunctive relief*<sup>246</sup>. In questo modo, a differenza di quanto avviene in SOPA, l'atto pone i provider al riparo dal rischio di eventuali azioni legali intentate dal privato *copyright holder*. Opportuna appare, in aggiunta, la disposizione che coordina l'atto in questione con i *safe harbor* del DMCA, risolvendo le ambiguità normative che SOPA avrebbe apportato. La sezione 337A (a)(8)(C), invero, esclude l'applicabilità di OPEN in relazione a quei siti che si qualificano per l'applicazione della sezione 512 del titolo 17 dello *United States Code*.

Sebbene quest'ultima proposta di legge riproponga molte delle preoccupazioni sorte in relazione a SOPA, essa costituisce un punto di partenza per una riflessione relativa ad una riforma della legislazione<sup>247</sup>. Significativi appaiono in proposito sia il favore che

---

<sup>244</sup> *An Act for online protection and digital trade*, H.R. 3782, § 337A(c).

<sup>245</sup> *An Act for online protection and digital trade*, H.R. 3782, § 337A(f).

<sup>246</sup> *An Act for online protection and digital trade*, H.R. 3782, § 337A(h)(1).

<sup>247</sup> E. GOLDMAN, *The OPEN Act: significantly flawed, but more salvageable than SOPA/PROTECT-IP*, in *Law & Disorder / Civilization & Discontent* (2011), disponibile su <http://arstechnica.com/tech-policy/2011/12/the-open-act-significantly-flawed-but-more-salvageable-than-sopaprotect-ip/> (consultato il 8/04/2014).

tale proposta ha sollevato tra gli stessi operatori del web,<sup>248</sup> sia l'apertura degli sponsor dell'atto in merito a nuove idee, i quali hanno persino deciso di aprire un sito web finalizzato alla raccolta di commenti del pubblico<sup>249</sup>.

## VI. Osservazioni conclusive

L'analisi del regime dei *safe harbor* dettato dal DMCA non può che concludersi con una valutazione positiva dello stesso. Nonostante la complessità del contesto, infatti, questo atto raggiunge comunque l'obiettivo di delineare un regime di responsabilità dei provider che bilancia tra loro i diritti economici dei *copyright holder*, la libertà di espressione degli utenti e la libera attività di impresa degli intermediari, vera pietra angolare dello sviluppo di internet.

Due sono però le osservazioni che meritano di essere svolte riguardo alle debolezze del DMCA. Innanzitutto, esso, disponendo la rimozione immediata del contenuto illecito da parte del provider, non offre la possibilità di valutare previamente l'effettiva natura lesiva dello stesso, rischiando così di limitare la libertà di espressione dell'utente prima che un'autorità giudiziaria abbia la possibilità di esprimersi. Come visto, inoltre, il procedimento di contro-notifica appare eccessivamente fragile in un contesto in cui gli utenti, a differenza dei *copyright holder*, sono spesso sforniti dei mezzi economici necessari a sostenere le spese di un processo.

In secondo luogo, le disposizioni del DMCA relative al requisito della "conoscenza" in capo al provider non sembrano contraddistinte dal dono della chiarezza. In particolare, la giurisprudenza ha mostrato difficoltà nell'applicazione del *red flag knowledge* ed ha finito per affermare uno standard interpretativo eccessivamente elevato e sostanzialmente coincidente con quello relativo all'*actual knowledge*. Il risultato è un regime normativo in cui l'esenzione del *safe harbor* è largamente garantita ed in cui, di conseguenza, è limitata la possibilità per le corti di delineare con maggiore chiarezza i fumosi profili delle categorie tradizionali di responsabilità per violazione di copyright.

Numerosi studi dimostrano però come la chiarezza del regime normativo costituisca un elemento fondamentale per incentivare lo sviluppo di nuove tecnologie. In particolare, è stato osservato come i *venture* ed *angel capitalist*, indispensabili per lo sviluppo di *startup* innovative, affermino di essere disincentivati ad investire in un'area con una regolamentazione ambigua. Al contrario, un regime normativo chiaro che limiti il rischio di azioni legali e l'entità di potenziali risarcimenti favorirebbe l'ingresso sul mercato di nuovi investitori di capitali<sup>250</sup>.

---

<sup>248</sup> <http://thehill.com/blogs/hillicon-valley/technology/202627-twitter-facebook-and-google-endorse-alternate-online-piracy-bill?page=2#comments> (consultato il 8/04/2014).

<sup>249</sup> <http://keepthewebopen.com/> (consultato il 8/04/2014).

<sup>250</sup> M. LE MERLE, *The Impact of U.S. Internet Copyright Regulations on the Early-Stage Investment: a Quantitative Study*, BOOZ & CO. 17 (2011), disponibile su

L'evoluzione dei servizi offerti online, tra l'altro, ha consentito l'ampliamento delle potenzialità di condivisione dei contenuti digitali, finendo così per inasprire le pretese dei *copyright holder* in ordine alla tutela dei loro interessi. Le proposte di legge presentate al fine di fronteggiare queste nuove problematiche, anziché offrire chiarezza, rischiano piuttosto di introdurre ulteriori elementi di ambiguità nella cornice legislativa. Progetti come SOPA o PIPA, invero, propongono definizioni eccessivamente ampie delle attività che intendono perseguire, rendendo così tangibile il rischio di un'applicazione troppo estesa degli strumenti di reazione.

In aggiunta, l'esperienza recente dimostra come normative eccessivamente severe, oltre ad ostacolare lo sviluppo del web, siano inutili al fine del contrasto alla pirateria, in quanto internet si caratterizza per un'innata capacità di auto-perfezionamento che gli consente di aggirare gli ostacoli legislativi cui di volta in volta viene soggiogato. Emblematica è l'evoluzione dei sistemi *peer-to-peer*, che ha visto il passaggio da una struttura centralizzata e più sensibile sotto il profilo della responsabilità indiretta, ad un sistema diffuso e fondato unicamente sulla circolazione dei contenuti nella rete degli utenti. Forse il legislatore dovrebbe prendere atto di questa realtà ed astenersi da interventi legislativi aggressivi, lasciando così libero il campo alla creazione di nuovi sistemi di business. Un esempio vincente in tal senso è Spotify, un servizio online di *streaming* musicale che consente agli utenti l'accesso a milioni di contenuti e che, allo stesso tempo, garantisce agli artisti il pagamento di royalties mediante gli introiti derivanti dalla sottoscrizione di abbonamenti o dalla concessione di spazi pubblicitari<sup>251</sup>.

Gli esempi di un approccio legislativo "soft" non mancano. Nel 2011 ad esempio, il governo svizzero ha affrontato la problematica posta dalla pirateria online e, dopo aver condotto uno studio relativo all'effettivo impatto di questa, ha concluso che la disciplina del diritto d'autore non deve cambiare<sup>252</sup>. Il governo svizzero ha infatti rilevato come la pirateria non incida in modo significativamente negativo sull'industria dei contenuti, in quanto i soggetti che ricorrono al *download* gratuito di file video e musicali riservano all'intrattenimento un budget pressoché invariato: in questo modo, chi risparmia denaro nell'acquisto di cd o dvd sarà poi più disposto ad acquistare biglietti per cinema e concerti<sup>253</sup>. Secondo questo resoconto, quindi, il cambiamento non deve essere scandito dal legislatore, ma deve originarsi piuttosto dall'industria cinematografica e musicale, la quale dovrà adoperarsi per incontrare le nuove esigenze del pubblico.

---

<http://www.booz.com/media/uploads/BoozCo-Impact-US-Internet-Copyright-Regulations-Early-Stage-Investment.pdf> (consultato il 7/04/2014).

<sup>251</sup> <http://www.spotifyartists.com/spotify-explained/> (consultato il 8/04/2014).

<sup>252</sup> Eidg. Justiz- und Polizeidepartement, Urheberrechtsverletzungen im Internet: Der bestehende rechtliche Rahmen genügt, Medienmitteilungen, Der Bundesrat, 2011, disponibile su <http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2011/2011-11-30.html> (consultato il 7/04/2014).

<sup>253</sup> Eidg. Justiz- und Polizeidepartement, Urheberrechtsverletzungen im Internet: Der bestehende rechtliche Rahmen genügt, Medienmitteilungen, cit.

I casi Napster e Grokster, tra l'altro, dimostrano come la normativa statunitense vigente sia già di per sé idonea a perseguire gli illeciti sul web. L'unico intervento auspicabile sarebbe quello delle corti, le quali dovrebbero offrire un'interpretazione chiarificatrice della nozione di "conoscenza" così come indicata nel DMCA. In particolare, esse dovrebbero adottare uno standard di *red flag knowledge* che sia idoneo a raggiungere le finalità volute dal Congresso, così da consentire una progressiva definizione dei contorni della *secondary liability* per mezzo delle pronunce giurisprudenziali e determinare conseguentemente con chiarezza le regole del gioco.

## Capitolo 2. La direttiva e-Commerce 2000/31/CE

### I. Considerazioni preliminari

Come negli Stati Uniti, anche a livello europeo il diritto d'autore assume i connotati di uno strumento giuridico volto al contemperamento di esigenze contrastanti, rappresentate dall'interesse individuale dell'autore a far conoscere le opere frutto del suo ingegno e ad ottenere i profitti derivanti da tale sfruttamento, dall'interesse economico degli intermediari ad ottenere un profitto dalla commercializzazione delle medesime opere e dall'interesse della collettività ad accedere ai prodotti culturali a fini di crescita culturale e scientifica e di libera manifestazione del pensiero<sup>254</sup>.

L'evoluzione di questo strumento giuridico nel corso della storia ha ovunque portato alla individuazione di un più o meno stabile punto di equilibrio tra tali esigenze contrastanti mediante l'attribuzione ad autori ed intermediari di un diritto di esclusiva, limitato temporalmente, sulla forma espressiva di un'opera creativa. Tuttavia, la tutela del diritto d'autore negli stati europei presenta ancora elementi di differenziazione, anche a causa della convivenza nel continente tra sistemi di diritto d'autore e sistemi di copyright.

Negli anni '80, la Commissione europea ha iniziato ad interessarsi della questione del diritto d'autore in considerazione della rilevanza economica della proprietà intellettuale e dell'ostacolo alla creazione di un mercato comune europeo costituito dalla diversità delle legislazioni nazionali<sup>255</sup>. Quantomeno nella sua fase primordiale, dunque, come spesso accaduto, l'interessamento della Comunità Europea alla materia della proprietà intellettuale è stato dettato principalmente dalla volontà di perseguire le finalità di stampo economico e commerciale sancite nei trattati.

Rispetto a ciò, la sottoscrizione della Carta di Nizza da parte delle istituzioni comunitarie, avvenuta nel dicembre 2000, rappresenta un apparente punto di svolta. Suddetta Carta, infatti, all'articolo 17 comma 2, eleva la proprietà intellettuale al rango di diritto fondamentale, determinandone così il necessario bilanciamento con altri diritti di pari grado, quali la libertà di espressione e di informazione (articolo 11), la libertà di impresa (articolo 16), la tutela della privacy (articolo 7) e la protezione dei dati personali (articolo 8). Tuttavia, l'inidoneità della Carta di Nizza ad ampliare le competenze dell'Unione così come definite dai trattati<sup>256</sup> ridimensiona fortemente la

---

<sup>254</sup> M. BERTANI, *Diritti d'autore e connessi*, in *La proprietà intellettuale*, a cura di L. C. UBERTAZZI, Torino, Giappichelli, 2011, XII, pp. 221-405 (*Trattato di diritto privato dell'Unione Europea* diretto da G. AJANI, G. A. BENACCHIO), p. 222.

<sup>255</sup> F. MUCCI, *La comunità europea e il diritto d'autore. Sfida digitale e aspetti culturali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1998, p. 56.

<sup>256</sup> Come sancito dall'articolo 6 co 1 TUE.

portata innovativa di tale disposizione, riducendola ad una mera dichiarazione di intenti<sup>257</sup>.

Ancora oggi, i trattati posti a fondamento dell'Unione Europea non prevedono espressamente una competenza della Comunità in materia di diritto d'autore. Tuttavia, gli articoli 114, 118 e 352 attribuiscono agli organi comunitari il potere di intervenire in materia di proprietà intellettuale, nel rispetto dei principi di proporzionalità e sussidiarietà, al fine di perseguire la creazione di un mercato unico europeo<sup>258</sup>. Così, partendo dal presupposto che in linea di massima la disciplina del diritto d'autore degli Stati membri prevede la protezione delle opere creative di provenienza transfrontaliera a prescindere dall'intervento in merito alla legislazione comunitaria<sup>259</sup>, lo strumento della direttiva appare quello proporzionalmente più adeguato al fine dell'esplicazione della competenza in materia<sup>260</sup>. Per questo motivo il legislatore comunitario, in materia di tutela del diritto d'autore, ha rinunciato ad un puntuale intervento mediante strumenti di unificazione degli ordinamenti nazionali, come avviene per altri settori della proprietà intellettuale, e si è limitato all'armonizzazione degli stessi. Se, quindi, l'intervento normativo comunitario fino ad oggi effettuato in materia di diritto d'autore può apparire irregolare, un'analisi più approfondita ne giustifica l'andamento alla luce del rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, che costituiscono i due fari per il procedere del legislatore comunitario, anche alla luce del rispetto dell'obiettivo finale della creazione di un mercato unico.

La complessiva produzione normativa dell'UE inerente al diritto d'autore indica una generale tendenza a delegare al legislatore comunitario la fissazione dei termini dell'evoluzione di uno strumento giuridico sottoposto a sfide costanti, lasciando poi agli Stati membri il compito residuale di adattare il proprio ordinamento con le nuove regole<sup>261</sup>. Peraltro, in un contesto in cui la rivoluzione delle tecnologie digitali ha dimostrato i limiti della disciplina attuale del diritto d'autore, si fa sempre più pressante per gli organi comunitari l'esigenza di ripensare il bilanciamento tra gli interessi di autori, intermediari e collettività, quest'ultima quale depositaria dell'interesse ad una libera circolazione delle opere creative e ad un progresso scientifico e culturale<sup>262</sup>. In particolare, lo scenario determinato dalle innovazioni tecnologiche dell'ultimo

---

<sup>257</sup> M. BERTANI, *Diritti d'autore e connessi*, in *La proprietà intellettuale*, a cura di L. C. UBERTAZZI, Torino, 2011, XII, pp. 221-405 (*Trattato di diritto privato dell'Unione Europea* diretto da G. AJANI, G. A. BENACCHIO), nota 74 p. 246.

<sup>258</sup> BERTANI, *Diritti d'autore e connessi*, cit., p. 246.

<sup>259</sup> A tal proposito, già la "Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche" del 9 settembre 1886, completata a Parigi il 4 maggio 1896, riveduta a Berlino il 13 novembre 1908, completata a Berna il 20 marzo 1914 e riveduta a Roma il 2 giugno 1928, a Bruxelles il 26 giugno 1948, a Stoccolma il 14 luglio 1967 e a Parigi il 24 luglio 1971, prevede, all'articolo 2 nr.6, che "*Le opere sopraindicate sono protette in tutti i Paesi dell'Unione. Tale protezione si esercita nell'interesse dell'autore e dei suoi aventi causa*".

<sup>260</sup> BERTANI, *Diritti d'autore e connessi*, cit., nota 74 p. 247.

<sup>261</sup> BERTANI, *Diritti d'autore e connessi*, cit., p. 244.

<sup>262</sup> BERTANI, *Diritti d'autore e connessi*, cit., p. 244.

decennio, le quali hanno contribuito sia a facilitare la circolazione dei contenuti e l'innovazione creativa, sia ad ostacolare il sistema di tutela della proprietà intellettuale, porta ad escludere che un rafforzamento delle prerogative di autori ed intermediari sia idoneo a garantire anche la tutela degli interessi contrastanti.

È su questo sottofondo culturale che si colloca la direttiva comunitaria sul commercio elettronico: nella regolamentazione della responsabilità degli intermediari online, il legislatore comunitario si muove tra la necessità di limitare il suo intervento a quanto strettamente necessario, nel rispetto dei principi di proporzionalità e sussidiarietà, e quella di imporre agli Stati membri il punto di equilibrio individuato a livello centrale.

## II. La direttiva e-Commerce 2000/31/CE

Verso la fine degli anni '90 la Comunità Europea ha preso atto della sua generale arretratezza in materia di commercio elettronico rispetto agli Stati Uniti: come rilevato dalla Commissione, già nel 1997 le attività economiche online negli USA erano in forte sviluppo, tanto che le imprese operanti nel web avevano già superato le 250.000 unità<sup>263</sup>. Al fine di delineare un sottofondo normativo idoneo a favorire rapidamente lo sviluppo di queste attività, la Comunità ha deciso di utilizzare un approccio orizzontale alla materia, emanando una direttiva avente ad oggetto l'intera gamma delle attività compiute su internet. La direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico<sup>264</sup>, invero, mira genericamente alla liberalizzazione del "commercio elettronico" e, volendo stabilire un modello di comportamento per i provider, dedica la sua sezione quarta alla responsabilità dei prestatori intermediari. Al riguardo, la direttiva si ispira alla disciplina che a quel tempo appariva più innovativa ed equilibrata: i *safe harbor* del DMCA.

I fattori che hanno portato al recepimento di questo modello sono molteplici. Innanzitutto, il riferimento ad una disciplina extra-europea si spiega attraverso la natura transnazionale di internet ed alla conseguente necessità di stabilire uno sfondo normativo comune per favorire la portata transfrontaliera dell'e-commerce<sup>265</sup>. Innegabile è poi la posizione dominante in materia degli Stati Uniti, in cui il fenomeno di internet ha avuto origine e in cui le problematiche relative hanno ottenuto una prima risposta normativa<sup>266</sup>. Non sono inoltre da sottovalutare le pressioni esercitate sugli organi comunitari da parte delle imprese dominanti del settore, le quali, avendo avviato la loro attività anche nel continente europeo, avrebbero spinto affinché anche qui si

---

<sup>263</sup> COM/97/0157 def., Comunicazione della commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni - Un'iniziativa europea in materia di commercio elettronico.

<sup>264</sup> 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») in GU L. 178 del 17 luglio 2000, 1 ss.

<sup>265</sup> G. M. RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, Torino, 2002, pp. 256-257.

<sup>266</sup> RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, cit., pp. 256-257.

introducesse una normativa che escludesse la responsabilità oggettiva degli intermediari<sup>267</sup>.

La ricezione del modello statunitense però non è perfetta: la Comunità finisce infatti per adoperare questo regime in riferimento all'intera gamma di illeciti online, estendendo deliberatamente l'ambito di applicazione di un modello originariamente calibrato su un settore specifico. L'approccio europeo appare inoltre fare riferimento anche alla normativa tedesca "Teledienstgesetz" (TDG) del 1° agosto 1997, che, al pari del DMCA, fissava le condizioni alle quali provider possono andare esenti da responsabilità.

Gli obiettivi della direttiva appaiono ambiziosi: mediante il coordinamento delle legislazioni degli Stati membri e la fissazione di principi generali, la Comunità intende "garantire il progresso economico e sociale", offrire "grandi opportunità per l'occupazione", facilitare "la crescita delle imprese europee" ed "instaurare un vero e proprio spazio senza frontiere interne per i servizi della società dell'informazione"<sup>268</sup>. Significativo appare al riguardo il "considerando" 10 nella parte in cui, richiamandosi al principio di proporzionalità, chiarisce come l'intervento della direttiva debba limitarsi al "minimo necessario per raggiungere l'obiettivo del buon funzionamento del mercato interno".

Come già anticipato, la direttiva, nel circoscrivere il suo ambito di operatività, fa riferimento all'ampia definizione di "servizi della società dell'informazione" di cui alla direttiva 98/34/CE come modificata dalla direttiva 98/48/CE, la quale si riferisce a "qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi"<sup>269</sup>. I "considerando" 17 e 18 della direttiva in commento provvedono ad estendere ulteriormente tale definizione, chiarendo come in essa rientrino anche i "servizi non remunerati dal loro destinatario, nella misura in cui costituiscono un'attività economica", e la "trasmissione di informazioni mediante una rete di comunicazione, la fornitura di accesso a una rete di comunicazione o lo stoccaggio di informazioni fornite da un destinatario di servizi".

La direttiva dà conferma della sua ampia portata all'articolo 2, nel quale si offre una definizione molto generica di "prestatore"<sup>270</sup> e di "destinatario del servizio"<sup>271</sup>. Il "considerando" 19 offre invece un opportuno chiarimento in relazione al concetto di "luogo di stabilimento" per quanto riguarda le imprese che operano in rete e, scegliendo

---

<sup>267</sup> RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, cit., pp. 256-257.

<sup>268</sup> "Considerando" da 1 a 3, Direttiva 2000/31/CE, cit.

<sup>269</sup> Direttiva 98/34/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 giugno 1998 che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione, modificata dalla direttiva 98/48/CE del 20 luglio 1998, cit.

<sup>270</sup> Direttiva 2000/31/CE, art. 2 lettera b) «prestatore»: la persona fisica o giuridica che presta un servizio della società dell'informazione.

<sup>271</sup> Direttiva 2000/31/CE, art. 2 lettera d) «destinatario del servizio»: la persona fisica o giuridica che, a scopi professionali e non, utilizza un servizio della società dell'informazione, in particolare per ricercare o rendere accessibili delle informazioni.



di fare riferimento al luogo in cui queste esercitano nel concreto la loro attività economica, risolve la problematica costituita dalla delocalizzazione dei server da parte degli operatori che commettono illeciti online<sup>272</sup>.

Ciò che più rileva ai fini di questa trattazione è la quarta sezione della direttiva, che sancisce il regime di responsabilità degli intermediari. Come anticipato, la direttiva prende a modello l'*Online Copyright Infringement Liability Limitation Act* statunitense e dispone un sistema di responsabilità dei provider in negativo, in base al quale gli intermediari possano beneficiare di esenzioni attenendosi alle condizioni previste. Al pari del suo omologo d'oltreoceano, la direttiva prevede un regime differente a seconda del tipo di attività svolta dal provider, eludendo così le ambiguità connesse alla possibilità per un unico intermediario di offrire più tipologie di servizio. A differenza di quanto previsto negli Stati Uniti, però, questo modello di esenzione viene collocato in un contesto molto più ampio rispetto a quello relativo alle mere violazioni di copyright: recepito all'interno della direttiva 2000/31/CE, infatti, questo modello va a costituire lo schema di riferimento per qualsiasi illecito compiuto online, dalla violazione di copyright alla diffamazione, e copre sia la responsabilità civile che quella penale<sup>273</sup>.

Esaminato nel dettaglio, questo regime distingue i provider a seconda che questi svolgano funzioni di "semplice trasporto" (*mere conduit*), di "memorizzazione temporanea" (*caching*) e di "hosting"<sup>274</sup>. La prima fattispecie, che corrisponde alla sezione 512 (a) del DMCA, garantisce l'esenzione da responsabilità di quei provider i quali trasmettano "su una rete di comunicazione informazioni fornite da un destinatario del servizio" mantenendo una posizione neutrale nei confronti del contenuto stesso. In particolare, l'articolo 12 esclude da responsabilità il prestatore che:

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

Per quanto riguarda le attività di *mere conduit* che comportino la memorizzazione automatica dei contenuti trasmessi, la direttiva prevede altresì il fatto che tale memorizzazione sia finalizzata unicamente alla trasmissione sulla rete e che "la sua durata non ecceda il tempo ragionevolmente necessario a tale scopo"<sup>275</sup>. In relazione a questo tipo di attività, il legislatore comunitario ha stabilito uno standard di comportamento particolarmente facile da perseguire, escludendo la responsabilità del

---

<sup>272</sup> RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, cit., p. 197

<sup>273</sup> RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, cit., p. 201. Sul confronto tra DMCA e direttiva 2000/31/CE, vedi anche T. MARGONI, M. PERRY, *Deep Pockets, Packets, and Harbors*, in *Ohio State Law Journal*, 1195 (2013)..

<sup>274</sup> Sul punto, fra gli altri, anche A. PIERUCCI, *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti della Rete*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2003, 143; L. 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 *Responsabilità civile e previdenza*, 2003, 293; G. BELLÌ, *La responsabilità civile dei service providers*, in *La responsabilità civile*, 2011, 693.

<sup>275</sup> Art 12 co 2, Direttiva 2000/31/CE.

provider nel caso in cui esso si limiti ad un ruolo meramente tecnico nella trasmissione dei contenuti.

Come il DMCA poi, anche la direttiva 2000/31 prende in considerazione l'attività di *caching*, sancendo l'immunità del provider che non intervenga attivamente sulle informazioni trasmesse e che provveda al loro costante aggiornamento. A differenza del modello americano però, il legislatore comunitario non estende lo schema del *notice and take down* anche a questo tipo di attività, e prescrive la rimozione delle informazioni memorizzate unicamente nel caso in cui queste vengano eliminate dalla loro collocazione originale<sup>276</sup>. Come in relazione al *mere conduit*, la direttiva sancisce un principio generale di non responsabilità del provider e dispone in aggiunta che questo si adegui alle norme di aggiornamento dei contenuti così da impedire la prosecuzione dell'atto lesivo. Il riferimento alle tecniche utilizzate nel settore, inoltre, funge da parametro per definire lo standard di diligenza cui il prestatore deve uniformarsi nello svolgimento della sua attività<sup>277</sup>.

Più complessa è invece la disciplina dell'attività di *hosting*, in relazione alla quale il legislatore appare più esigente e fissa un dovere di cooperazione in capo all'intermediario. In particolare, la direttiva prevede che “nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non sia responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore:

- a) non sia effettivamente al corrente del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione, o
- b) non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso”<sup>278</sup>.

La disposizione riprende pedissequamente la sezione 512 (c)(1)(A) del DMCA e così le nozioni di *actual e red flag knowledge*, ma la trasposizione diretta di questa disciplina

---

<sup>276</sup> Articolo 13 Memorizzazione temporanea detta «caching»: 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.

<sup>277</sup> RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, cit., p. 205.

<sup>278</sup> Art 14 co 1, Direttiva 2000/31/CE.

nel contesto europeo non sembra garantire lo stesso equilibrio raggiunto negli USA. L'approccio verticale del DMCA, infatti, consente di individuare uno standard interpretativo tale da garantire un bilanciamento di tutti gli interessi in gioco nei casi di violazione di copyright. Inoltre, il principio di *common law* dello *stare decisis* garantisce una certa continuità nelle decisioni delle corti. Se, quindi, negli Stati Uniti questa vaghezza terminologica è compensata da uno standard interpretativo costante, in Europa essa costituisce un rischio per l'armonizzazione della legislazione tra gli Stati membri e, come si approfondirà di seguito, per la stessa immunità dei provider. Ciò nonostante, anche nel contesto europeo è possibile ridimensionare la criticità di queste definizioni facendo ricorso all'autorevole dottrina di Falzea<sup>279</sup>, il quale opera una distinzione tra la nozione di "conoscenza" e di mera "conoscibilità" e chiarisce come quest'ultima sia costituita unicamente da una possibilità di conoscenza, cui non necessariamente consegua la conoscenza stessa. Il legislatore europeo, dunque, ricorrendo alla proposizione "essere al corrente di" intende riferirsi unicamente ai casi in cui il soggetto sia effettivamente a conoscenza dell'illecito o di circostanze da cui questo appaia evidente, andando così ad escludere i casi di conoscenza meramente eventuale<sup>280</sup>.

Il linguaggio del legislatore comunitario appare impreciso e poco tecnico anche con riguardo alla nozione di "manifesta illiceità"<sup>281</sup>. La necessità di preservare il dettato legislativo impone però un'interpretazione che individui questa situazione in tutti i casi in cui la violazione sia così palese da rendere superflue particolari conoscenze giuridiche per la sua individuazione<sup>282</sup>.

Riguardo invece all'onere della prova relativo al raggiungimento di tali standard di conoscenza, la direttiva non prende una posizione esplicita, ma, sia il tenore letterale della disciplina, sia la *ratio* che ispira la direttiva stessa, sono tali da gravare di tale onere il soggetto che lamenta la violazione<sup>283</sup>.

La versione definitiva della direttiva sul commercio elettronico ha visto l'introduzione degli articoli 12 comma 3, 13 comma 2 e 14 comma 3 i quali, con riguardo alle attività di *mere conduit*, *caching* e *hosting* lasciano aperta la possibilità per gli Stati membri di disporre che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ordini al prestatore di porre fine alla violazione. Con riguardo, poi, alla sola attività di *hosting*, l'articolo 14 comma 3, nella sua seconda parte, prevede la possibilità in sede di recepimento di

---

<sup>279</sup> A. FALZEA, *Fatto di conoscenza*, in *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 659 ss.

<sup>280</sup> RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, cit, p. 206.

<sup>281</sup> Articolo 14, comma 1, lett. a): "the provider does not have actual knowledge of illegal activity or information and, as regards claims for damages, is not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent".

<sup>282</sup> RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, cit, p. 207.

<sup>283</sup> RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, cit, p. 207.

“definire procedure per la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell’accesso alle medesime”.

Il regime analizzato finora va poi letto in combinato disposto con il dettato dell’articolo 15, che dispone che “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”. Al secondo comma, questo articolo prevede la possibilità per gli Stati membri di “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”. Come osservato in dottrina<sup>284</sup>, l’unico modo per offrire coesione ai due commi di questo articolo, che ad una prima analisi possono apparire contraddittori, è costituito da un’interpretazione che escluda qualsiasi dovere di sorveglianza in capo al provider, ma che sancisca l’obbligo per quest’ultimo di comunicare all’autorità le eventuali violazioni degli utenti nel caso in cui questi ne venga casualmente a conoscenza.

È stato sottolineato, inoltre, come il secondo comma dell’articolo 15 non sia facilmente conciliabile con l’articolo 14<sup>285</sup>: l’interpretazione preferibile sembrerebbe quella per cui, nel caso di illiceità manifesta, l’intermediario debba procedere con la rimozione immediata del contenuto prescindendo da accertamenti più dettagliati, in modo tale da garantire l’immediata cessazione dell’illecito<sup>286</sup>. Solo in un secondo momento potrebbe intervenire anche l’autorità giurisdizionale per accertare l’effettiva natura illecita dell’informazione. Qualora invece la violazione non sia palese sarà necessario informarne l’autorità competente, come eventualmente prescritto in sede di recepimento dagli Stati membri in conformità con l’articolo 15 della direttiva. Il legislatore comunitario ha proceduto però in modo disorganico: da un lato ha vincolato gli ordinamenti nazionali a conformarsi ai dettami dell’articolo 14, dall’altro ha lasciato aperta la possibilità di scegliere se conformarsi all’ultimo comma dell’articolo 15<sup>287</sup>.

L’articolo 15 risulta di centrale importanza nell’equilibrio costruito dalla direttiva 2000/31. Invero, con la sua introduzione, la Comunità Europea ha preso atto del delicato ruolo dei provider nella complessa struttura di internet e ha deciso di non onerare tali soggetti con i costi relativi ad un sistema di sorveglianza preventiva. Innanzitutto, come già osservato in relazione al sistema americano, l’enorme portata del traffico web non potrebbe che richiedere un sistema estremamente complesso di

---

<sup>284</sup> F. DI CIOMMO, *Programmi-filtro e criteri di imputazione/esonero della responsabilità on-line. A proposito della sentenza Google/Vivi down*, in *Diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2010, 830.

<sup>285</sup> RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, cit, p. 210.

<sup>286</sup> RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, cit, p. 210.

<sup>287</sup> RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, cit, p. 212.

filtraggio dei contenuti ed un conseguenze significativo esborso in termini di personale e di infrastrutture. In aggiunta, l'imposizione di un dovere di sorveglianza si tradurrebbe in una forma di responsabilità semi-oggettiva per i provider, i quali si troverebbero così esposti anche ai costi relativi al rischio di eventuali risarcimenti. Peraltro è verosimile che tali costi sarebbero poi ripartiti sugli utenti, aumentando il prezzo dei servizi online e finendo così per limitare lo stesso accesso al web ed in ultima analisi lo sviluppo di internet come mezzo di comunicazione. Rimane poi in dubbio il fatto che gli eventuali strumenti di controllo preventivo siano in grado di pervenire efficacemente a risultati concreti.

Se però l'articolo 15 condensa le ragioni giuseconomiche qui enunciate e rappresenta nella direttiva il cardine per il bilanciamento degli interessi in gioco, è anche vero che esso non risulta facilmente conciliabile con il "considerando" 48, che lascia aperta 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". Valutate in modo autonomo, queste due disposizioni parrebbero condurre l'interprete verso l'attribuzione in capo al provider di due condotte opposte. Il "considerando" 48 sembra dunque da interpretarsi come limitato dallo stesso articolo 15: sarà possibile per gli Stati membri prescrivere standard di diligenza per gli intermediari online tali da rendere possibile l'individuazione preventiva dei contenuti lesivi, ma senza che questi vadano a costituire un vero e proprio dovere di ricercarli attivamente e senza che ciò determini un regime di responsabilità oggettiva per i provider. Per dirlo con le parole di Giovanni Maria Riccio, il "considerando" 48 costituirebbe il fondamento di un'obbligazione di mezzi e non di risultato<sup>288</sup>. L'intermediario sarebbe così tenuto a predisporre i sistemi per individuare gli illeciti, ma non potrebbe poi essere considerato responsabile per le violazioni che sfuggano al suo controllo.

Ad ogni modo, queste rimangono elucubrazioni dottrinali con scarsi effetti pratici. E' alla Corte di Giustizia che deve essere delegato il compito di comporre la tensione tra la costruzione degli articoli da 12 a 14 e l'articolo 15, resa ancora più acuta dal principio affermato dall'articolo 18 della direttiva e-Commerce e confermato dall'articolo 11 della direttiva 2004/48/CE, secondo cui il rimedio concesso a livello giurisdizionale deve essere idoneo anche a prevenire violazioni future<sup>289</sup>.

---

<sup>288</sup> RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, cit, p. 213.

<sup>289</sup> Articolo 18, direttiva e-Commerce. Ricorsi giurisdizionali: 1. "Gli Stati membri provvedono affinché i ricorsi giurisdizionali previsti dal diritto nazionale per quanto concerne le attività dei servizi della società dell'informazione consentano di prendere rapidamente provvedimenti, anche provvisori, atti a porre fine alle violazioni e a impedire ulteriori danni agli interessi in causa".

Articolo 11, direttiva 2004/48 del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale. Ingiunzioni: "Gli Stati membri assicurano che, in presenza di una decisione giudiziaria che ha accertato

Proprio come il DMCA, la direttiva e-Commerce non sancisce una disciplina *ad hoc* per la responsabilità degli intermediari online<sup>290</sup>, ma si limita a stabilire le condizioni alle quali questi possano andare esenti da responsabilità per gli illeciti commessi dai loro utenti. Costruendo un sistema di responsabilità in negativo, la direttiva non intende sostituirsi al diritto comune, ma convivere con esso. Gli articoli da 12 a 15 della direttiva garantiscono infatti l'immunità ai provider che si limitino ad un ruolo meramente tecnico nella prestazione del servizio, mentre esclude tale protezione per quelli che decidano di non conformarsi a tali prescrizioni. Per questi ultimi si applicheranno di volta in volta i canoni di responsabilità previsti dai vari ordinamenti nazionali. In questo modo, peraltro, il legislatore comunitario trova il modo di eliminare il rischio della previsione di un regime di responsabilità oggettiva e riporta la disciplina nell'alveo della colpa<sup>291</sup>. L'elemento soggettivo non è però definito come una devianza rispetto ad uno standard di diligenza generico, bensì è parametrato su un modello di comportamento specifico: la direttiva fissa uno standard di colpa specifica che viene in luce in tutti i casi in cui l'intermediario non si uniformi alle condizioni prescritte.

Ci si trova così di fronte ad un sistema che, fissando la condotta che il provider deve seguire per godere di immunità, finisce per sancire un modello di responsabilità omissiva completato da un requisito di colpa specifica<sup>292</sup>. Stante la generica "libertà di non agire" di ognuno per evitare un danno a terzi, è necessaria la fissazione di una disposizione che prescriva un comportamento specifico affinché dall'omissione possa derivare responsabilità extracontrattuale: in questo contesto le prescrizioni della sezione quarta della direttiva rappresentano canoni di condotta ulteriori rispetto ai generici standard di diligenza, mentre la deviazione da tali canoni individua il requisito della colpa specifica<sup>293</sup>.

## II.1 Elementi critici della disciplina

---

una violazione di un diritto di proprietà intellettuale, le autorità giudiziarie possano emettere nei confronti dell'autore della violazione un'ingiunzione diretta a vietare il proseguimento della violazione".

<sup>290</sup> così DI CIOMMO, *Programmi-filtro e criteri di imputazione/esonero della responsabilità on-line. A proposito della sentenza Google/Vivi down*, cit., p. 845 e A. PIERUCCI, *La responsabilità extracontrattuale del fornitore di servizi telematici*, in MASCHIO, *Il diritto della nuova economia*, CEDAM, 2002, 459. Al contrario invece L. BUGIOLACCHI, *La responsabilità dell'host provider alla luce del d.lgs. 70/2003: esegesi di una disciplina dimezzata*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2005, 188, il quale ritiene che la sezione quarta della direttiva, "attraverso un'elencazione di condotte in presenza delle quali il provider non può andare esente da responsabilità", sancisca un vero e proprio regime di responsabilità *ad hoc* per gli intermediari, fondato "su ipotesi di colpa tipizzate e legislativamente predeterminate".

<sup>291</sup> Così DI CIOMMO, *Programmi-filtro e criteri di imputazione/esonero della responsabilità on-line*, cit., p. 847; BUGIOLACCHI, *La responsabilità dell'host provider alla luce del d.lgs. 70/2003*, cit., p. 193

<sup>292</sup> DI CIOMMO, *Programmi-filtro e criteri di imputazione/esonero della responsabilità on-line*, cit., p. 848.

<sup>293</sup> DI CIOMMO, *Programmi-filtro e criteri di imputazione/esonero della responsabilità on-line*, cit., p. 848.

A questo punto della trattazione è opportuno chiedersi se la soluzione proposta dalla direttiva e-Commerce raggiunga efficacemente un punto di equilibrio. Giova a tal proposito ricordare che in questo contesto gli interessi in gioco sono più ampi rispetto a quelli coinvolti nella disciplina dettata dal DMCA. Riferendosi la direttiva all'intera gamma degli illeciti compiuti online, infatti, essa non riguarda unicamente l'interesse del *copyright holder*, del provider e l'interesse collettivo alla tutela della libertà d'espressione, ma riguarda altresì gli interessi sottesi ai diritti di volta in volta violati. Così, oltre al diritto patrimoniale del *copyright holder* e degli altri titolari di proprietà intellettuale, entreranno in gioco, per esempio, anche i diritti della personalità violati dagli illeciti di diffamazione, il diritto alla protezione dei dati personali nei casi di illecita diffusione di informazioni, e via dicendo. L'obiettivo di questa trattazione è quello di esaminare il regime di responsabilità del provider con riguardo alla violazione del diritto d'autore; l'analisi effettuata in questa sede non potrà quindi essere applicata indistintamente anche agli illeciti online che coinvolgano diritti della personalità in quanto, come è evidente, il peso da attribuire a questi ultimi nell'ambito di un bilanciamento di interessi sarebbe per forza di cose differente<sup>294</sup>.

Come già accennato, la scelta di non onerare l'online provider con un dovere di controllo preventivo né con la conseguente attribuzione di un regime di responsabilità oggettiva appare idonea a garantire sia la libera iniziativa economica degli intermediari, sia lo sviluppo di internet. Un regime che assicuri al provider un alveo di immunità, se ben definito nei suoi contorni, sarebbe inoltre tale da escludere la rimozione indiscriminata dei contenuti da parte dello stesso e, in una prospettiva più ampia, sarebbe anche funzionale alla tutela della libertà di espressione.

Osservata più nel dettaglio però, questa disciplina evidenzia significative lacune che incidono pesantemente sulla stabilità di questo equilibrio, fino a metterlo in seria discussione. La critica riguarda nello specifico la più complessa disciplina relativa al servizio di *hosting*. Come anticipato, l'articolo 14 della direttiva fa riferimento ad una nozione di conoscenza che si rivela criptica e vaga, non compensata da uno standard interpretativo costante, né da una definizione dettagliata dei requisiti della notificazione dell'illecito. Stante il divieto di imporre un dovere di controllo preventivo del traffico online, infatti, la modalità più frequente con cui il provider possa venire a conoscenza della violazione è costituita verosimilmente dalla notificazione da parte del titolare dell'interesse leso, ossia, per quanto concerne il nostro caso, del titolare del diritto d'autore. Se, però, negli Stati Uniti il legislatore propone un'elencazione dettagliata dei requisiti che una *notification* deve rispettare per far sorgere *actual knowledge* in capo al provider, la direttiva comunitaria omette questo passaggio, finendo così per accentuare l'indeterminatezza del concetto di "effettiva conoscenza" del provider rispetto

---

<sup>294</sup> In tema di bilanciamento di interessi si veda, per tutti, G. SPEDICATO, *Interesse pubblico e bilanciamento nel diritto d'autore*, Milano, Giuffrè, 2013.

all'illecito. In aggiunta, se è vero che la questione potrebbe comunque essere affrontata dagli Stati membri in sede di recepimento, è necessario notare come la mancata indicazione da parte del legislatore comunitario renda tale decisione del tutto arbitraria e costituisca un rischio per la armonizzazione degli ordinamenti nazionali.

L'incertezza terminologica che caratterizza la direttiva risulta poi ancora più preoccupante se associata al dovere di rimozione del contenuto sancito all'articolo 14. Come nel sistema americano, invero, la direttiva prescrive il dovere del provider di rimuovere le informazioni ospitate una volta che esso sia venuto a conoscenza della loro illiceità, così da poter approfittare delle esenzioni di responsabilità. L'omissione di qualsiasi precisazione in ordine allo stato di conoscenza che dà origine a tale dovere di rimozione potrebbe comportare un incentivo alla rimozione indiscriminata del materiale sospetto da parte dell'intermediario, il quale sarà mosso dal proprio interesse alla limitazione dei fattori di rischio per il sereno esercizio della sua attività d'impresa. Allo stesso modo, il service provider potrebbe essere incentivato ad operare una distinzione tra i suoi utenti, accettando di ospitare unicamente i contenuti forniti da quelli considerati più affidabili<sup>295</sup>. Il fatto che la direttiva non proponga alcuna precisazione in ordine agli elementi che rendono efficace una notificazione rende la struttura ancora più precaria. Non è chiaro, ad esempio, se possa essere considerata tale anche una comunicazione anonima, o che non individui in maniera sufficientemente precisa il contenuto illecito. Quanto è certo è il fatto che, in questo stato di incertezza, il provider tenderà a rimuovere qualsiasi tipo di contenuto sospettato di essere lesivo. Le conseguenze disastrose per la libertà di espressione in un sistema di questo tipo sono evidenti, in particolare con riguardo al caso delle violazioni del diritto d'autore. Se, infatti, una fattispecie come quella della pedo-pornografia può risultare facilmente riconoscibile agli occhi di un soggetto a digiuno di conoscenze giuridiche, lo stesso non vale con riguardo ai casi relativi al diritto d'autore, in cui il riconoscimento di un utilizzo lecito del materiale protetto necessita molto spesso un'analisi approfondita. Assumendo così le veci di un organo censorio, il provider si troverebbe incentivato a rimuovere ingenti quantità di materiale la cui natura illecita sia meramente sospetta, con una conseguente lesione significativa del *free speech*. Il legislatore comunitario pare peraltro consapevole di tale rischio, in quanto nel "considerando" 46 sancisce che "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".

Questa tendenza alla rimozione sistematica del materiale sospetto non può che essere accentuata, infine, dall'assenza di una disposizione che, al pari di quella presente nel DMCA<sup>296</sup>, sancisca la responsabilità degli autori consapevoli di notifiche temerarie.

---

<sup>295</sup> G. PINO, *Assenza di un obbligo generale di sorveglianza a carico degli Internet Service Providers sui contenuti immessi da terzi in rete*, in *Danno e responsabilità*, 2004, 832.

<sup>296</sup> Sezione 512 (f): *Misrepresentation*.



Questa assenza è probabilmente giustificabile alla luce del fatto che la direttiva comunitaria si riferisce a tutti gli illeciti che possano essere commessi online, compresi quelli che, per la loro portata, siano tali da ledere un bene giuridico di interesse collettivo. In relazione a tali fattispecie non sarebbe opportuno limitare la possibilità del singolo di notificare l'illecito mediante la minaccia della responsabilità per danni. Tuttavia è evidente che, relativamente alle violazioni di proprietà intellettuale, una disposizione di questo tipo potrebbe ridimensionare il rischio di notifiche infondate e volte unicamente alla rimozione di contenuti scomodi, seppur non lesivi. Così, ad esempio, il detentore del diritto d'autore potrebbe lamentare la lesività di un contenuto per ottenerne la rimozione immediata pur essendo consapevole della legittimità di tale utilizzo, ed il titolare di un marchio potrebbe ad esempio ottenere la rimozione dal web di una pubblicità comparativa perfettamente lecita. Ovviamente, rimane salva la possibilità per gli Stati membri di introdurre una disposizione di questo tipo in sede di recepimento, ma ancora una volta l'assenza di coordinate a livello comunitario mette a rischio l'armonizzazione delle legislazioni nazionali.

Poco chiaro è inoltre l'atteggiamento della direttiva con riguardo alla questione dell'anonimato in rete<sup>297</sup>. Da un lato, invero, il secondo comma dell'articolo 15, lascia aperta la possibilità per gli ordinamenti nazionali di prevedere che l'intermediario comunichi all'autorità richiedente "le informazioni che consentano l'identificazione dei destinatari dei loro servizi con cui hanno accordi di memorizzazione dei dati"; dall'altro, invece, il "considerando" 14 esclude che la direttiva possa "impedire l'utilizzazione anonima di reti aperte quali Internet". Di nuovo: in assenza di una chiara indicazione sul piano comunitario, l'armonizzazione appare a rischio anche a tal riguardo.

Una struttura di questo tipo finisce per attribuire in capo agli online provider il dovere di riconoscere gli atti illeciti compiuti sul web. Molto spesso, però, questi ultimi non risultano palesi e la loro individuazione necessita un'analisi complessa ed articolata. Con riguardo al diritto d'autore, ad esempio, è necessario prendere in considerazione una serie di elementi quali la titolarità del diritto, l'eventuale estinzione dello stesso per scadenza dei limiti temporali, l'esistenza di eventuali licenze concesse all'utente, la portata e la durata di queste ultime e l'eventuale sussistenza di usi leciti del materiale protetto<sup>298</sup>. Peraltro l'individuazione di questo tipo di violazioni non richiede solo conoscenze tecniche specifiche, ma anche una spiccata sensibilità riguardo alla tutela dell'interesse collettivo alla libertà di espressione. Appare evidente, pertanto, come gli intermediari online non siano i soggetti più qualificati per affrontare queste problematiche. La soluzione più opportuna ed idonea a stabilire di volta in volta un

---

<sup>297</sup> PINO, *Assenza di un obbligo generale di sorveglianza a carico degli Internet Service Providers sui contenuti immessi da terzi in rete*, cit., p. 839.

<sup>298</sup> R. JULIÀ-BARCELÓ & K. J. KOELMAN, *Intermediary Liability In The E-Commerce Directive: So Far So Good, But It's Not Enough!*, in *Computer Law & Security Report*, 2000, 231.

punto di equilibrio tra gli interessi in contrasto è dunque quella di coinvolgere l'autorità giurisdizionale nel meccanismo di rimozione dei contenuti illeciti, come la direttiva indirettamente riconosce nel "considerando" 52<sup>299</sup>.

Oltre a ciò, è criticabile la decisione di non dedicare una disposizione della direttiva alle attività di *linking* e a quelle svolte dai motori di ricerca. I provider di questo tipo, oltre ad essere numericamente importanti, svolgono infatti una funzione "socialmente utile", in quanto rendono più agevole la navigazione sul web; per questo motivo le restrizioni alla condotta di questi dovrebbero sempre basarsi su motivazioni ben fondate<sup>300</sup>. La disciplina relativa a queste attività dovrebbe articolarsi in base al diverso grado di ingerenza dei provider sulle informazioni riportate od oggetto di *linking*, così da aumentare lo standard di diligenza al crescere di quest'ultimo. Parte della dottrina ritiene che, allo stato attuale, la questione dei motori di ricerca possa essere risolta mediante un'applicazione analogica della sezione 4 della direttiva, escludendo così la responsabilità del provider qualora questo si limiti ad una condotta neutrale rispetto al contenuto online<sup>301</sup>. Ancora una volta l'eccessiva indeterminatezza della direttiva rischia di minacciare l'armonizzazione della disciplina di un intermediario dalla posizione così delicata.

Per concludere, si può notare come ci sia chi ha individuato nella scelta del legislatore comunitario relativa al regime di responsabilità del provider un rischio di "underdeterrence"<sup>302</sup>, giacché il provider, esonerato da un dovere di controllo preventivo, non avrebbe alcun incentivo a sviluppare sistemi in grado quantomeno di limitare le possibilità di commettere un illecito. Un'affermazione di questo tipo è quasi del tutto condivisibile; essa, tuttavia, non appare idonea a fondare una critica consistente alla scelta di *policy* del legislatore comunitario, in quanto, alla luce dell'analisi fin qui svolta, la scelta di non gravare l'intermediario con un regime di responsabilità semi-oggettiva appare maggiormente compatibile con l'esigenza di tutelare la libertà di espressione. Non va poi sottovalutato il fatto che il provider possa trovare un incentivo per l'implementazione spontanea di tali sistemi di controllo nel suo stesso rapporto con gli utenti, ed in particolare nella volontà di offrire a questi ultimi un servizio più sicuro ed affidabile.

---

<sup>299</sup> (52) "L'esercizio effettivo delle libertà del mercato interno rende necessario garantire alle vittime un accesso efficace alla soluzione delle controversie. I danni che possono verificarsi nell'ambito dei servizi della società dell'informazione sono caratterizzati sia dalla loro rapidità che dalla loro estensione geografica. Stante questa peculiarità, oltre che la necessità di vigilare affinché le autorità nazionali non rimettano in questione la fiducia che esse dovrebbero reciprocamente avere, la presente direttiva dispone che gli Stati membri garantiscano la possibilità di azioni giudiziarie appropriate. Gli Stati membri dovrebbero esaminare la necessità di dare accesso ai procedimenti giudiziari mediante appropriati strumenti elettronici".

<sup>300</sup> Study on the Liability of Internet Intermediaries, Final Report (Markt/2006/09/E) (Service Contract ETD/2006/IM/E2/69) (Nov. 12, 2007).

<sup>301</sup> RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, cit., p. 221.

<sup>302</sup> DI CIOMMO, *Programmi-filtro e criteri di imputazione/esonero della responsabilità on-line*, cit., p. 853.

## II.2 Esempi di recepimento

Questo tentativo del legislatore comunitario di definire un modello equilibrato, se non supportato da più complete legislazioni di recepimento, rischia di fallire. I doveri di rimozione fissati dalla direttiva, infatti, si muovono unicamente a favore dei titolari dei diritti lesi (nello specifico, dei titolari dei diritti di copyright), e le lacune della disciplina pesano a sfavore della libertà di espressione. Gli sforzi di definire un punto di equilibrio da parte del legislatore comunitario potrebbero quindi essere vanificati da una normativa lacunosa e dalla eccessiva libertà lasciata all'interprete. L'infelice vaghezza del dettato normativo comunitario, inoltre, appare particolarmente grave se collocata in un contesto, come quello di internet, caratterizzato da una spiccata natura transnazionale. Capita raramente, invero, che controversie aventi ad oggetto illeciti commessi online rimangano definite entro i confini nazionali, in quanto le stesse imprese dominanti nel settore estendono la loro attività sul piano internazionale.

L'importanza dell'armonizzazione a livello comunitario è evidente; eppure, le indicazioni della direttiva volte a guidare la fase di recepimento sono sparute.

Innanzitutto la direttiva, al "considerando" 40 e all'articolo 14 co 3, lascia aperta la possibilità per gli Stati membri di "definire procedure per la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime", mentre all'articolo 16 sancisce che "1. Gli Stati membri e la Commissione incoraggiano: a) l'elaborazione, da parte di associazioni o organizzazioni imprenditoriali, professionali o di consumatori, di codici di condotta a livello comunitario volti a contribuire all'efficace applicazione degli articoli da 5 a 15". Peraltro i redattori della direttiva, evidentemente consapevoli della scarsità delle prescrizioni comunitarie, hanno dimostrato la loro sensibilità alla necessità di implementare un sistema più dettagliato, tanto che all'articolo 21 hanno rinviato in sede di riesame la possibilità di introdurre un sistema di *notice and take down*<sup>303</sup>. Ad oggi tuttavia tale prescrizione non ha ancora dato frutti.

---

<sup>303</sup> Art 21: Riesame. 1. "Entro il 17 luglio 2000, e in seguito ogni due anni, la Commissione presenta al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale una relazione sull'applicazione della presente direttiva, corredata, se necessario, di proposte per adeguarla all'evoluzione giuridica, tecnica ed economica dei servizi della società dell'informazione, in particolare per quanto concerne la prevenzione dei reati, la protezione dei minori, la tutela dei consumatori e il corretto funzionamento del mercato interno. 2. Nell'esaminare la necessità di adeguamento della presente direttiva, la relazione analizza, segnatamente, la necessità di proposte relative alla responsabilità dei fornitori di collegamenti ipertestuali e di servizi di motori di ricerca, alle procedure di «notifica e rimozione» («notice and take down») e alla determinazione della responsabilità a seguito della rimozione del contenuto. La relazione esaminerà anche la necessità di condizioni ulteriori per l'esonero dalla responsabilità, di cui agli articoli 12 e 13, tenuto conto dell'evoluzione tecnica, nonché la possibilità di applicare i principi del mercato interno alle comunicazioni commerciali non sollecitate per posta elettronica". G. M. RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, cit., p. 269 osserva come una previsione di questo tipo appaia bizzarra, nei termini in cui prende in considerazione le eventuali evoluzioni tecnologiche unicamente al fine di

È opportuno chiedersi, a questo punto, se le prescrizioni della direttiva abbiano consentito l'armonizzazione degli ordinamenti nazionali nonostante il loro scarso contenuto. A tal riguardo, Giovanni Maria Riccio ha osservato come la direttiva abbia il pregio di fissare due punti cardine idonei a limitare eventuali interpretazioni pretorie a livello nazionale. In particolare, la scelta di vietare un dovere di sorveglianza e di fissare un modello di condotta tecnico e neutrale sarebbe tale da infondere nelle legislazioni nazionali la scelta di *policy* effettuata a monte, e quindi idonea a garantire una certa uniformità nelle discipline degli Stati membri<sup>304</sup>. Il medesimo Autore, peraltro, osserva come la fissazione di questi punti sia sufficiente ad evitare che il legislatore nazionale, nell'elaborazione della normativa di recepimento, finisca per derogare alle disposizioni comunitarie vanificando così l'opera di armonizzazione, come avvenuto nel caso della responsabilità del produttore<sup>305</sup>.

Tuttavia, uno studio relativo all'applicazione della direttiva e-Commerce negli Stati membri descrive un panorama meno roseo, in quanto evidenzia una forte disarmonia tra le normative nazionali di recepimento<sup>306</sup>. In particolare, con riguardo alla delicata nozione di *actual knowledge*, le soluzioni proposte dai legislatori nazionali si differenziano molto le une dalle altre. Solo in pochi stati tale nozione è associata all'indicazione di requisiti formali per la notificazione<sup>307</sup>, ed in un numero ancora inferiore di casi questa è collocata in un sistema di *notice and take down*<sup>308</sup>. Tra questi, la soluzione più interessante e completa proviene dalla Finlandia, in cui i requisiti della notificazione e la procedura da applicare variano a seconda della gravità dell'illecito. Unicamente nei casi di violazione di copyright infatti, la disciplina finlandese prescrive una procedura di *notice and take down* comprensiva di una contro-notifica e

---

prevedere ulteriori casi di esenzione di responsabilità. In generale però, lo sviluppo di nuove tecniche di controllo fruibili dai provider dovrebbe invece portare ad un innalzamento degli standard di diligenza.

<sup>304</sup> RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, cit., p. 261.

<sup>305</sup> RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, cit., pp. 262 ss. L'autore riporta l'esempio della direttiva 85/374/CEE relativa alla responsabilità del produttore la quale, al suo articolo 13, dispone che questa lascia impregiudicati i diritti eventualmente già attribuiti al danneggiato dal diritto vigente negli Stati membri al momento dell'emanazione della direttiva stessa. L'eccessiva libertà lasciata ai legislatori nazionali da questa disposizione ha infatti vanificato di fatto l'obiettivo di armonizzazione della direttiva stessa.

<sup>306</sup> Study on the Liability of Internet Intermediaries, Final Report (Markt/2006/09/E) (Service Contract ETD/2006/IM/E2/69) (Nov. 12, 2007).

<sup>307</sup> Secondo questa relazione, specifici requisiti formali per le *notification* paragonabili a quelli previsti nel DMCA si trovano unicamente in Finlandia e Regno Unito; in Francia è prescritta una procedura di notifica opzionale applicabile unicamente agli *host provider*; in Spagna solo le notifiche provenienti dalle autorità competenti sono idonee a comportare una conoscenza effettiva in capo al provider, mentre in Portogallo si esclude che la mera comunicazione da parte di un terzo sia idonea a comportare il dovere di rimozione in capo al provider. In Germania e Olanda invece la questione è risolta mediante l'applicazione degli standard generali di conoscenza previsti nell'ordinamento.

<sup>308</sup> Secondo questa relazione, sistemi di *notice and take down* si possono trovare in Finlandia (vedi oltre), in Ungheria, in cui l'applicazione di tali procedure è limitata ai casi di violazione di proprietà intellettuale, in Lituania, in cui l'applicazione della procedura non è obbligatoria e nel Regno Unito, in cui il *notice and take down* trova applicazione unicamente in relazione ai contenuti relativi ai reati di terrorismo.

dell'indicazione dei requisiti formali della notifica principale; nei casi più gravi di rilevanza penale, invece, il provider è considerato responsabile qualora questi non rimuova il materiale una volta acquisita "effettiva conoscenza" della sua manifesta illiceità. Lo stesso studio evidenzia inoltre come in molti stati (nel dettaglio, Austria, Belgio, Danimarca, Estonia, Francia e Germania) le stesse associazioni degli internet service provider abbiano definito codici di condotta comprensivi anche di procedure di *notice and take down*; in Belgio, Francia e Germania sono invece stati avviati programmi di cooperazione tra le autorità pubbliche e le imprese private operanti nel settore al fine di elaborare una disciplina il più equilibrata possibile.

Una forte disarmonia nelle legislazioni di recepimento si può osservare, peraltro, anche con riferimento alla disciplina dei motori di ricerca e alla questione della tutela dell'anonimato in rete. Sotto il primo aspetto, invero, vi sono ordinamenti che estendono a tali intermediari le stesse esenzioni previste per gli *access provider* ed altri che applicano invece i principi generali previsti dalla legge. Riguardo ai provider che offrono attività di *linking*, invece, alcuni legislatori nazionali hanno deciso di applicare le regole previste per il servizio di *hosting*, altri hanno operato una distinzione a seconda delle varie tipologie di attività svolta e della relativa utilità sociale dei provider, mentre altri ancora prevedono una specifica esenzione nel caso di *link* sponsorizzati. Riguardo invece all'anonimato in rete, alcuni stati hanno consentito la comunicazione da parte dei provider dei dati relativi agli utenti, mentre altri hanno respinto tale possibilità<sup>309</sup>.

A parere di chi scrive, la disomogeneità delle normative di recepimento mostra l'inidoneità della direttiva a ravvicinare gli ordinamenti degli Stati membri e ad improntare gli stessi all'equilibrio tra i vari interessi delineato a livello comunitario.

Più nello specifico: se è vero che la definizione dei dettagli della disciplina può essere delegata al recepimento a livello nazionale, è auspicabile che il diritto comunitario specifichi quantomeno il requisito della "conoscenza effettiva", iniziando dalla definizione degli elementi formali della notifica. In questo modo, il legislatore comunitario limiterebbe le incertezze relative alle condizioni che danno avvio al dovere di attivazione del provider.

Inoltre, la nuova disciplina della responsabilità degli intermediari dovrebbe considerare anche le figure attualmente escluse dalla normativa vigente, e prendere posizione sulla questione dell'anonimato online.

Il recepimento dell'intero sistema di *take down*, contro-notifica ed eventuale intervento dell'organo giurisdizionale, invece, seppur preferibile allo stato attuale di assoluta indeterminazione e libertà per i legislatori nazionali, si presta comunque alle critiche svolte in relazione al DMCA. Il dovere di rimozione immediata del contenuto oggetto della notifica, infatti, appare come un rimedio che, intervenendo prima di qualsiasi

---

<sup>309</sup> Sulla questione si vedrà nel prosieguo della trattazione la pronuncia della Corte di Giustizia C-275/06 *Productores de Música de España (Promusicae) / Telefónica de España SAU*.

valutazione da parte dell'organo giurisdizionale, rappresenta un serio rischio per la libertà di espressione, a maggior ragione per il fatto che la dinamica notifica/contro-notifica risulta svilita nella prassi.

Va comunque sottolineato che la stessa Commissione UE ha espresso la necessità di ripensare la disciplina in questione promuovendo due consultazioni pubbliche, una nel 2010 e una nel 2012<sup>310</sup>, finalizzate alla revisione integrale della stessa<sup>311</sup>.

---

<sup>310</sup> “*Public consultation on the future of electronic commerce in the internal market and the implementation of the Directive on electronic commerce (2000/31/EC)*”, agosto-novembre 2010; “*Public consultation on procedures for notifying and acting on illegal content hosted by online intermediaries*”, giugno-novembre 2012.

<sup>311</sup> E. TOSI, *Tutela dei contenuti digitali in internet e responsabilità civili degli internet service provider*, 2013, disponibile su [http://www.clusit.it/whitepapers/resp\\_isp\\_2013.pdf](http://www.clusit.it/whitepapers/resp_isp_2013.pdf) (consultato il 28/04/2014).

### III. Le pronunce della Corte di Giustizia

A questo punto della trattazione è opportuno completare la panoramica sulla normativa comunitaria attraverso la considerazione delle principali pronunce della Corte di Giustizia in materia.

#### III.1 Bilanciamento di interessi: tendenze giurisprudenziali

##### III.1.1 La sentenza C-275/06, *Promusicae c. Telefónica*

Questa sentenza risulta di particolare interesse ai nostri fini in quanto rappresenta una prima, seppur elusiva, presa di posizione della Corte di Giustizia in merito al bilanciamento tra la tutela della proprietà intellettuale e quella di diritti fondamentali ulteriori<sup>312</sup>. La controversia pendeva tra la *Promusicae*, un'associazione senza scopo di lucro di cui fanno parte le maggiori etichette discografiche ed audiovisive spagnole e volta alla tutela delle prerogative degli intermediari del settore, e la *Telefónica de España*, una compagnia commerciale che fornisce servizi di accesso a internet, quindi un internet service provider (ISP). Nell'ambito di un procedimento civile dinnanzi al *Juzgado de lo Mercantil* nr. 5 di Madrid, *Promusicae* aveva richiesto a *Telefónica* di comunicare l'identità e l'indirizzo di alcuni suoi utenti di cui *Promusicae* aveva individuato l'indirizzo IP<sup>313</sup>. Secondo quanto riportato dalla associazione attrice, infatti, questi ultimi avevano utilizzato il programma *peer-to-peer* "KaZaA" per scambiare materiale protetto da diritto d'autore, la cui titolarità spettava ai membri dell'associazione. In tale contesto, il giudice nazionale aveva sollevato una questione pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia, chiedendo sostanzialmente se il diritto comunitario, e in particolare le direttive 2000/31/CE, 2001/29<sup>314</sup> e 2004/48, lette anche alla luce degli articoli 17 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, fossero da interpretarsi nel senso di imporre agli Stati membri di istituire, al fine di garantire l'effettiva tutela del diritto d'autore, un obbligo di comunicare taluni dati personali nel contesto di un procedimento civile<sup>315</sup>.

Il procedimento logico della sentenza prende avvio dall'analisi delle direttive citate dal giudice del rinvio nonché della direttiva 2002/58/CE, analizzata spontaneamente dal

---

<sup>312</sup> Corte di Giustizia UE, Sentenza C-275/06 del 29.01.2008, *Promusicae c. Telefonica de Espana SAU*), in *Racc.*, 2008, pp. I-271, commentata da D. SARTI, *Privacy e proprietà intellettuale: la Corte di Giustizia in mezzo al guado*, in *AIDA*, 2008, 427; R. CASO, *Il conflitto tra diritto d'autore e protezione dei dati personali: appunti dal fronte euro-italiano*, in *Diritto dell'internet*, 2008, 459; A. MANTELERO, *L'ingegneria interpretativa della Corte di Giustizia delle Comunità europee in soccorso della tutela online del diritto d'autore*, in *Giurisprudenza italiana*, 2008, 1422.

<sup>313</sup> Codice numerico attribuito ad un dispositivo (computer, tablet, smartphone...) collegato alla rete internet avente la duplice funzione di identificarlo e di consentire il suo raggiungimento a partire da un diverso terminale, in [http://it.wikipedia.org/wiki/Indirizzo\\_IP](http://it.wikipedia.org/wiki/Indirizzo_IP) (consultato il 17/06/2014).

<sup>314</sup> Direttiva 2001/29/CE del 22 maggio 2001 sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione.

<sup>315</sup> C-275/06, par. 34.

giudice comunitario, relativa alla protezione dei dati nel settore delle comunicazioni elettroniche. In particolare, l'articolo 5 nr. 1 della direttiva 2002/58 impone agli Stati membri un dovere di garantire la riservatezza delle comunicazioni effettuate tramite una rete di comunicazione pubblica e mediante servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico e di vietare la memorizzazione di tali dati senza l'autorizzazione degli utenti<sup>316</sup>. L'articolo 15 nr. 1 della stessa direttiva prevede alcune deroghe a questo principio, ma esse, essendo riferite da un lato alla sicurezza nazionale ed alla difesa e sicurezza pubblica, e dall'altro al perseguimento di reati, non paiono applicabili al caso in oggetto<sup>317</sup>. La corte esclude altresì che l'eccezione relativa agli utilizzi non autorizzati del sistema di comunicazione elettronica possa riferirsi ad una situazione come quella di cui alla causa principale. Invero, tale eccezione sembra riguardare l'integrità e la sicurezza del sistema e non risulta quindi applicabile ad una situazione idonea a dar luogo a procedimenti civili<sup>318</sup>.

Quest'analisi porta la corte ad affermare che la direttiva 2002/58, ed in particolare il suo articolo 15 nr. 1, non impongono direttamente agli Stati membri, nella loro legislazione di recepimento, di prevedere un obbligo di divulgare dati personali nell'ambito di un procedimento civile, al fine di consentire un'adeguata tutela del diritto d'autore.

Nonostante questa dichiarazione, la corte dimostra scarsa fermezza nella sua decisione nella parte in cui rileva che la direttiva 2002/58, pur non affermando esplicitamente un obbligo di questo tipo, nemmeno lo esclude. Nello stesso senso, peraltro, si era pronunciato l'AG Juliane Kokott<sup>319</sup>. Mediante questa analisi, la Corte di Giustizia rileva che tali fonti, pur non escludendo la possibilità per gli Stati membri di prevedere l'obbligo di divulgare dati personali nell'ambito di un procedimento civile, non

---

<sup>316</sup> C-275/06, par. 47.

<sup>317</sup> C-275/06, parr. 49-51.

<sup>318</sup> C-275/06, par. 52. Tuttavia, ai paragrafi 53 e 54, la corte osserva come il rinvio operato dall'articolo 15 all'articolo 13 nr. 1 della direttiva 95/46 legittima gli Stati membri a prevedere eccezioni alla tutela della riservatezza dei dati personali nei casi in cui queste siano necessarie, fra le altre cose, alla tutela dei diritti e delle libertà altrui. E quindi, in assenza di ulteriori specificazioni al riguardo, l'articolo 15 va interpretato come funzionale a garantire anche la tutela del diritto di proprietà intellettuale nell'ambito di un processo civile.

A tal proposito, A. MANTELERO, *L'ingegneria interpretativa della Corte di Giustizia delle Comunità europee in soccorso della tutela online del diritto d'autore*, cit., parla di "ingegneria interpretativa" della Corte di Giustizia. Secondo questo autore una tale interpretazione non è condivisibile in quanto, in primo luogo, l'analisi del dato letterale dell'articolo 15 rende evidente che il richiamo all'articolo 13 non va ad integrare i casi di deroga, ma ha la funzione di chiarire il concetto di "misura necessaria, opportuna e proporzionata". In secondo luogo, lo stesso fatto che la direttiva 2002/58/CE limiti le eccezioni alla tutela dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche solo a situazioni specifiche, fa propendere per l'esclusione di un'interpretazione estensiva delle stesse.

<sup>319</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott: "allo stato attuale del diritto comunitario, gli Stati membri hanno tuttavia la facoltà, in applicazione della terza e quarta alternativa prevista dall'articolo 15, n. 1, della direttiva 2002/58/CE, di prevedere che i dati personali sul traffico siano comunicati alle autorità statali, ai fini di consentire sia i procedimenti penali, sia i procedimenti civili intentati per violazione del diritto d'autore a causa di condivisione degli archivi. Essi non sono tuttavia tenuti a farlo".



impongono direttamente a questi di prevedere, nella loro legislazione di recepimento, un dovere di questo tipo al fine di consentire un'adeguata tutela del diritto d'autore.

Una volta esclusa quest'interpretazione, la corte si interroga sull'esistenza di altre norme di diritto comunitario che possano imporre una lettura differente delle direttive considerate. La sentenza finisce quindi per riferirsi alle disposizioni 17 e 47 della Carta di Nizza, poste a tutela, rispettivamente, del "diritto di proprietà" e del "diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale", così da valutare se un'interpretazione delle direttive che escluda un obbligo di comunicazione dei dati personali in un contesto paragonabile a quello della causa principale non sia tale da violare tali due diritti fondamentali. La corte rileva quindi il fatto che la proprietà intellettuale tutelata dalle direttive in oggetto, al pari del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, risulta riconosciuta nell'ambito dell'ordinamento comunitario come un diritto fondamentale in quanto ricompresa nel più ampio "diritto di proprietà". Nel contesto della causa principale, però, la tutela di questo interesse fondamentale si scontra con quello, di rango altrettanto primario, alla tutela della vita privata e dei dati personali, riconosciuto negli articoli 7 e 8 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. Il contrasto tra due diritti fondamentali non può che risolversi mediante un bilanciamento: a tal proposito, il giudice comunitario chiarisce come sia la stessa direttiva 2002/58, sia le direttive citate in sede di rinvio, siano già di per sé idonee a configurare un corretto punto di equilibrio. La direttiva 2002/58, infatti, fissa esplicitamente i casi in cui il trattamento dei dati personali sia consentito, mentre le tre ulteriori direttive escludono che l'applicazione delle disposizioni ivi contenute possano essere tali da incidere negativamente sul trattamento dei dati personali. La corte conclude poi il suo procedimento logico facendo riferimento al celebre precedente *Lindqvist*<sup>320</sup>, nel quale si afferma che le misure idonee a fissare un adeguato punto di equilibrio tra interessi contrastanti debbano essere delineate dagli Stati membri in sede di recepimento delle direttive comunitarie, così che queste possano essere adeguate alle varie situazioni possibili. Nella sentenza *Promusicae*, quindi, la corte, dopo aver escluso la configurabilità di un dovere di comunicazione dei dati personali per garantire l'effettività della tutela del diritto d'autore sulla base delle direttive citate, sancisce il

---

<sup>320</sup> Corte di Giustizia UE, Sentenza C-101/01 del 06.11.2003, *Lindqvist*, Racc. pag. I-12971, relativa alla pubblicazione su un sito internet svedese di dati personali relativi ai membri di una parrocchia senza l'autorizzazione di questi ultimi. A tal proposito era stata sollevata la seguente questione pregiudiziale: "Se in un caso come quello di specie si possa ritenere che le disposizioni della direttiva [95/46] pongano limiti incompatibili con i principi generali in materia di libertà di espressione, o con altre libertà e diritti, vigenti all'interno dell'Unione europea e che trovano corrispondenza, tra l'altro, nell'art. 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali". La corte si era dunque pronunciata in merito sancendo che "le disposizioni della direttiva 95/46 non pongono, di per sé, una restrizione incompatibile con il principio generale di libertà di espressione o con altri diritti e libertà, all'interno dell'Unione europea e che trovano corrispondenza, tra l'altro, nell'art. 10 della CEDU. Spetta alle autorità e ai giudici nazionali incaricati di applicare la normativa nazionale che traspone la direttiva 95/46 garantire il giusto equilibrio tra i diritti e gli interessi in gioco, ivi compresi i diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico comunitario".

principio per cui gli Stati membri, nella fase di trasposizione, devono interpretare le direttive in modo tale da garantire il giusto equilibrio tra i diversi diritti fondamentali dell'ordinamento comunitario. La stessa interpretazione delle misure di recepimento, inoltre, non deve entrare in contrasto con i diritti fondamentali, quali nello specifico la proprietà intellettuale, il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva e alla tutela dei dati personali, né con i principi generali del diritto comunitario, come ad esempio il principio di proporzionalità<sup>321</sup>.

Per quanto la tematica sia delicata e difficile da risolvere mediante uno strumento di ampia portata quale una sentenza comunitaria, la pronuncia della Corte di Giustizia pecca comunque di eccessiva debolezza. Il riferimento al principio di proporzionalità, infatti, non viene corredato dall'indicazione di criteri che possano guidare l'interprete nella valutazione delle normative di recepimento, risolvendosi così in un elemento di ambiguità che potrebbe mettere a rischio la stessa tutela a pari livello di privacy e proprietà intellettuale. L'incertezza rappresentata dal riferimento al principio di proporzionalità appare a maggior ragione evidente se si pensa alle diverse interpretazioni che di tale principio possono essere offerte. Per un verso, questo principio potrebbe legittimare il ricorso a sanzioni proporzionate alla gravità dell'illecito, e quindi dare adito a discipline nazionali differenziate in relazione ad illeciti non armonizzati sul piano comunitario<sup>322</sup>. Per altro verso, invece, tale principio potrebbe essere inteso nel senso di fondare discipline che siano sufficienti a raggiungere l'obiettivo, ma che non vadano oltre quanto strettamente necessario alla sua attuazione. Anche in quest'ottica il principio di proporzionalità potrebbe dar luogo a discipline distinte tra i vari Stati membri<sup>323</sup>. Allo stesso modo, appare eccessivamente ambiguo il riferimento alla necessità di delegare agli Stati membri il compito di contemperare i principi in materia di privacy con gli altri diritti costituzionalmente garantiti, operato mediante il rinvio alla sentenza Lindqvist. In primo luogo, le tradizioni costituzionali degli Stati membri potrebbero divergere e quindi essere a fondamento di interventi differenti da parte delle autorità pubbliche nazionali. In secondo luogo, se un approccio di questo tipo poteva apparire più comprensibile in relazione al caso Lindqvist, il cui sottofondo normativo non era stato ancora adeguatamente armonizzato a livello

---

<sup>321</sup> sul punto, M. DE CATA, *Il caso "Peppermint". Ulteriori riflessioni anche alla luce del caso "Promusicae"*, in *Rivista di diritto industriale*, 2008, 404.

<sup>322</sup> SARTI, *Privacy e proprietà intellettuale: la Corte di Giustizia in mezzo al guado*, cit., p. 439.

<sup>323</sup> Questo rischio appare però ridimensionato da una giurisprudenza costante della Corte di Giustizia relativamente al principio di proporzionalità, cui fanno riferimento la sentenza del 21 luglio 2011, Azienda Agro-Zootecnica Franchini e Eolica di Altamura (C-2/10), Racc. pag. I-6561, pt. 73), del 15 giugno 2006, Dokter e a. (C-28/05, Racc. pag. I-5431, pt. 72) e del 14 dicembre 2004, Arnold André (C-434/02, Racc. pag. I-11825, pt. 45). In queste pronunce si afferma che, al fine di rispettare il principio di proporzionalità, le misure adottate dagli Stati membri "non devono superare i limiti di ciò che è appropriato e necessario per il conseguimento degli scopi legittimamente perseguiti dalla normativa di cui trattasi, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta tra più misure appropriate, si deve ricorrere alla misura meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti".

comunitario, lo stesso non vale in relazione alla materia della proprietà intellettuale, la quale è stata oggetto di ripetuti interventi del legislatore europeo<sup>324</sup>. Nell'ambito di un settore più uniforme dal punto di vista normativo, invero, la corte avrebbe potuto sbilanciarsi nel dettare linee guida per il concreto raggiungimento di un giusto equilibrio tra diritti contrastanti.

Il principio esplicitato dalla Corte di Giustizia necessita dunque di essere affiancato da criteri interpretativi uniformi per tutti gli Stati membri, così da evitare di lasciare a questi un eccessivo grado di libertà nella determinazione del livello di compressione della tutela della proprietà intellettuale<sup>325</sup>.

Se quindi l'atteggiamento timido assunto finora dalla corte può apparire giustificato dalla complessità della questione, il futuro necessita di una presa di posizione più determinante, anche in considerazione del crescente grado di armonizzazione comunitaria della tutela della proprietà intellettuale.

### III.1.2 L'ordinanza C-557/07, LSG c. Tele2

Dei principi esplicitati nella sentenza *Promusicae* si dà conferma nell'ordinanza C-557/07, la cui questione pregiudiziale era sorta nell'ambito di una controversia tra la LSG, una società di gestione collettiva austriaca per la protezione degli interessi di artisti ed intermediari del settore, e la Tele2, una compagnia che offre servizi di accesso ad internet, la quale si era rifiutata di fornire indirizzi e nominativi di alcuni suoi utenti. Questi ultimi, infatti, utilizzando sistemi di condivisione dei file al fine di scambiare opere protette da diritto d'autore, avevano violato i diritti di esclusiva spettanti ai membri di LSG. Le corti di primo e di secondo grado austriache avevano condannato Tele2 alla comunicazione dei dati personali dei suoi clienti, ma l'*Oberster Gerichtshof*, alla luce delle osservazioni dell'Avvocato Generale nell'ambito della sentenza *Promusicae*, aveva sospeso il procedimento per sollevare due questioni pregiudiziali. La prima riguardava la nozione di "intermediario" di cui alla direttiva 2001/29, ed in particolare la possibilità che questa fosse interpretata in modo tale da comprendere anche la figura del fornitore d'accesso che non offra servizi aggiuntivi ai suoi utenti né eserciti un controllo sull'utilizzo della rete da parte dell'utente. La seconda questione verteva invece sul fatto che il diritto comunitario, ed in particolare l'art. 8, n. 3, della direttiva 2004/48, in combinato disposto con gli articoli 6 e 15 della direttiva 2002/58, fosse tale da impedire la comunicazione da parte del fornitore dei dati personali degli utilizzatori del servizio, nell'ambito di un procedimento civile finalizzato alla tutela del diritto d'autore.

Nella sua pronuncia, il giudice comunitario riprende direttamente i principi esplicitati nella sentenza *Promusicae*, ed ancora una volta sancisce che, nonostante il diritto

---

<sup>324</sup> SARTI, *Privacy e proprietà intellettuale: la Corte di Giustizia in mezzo al guado*, cit., p. 438.

<sup>325</sup> SARTI, *Privacy e proprietà intellettuale: la Corte di Giustizia in mezzo al guado*, cit., p. 440.

comunitario non osti alla previsione negli Stati membri di un obbligo di comunicazione dei dati personali nell'ambito di un procedimento civile per violazione del diritto d'autore, deve essere offerta alle direttive un'interpretazione tale da garantire un corretto equilibrio tra i diritti fondamentali in gioco. In sede di applicazione, inoltre, i giudici nazionali devono applicare il loro diritto nazionale in conformità con le direttive comunitarie, e devono evitare di offrire un'interpretazione di queste che confligga con i diritti fondamentali o con gli altri principi generali dell'ordinamento comunitario, quale ad esempio il principio di proporzionalità<sup>326</sup>.

Rispondendo poi alla prima questione pregiudiziale, la Corte di Giustizia conferma il fatto che anche un fornitore di mera connessione quale Tele2 possa rientrare nella nozione di "intermediario" di cui all'articolo 8 n. 3 della direttiva 2001/29, che si riferisce agli operatori i cui servizi siano utilizzati da terzi per commettere violazioni del diritto d'autore<sup>327</sup>. Secondo il ragionamento della corte, infatti, un soggetto che si limiti a fornire la mera connessione alla rete senza offrire servizi ulteriori né operare un controllo sul traffico può rientrare nell'ambito di tale definizione, poiché esso fornisce lo strumento mediante il quale l'utente commette la violazione<sup>328</sup>. Lo stesso "considerando" 59 della direttiva si riferisce all'"intermediario che consenta violazioni in rete da parte di un terzo contro opere o altri materiali protetti"<sup>329</sup>, andando così a comprendere anche quei fornitori di accesso ad internet che consentono in tal modo la commissione di illeciti. La corte avvalorava poi la sua posizione rilevando che, qualora si escludesse dalla nozione di "intermediario" l'unico soggetto detentore dei dati necessari ad identificare gli autori delle violazioni, la tutela della proprietà intellettuale ne risulterebbe inevitabilmente ridimensionata<sup>330</sup>.

### III.2 Pronunce relative ai provvedimenti inibitori

Il regime di esenzione di responsabilità del prestatore intermediario delineato dagli articoli 12, 13 e 14 della direttiva 2000/31 comporta una riduzione significativa dei casi di attribuzione di responsabilità al provider, che, nell'ambito delle comunicazioni online, è il soggetto che con maggior facilità è in grado di contrastare le violazioni del diritto d'autore in rete<sup>331</sup>. In un sistema, dunque, in cui la ristorazione risarcitoria del danno risulta meramente eventuale, assume particolare rilievo per i soggetti danneggiati l'accesso a misure inibitorie<sup>332</sup>. A tal fine, la direttiva 2000/31/CE sul commercio

---

<sup>326</sup> Corte di Giustizia UE, Ordinanza C-557/07 del 19.02.2009, *LSG GmbH c. Tele2 Telecommunication GmbH*, in Raccolta 2009 I-01227.

<sup>327</sup> C-557/07, par. 46.

<sup>328</sup> C-557/07 par. 43.

<sup>329</sup> C-557/07 par. 44.

<sup>330</sup> C-557/07 par 45.

<sup>331</sup> R. PETRUSO, *Fatto illecito degli intermediari tecnici della rete e diritto d'autore: un'indagine di diritto comparato*, in *Europa e diritto privato*, 2012, 1175, p. 1193.

<sup>332</sup> PETRUSO, *Fatto illecito degli intermediari tecnici della rete e diritto d'autore: un'indagine di diritto comparato*, cit., p. 1193.

elettronico, da un lato, al suo "considerando" 45<sup>333</sup>, sancisce che le disposizioni della direttiva stessa non possono precludere la possibilità per i soggetti lesi di accedere ad una tutela inibitoria, e dall'altro, all'articolo 18, dispone che i giudici nazionali debbano emanare ordini di rimozione del contenuto illecito che non solo siano effettivi, ma che siano anche tali da prevenire violazioni future. Quest'ultimo concetto è ribadito all'articolo 11 della direttiva 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, in cui si dispone che "Gli Stati membri assicurano che, in presenza di una decisione giudiziaria che ha accertato una violazione di un diritto di proprietà intellettuale, le autorità giudiziarie possano emettere nei confronti dell'autore della violazione un'ingiunzione diretta a vietare il proseguimento della violazione. (...) Gli Stati membri assicurano che i titolari possano chiedere un provvedimento ingiuntivo nei confronti di intermediari i cui servizi sono utilizzati da terzi per violare un diritto di proprietà intellettuale, senza pregiudizio dell'articolo 8, paragrafo 3, della direttiva 2001/29/CE". Quest'ultimo prevede, infine, che "Gli Stati membri si assicurano che i titolari dei diritti possano chiedere un provvedimento inibitorio nei confronti degli intermediari i cui servizi siano utilizzati da terzi per violare un diritto d'autore o diritti connessi".

La caratteristica della permanenza dell'inibitoria, ontologicamente connaturata a questo stesso tipo di rimedio, appare però in una posizione di inevitabile tensione con l'articolo 15 della direttiva e-Commerce, che vieta l'imposizione di un dovere generale di monitoraggio: non è chiaro infatti come, in esecuzione di un ordine inibitorio, un provider possa effettivamente assolvere al dovere di evitare in modo continuativo il compimento di atti illeciti, senza vedersi imporre tuttavia un dovere di controllo e filtraggio dei dati trasmessi. Qual è dunque il punto di conciliazione tra tali disposizioni contrastanti? E soprattutto, quale tipo di ordine emesso da una corte può essere tale da prevenire futuri illeciti e allo stesso tempo scongiurare il rischio di imporre un dovere generale di monitoraggio? E ancora: se l'articolo 15 lascia spazio per l'imposizione di un "dovere specifico di monitoraggio", quali sono le caratteristiche essenziali di quest'ultimo? La sede naturale delle risposte a queste domande è (o meglio, dovrebbe essere) rappresentata dalle pronunce della Corte di Giustizia.

### III.2.1 La sentenza C-324/09, L'Oréal c. eBay

Questa sentenza rappresenta la prima occasione in cui la Corte di Giustizia ha avuto modo di pronunciarsi sulla possibilità di richiedere provvedimenti inibitori rivolti verso

---

<sup>333</sup> "Considerando" 45, direttiva 2000/31/CE: *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.*

i soggetti intermediari non direttamente responsabili per la violazione, ed aventi ad oggetto sia la rimozione del contenuto illecito che la prevenzione di violazioni future<sup>334</sup>. La questione aveva tratto origine da un procedimento, svoltosi nel Regno Unito, per violazione del marchio che vedeva contrapposti la casa di cosmetici L'Oréal contro il mercato di aste online eBay. L'Oréal aveva sostenuto che, anche non volendo considerare eBay direttamente responsabile per la violazione dei suoi marchi, doveva essere pronunciata nei suoi confronti un'ingiunzione ai sensi dell'art. 11 della direttiva 2004/48<sup>335</sup>. La *High Court of Justice* aveva così sollevato, tra le altre, una questione preliminare in cui chiedeva se “Nel caso in cui i servizi di un intermediario quale un gestore di un sito Internet (fossero) stati utilizzati da terzi per violare un marchio registrato, se l'art. 11 della [direttiva 2004/48], (imponesse) agli Stati membri di garantire che il titolare del marchio (potesse) 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 (fosse) la portata dell'ingiunzione che può essere richiesta”<sup>336</sup>.

Innanzitutto, la corte ha voluto vagliare l'ammissibilità di un'ingiunzione che imponga la predisposizione di tutela preventiva della proprietà intellettuale da parte del soggetto intermediario. L'articolo 11 della direttiva 2004/48/CE, infatti, si riferisce alla tutela preventiva unicamente nel suo primo periodo, il quale è rivolto solamente ai soggetti che hanno commesso direttamente tali violazioni. Il terzo periodo, invece, riferito esplicitamente agli intermediari della rete, menziona genericamente l'adozione di “provvedimenti ingiuntivi” i quali, ad una prima analisi, non devono necessariamente essere tali da impedire la continuazione della violazione. Tuttavia, secondo la corte, un'interpretazione teleologica della direttiva, il cui scopo è far sì che gli Stati membri garantiscano una tutela effettiva della proprietà intellettuale, sarebbe tale da estendere il carattere permanente dell'inibitoria anche in relazione agli intermediari.

Una volta fissato questo punto, la corte si interroga sui criteri concreti che i legislatori nazionali dovrebbero seguire al fine di prevedere dei rimedi inibitori coerenti con il diritto comunitario. In primo luogo, conformemente all'articolo 15 della direttiva e-Commerce, tali rimedi non potranno comportare l'imposizione di un dovere generale di monitoraggio sui contenuti immessi in rete. Inoltre, alla luce dell'articolo 3 della direttiva 2004/48/CE, tali misure dovranno essere eque, effettive, proporzionate e non eccessivamente costose, mentre secondo i dettami del secondo comma dello stesso articolo non dovranno essere poste barriere al commercio legittimo. Successivamente a queste enunciazioni di principio, la corte suggerisce due diversi rimedi esperibili in quel

---

<sup>334</sup> Corte di Giustizia UE, Sentenza C-324/09 del 12.07.2011, *L'Oréal SA e altri contro eBay International AG e altri*, in Raccolta 2011 I-06011.

<sup>335</sup> C-324/09, par. 43.

<sup>336</sup> Questione pregiudiziale nr. 10, Corte di Giustizia UE, Sentenza C-324/09 del 12.07.2011, *L'Oréal SA e altri contro eBay International AG e altri*, cit.

caso concreto<sup>337</sup>. Il primo potrebbe essere costituito ad esempio dal blocco dell'account dell'utente autore dell'illecito, mentre il secondo potrebbe essere costituito dalla previsione di rimedi volti alla identificazione di chi ha commesso l'illecito, al fine di rendere più efficace il ricorso giurisdizionale. Tale posizione della corte è solo apparentemente in contrasto con quanto stabilito nella decisione *Promusicae*, poiché se in linea di massima il diritto alla proprietà intellettuale deve essere temperato con la tutela dei dati personali, nel caso di specie si può affermare che quando l'autore della violazione agisce nell'ambito del commercio elettronico, e non nella sfera privata, allora questi deve essere identificabile<sup>338</sup>. Nel prosieguo della trattazione si prenderà nuovamente in considerazione questa sentenza, in quanto essa presenta interessanti spunti anche riguardo alla figura dell'*host* provider attivo.

### III.2.2 Le sentenze C-70/10, *Scarlet c. Sabam* e C-360/10 *Sabam c. Netlog*

Le sentenze *Scarlet v. SABAM* e *SABAM v. Netlog* rappresentano la prima occasione per la Corte di Giustizia per prendere posizione sulle concrete modalità operative delle misure inibitorie disposte dai giudici nazionali<sup>339</sup>. Nel primo caso, la questione pregiudiziale sorge nell'ambito di una controversia tra una società di gestione collettiva dei diritti di autori e produttori di opere musicali, la SABAM, e Scarlet, un ente fornitore di accesso ad internet. La SABAM aveva rilevato il fatto che alcuni utenti di Scarlet avevano scaricato illecitamente materiale protetto da diritti d'autore spettanti ai membri della società attrice, e aveva così richiesto la condanna di Scarlet alla cessazione della violazione. Il tribunale di primo grado di Bruxelles aveva dunque condannato la società intermediaria ad impedire qualsiasi forma di scambio di materiale protetto da copyright. Scarlet aveva proposto appello contro tale decisione e nell'ambito di tale giudizio il giudice aveva sollevato questione pregiudiziale, al fine di accertare se gli obblighi posti a suo carico fossero conformi con il diritto comunitario. In particolare, il giudice del rinvio chiedeva alla Corte di Giustizia di chiarire se il diritto comunitario, nello specifico le direttive 2000/31, 2001/29, 2004/48, 95/46 e 2002/58, anche alla luce del rispetto dei diritti fondamentali implicati, fosse tale da impedire ad un giudice nazionale di ingiungere ad un intermediario di disporre sistemi di filtraggio di tutto il traffico online nei confronti di tutti i suoi utenti, a livello preventivo e per un tempo indeterminato, tale da individuare ed impedire le violazioni del diritto d'autore<sup>340</sup>.

---

<sup>337</sup> V. M. SCHRIJVERS, *European Court rules on the position of eBay regarding sale of infringing products: L'Oréal v. eBay*, in *European Intellectual Property Review*, 732 (2011).

<sup>338</sup> Corte di Giustizia UE, Sentenza C-324/09 del 12.07.2011, *L'Oréal SA e altri contro eBay International AG e altri*, pt. 142. Sul punto, anche PETRUSO, *Fatto illecito degli intermediari tecnici della rete e diritto d'autore: un'indagine di diritto comparato*, cit.

<sup>339</sup> Corte di Giustizia UE, Sentenza C-70/10 del 24.11.2011, *Scarlet Extended SA contro Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, in Raccolta 2011 I-11959.

<sup>340</sup> C-70/10, par. 28.

Per risolvere la questione, la corte fa riferimento alle direttive 2001/29 e 2004/48, le quali legittimano i titolari dei diritti di proprietà intellettuale ad ottenere nei confronti degli intermediari un provvedimento volto alla cessazione degli atti lesivi. Le disposizioni nazionali di recepimento poi, come direttamente esplicitato dalle stesse direttive, non possono entrare in contrasto con la direttiva e-Commerce, e nello specifico con il suo articolo 15 il quale, come visto, vieta alle autorità nazionali di imporre un dovere di sorveglianza in capo agli intermediari. A questo punto, la corte prende in considerazione il punto centrale della questione, ossia se un'ingiunzione come quella oggetto della causa principale istituisca *di fatto* un dovere di sorveglianza vietato dall'articolo 15 della direttiva e-Commerce. Per rispondere a tale quesito, il giudice comunitario analizza le implicazioni derivanti dalla predisposizione di un sistema di filtraggio, e rileva come l'intermediario dovrebbe in primo luogo identificare i file oggetto di traffico *peer-to-peer* nell'ambito dell'intero traffico sulle sue reti; tra questi, dovrebbe successivamente individuare i file lesivi dei diritti d'autore facenti capo ai soggetti che lamentino la violazione e, in ultima istanza, dovrebbe impedirne l'ulteriore scambio. Da questa analisi emerge dunque il fatto che una ingiunzione come quella disposta dal giudice di Bruxelles sarebbe tale da comportare un dovere di sorveglianza generale e preventivo in capo al provider che risulterebbe in contrasto con il suddetto articolo 15<sup>341</sup>. La corte prosegue poi nel suo ragionamento e prende in considerazione la possibilità di giustificare quest'ingiunzione in un'ottica di rispetto dei diritti fondamentali tutelati dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. La tutela del diritto alla proprietà intellettuale, però, non sembra idonea a questo fine, in quanto né la Carta né la giurisprudenza ne sanciscono l'intangibilità. La stessa sentenza *Promusicae*, infatti, ne fissa il necessario bilanciamento con gli altri diritti fondamentali con cui di volta in volta entri in conflitto. Il giudice comunitario, quindi, si pronuncia nel senso di un necessario bilanciamento tra la proprietà intellettuale e, da un lato, il libero esercizio dell'attività d'impresa degli intermediari, e dall'altro il diritto ad essere informati ed alla protezione dei dati personali degli utenti. Come chiarito nella stessa sentenza, l'implementazione di un sistema di filtraggio comporterebbe sia l'identificazione di tutti gli indirizzi IP degli utenti, sia un rischio di lesione della libertà di informazione, vista la difficoltà di distinguere, per mezzo di uno strumento automatico, i contenuti leciti da quelli illeciti<sup>342</sup>. La corte conferma così il principio per cui le direttive di cui sopra, lette in combinato disposto con i diritti fondamentali della Carta, escludono la possibilità di ingiungere ad un intermediario online di predisporre sistemi di filtraggio preventivi<sup>343</sup>.

---

<sup>341</sup> C-70, par. 40.

<sup>342</sup> E' infatti difficile o impossibile per un sistema di filtraggio automatico distinguere le opere già cadute in pubblico dominio o oggetto di regolare licenza.

<sup>343</sup> C-70, par. 54.



Nell'arco di pochi mesi la corte ha avuto occasione di confermare quanto sancito nel caso Scarlet<sup>344</sup>. In un'altra controversia, invero, la stessa SABAM aveva citato in giudizio Netlog, un social network che metteva a disposizione degli utenti una piattaforma virtuale per la condivisione di informazioni e contenuti audiovisivi, di cui alcuni senza l'autorizzazione di SABAM. Quest'ultima aveva pertanto chiesto al giudice nazionale di concedere una tutela inibitoria nei confronti del provider, tale per cui quest'ultimo avrebbe dovuto cessare ogni messa in circolazione illecita delle opere del repertorio di SABAM<sup>345</sup>. A tale proposito però, Netlog aveva lamentato il fatto che un ordine di questo tipo avrebbe comportato l'imposizione in capo al provider di un dovere generale di sorveglianza e, nello specifico, lo avrebbe obbligato a predisporre un sistema di filtraggio preventivo, esclusivamente a sue spese e senza limiti di tempo, avente ad oggetto l'intera clientela e l'intero traffico di informazioni, al fine di individuare e bloccare lo scambio delle opere facenti capo a SABAM. Il giudice aveva quindi sollevato dinnanzi alla corte la medesima questione pregiudiziale relativa al caso Scarlet riguardante la compatibilità di un'ingiunzione di questo tipo con l'articolo 15 della direttiva sul commercio elettronico.

Dopo aver accertato la natura di *hosting* provider di Netlog, la corte ha ripercorso passo-passo il procedimento logico seguito in Scarlet, per giungere ancora una volta alla conclusione per cui le direttive 2000/31, 2001/29 e 2004/48, interpretate alla luce dei diritti fondamentali dell'ordinamento comunitario, ostano all'imposizione di un ordine come quello di cui alla causa principale.

In entrambe le pronunce, la corte, nel negare la conformità di un ordine inibitorio di questo tipo con il diritto comunitario, richiama le sue precedenti pronunce in tema di proporzionalità e bilanciamento della proprietà intellettuale con le varie libertà fondamentali con cui di volta in volta si scontra<sup>346</sup>. La proprietà intellettuale non è, infatti, un diritto intangibile da tutelare in via assoluta e ad essa possono essere apportate restrizioni a condizione di non intaccare il suo nucleo essenziale. Questo compito spetterà ai giudici nazionali, i quali dovranno individuare un giusto bilanciamento tra libertà di impresa del provider, diritto alla tutela dei dati personali<sup>347</sup> e libertà di informazione del pubblico<sup>348</sup>.

---

<sup>344</sup> Corte di Giustizia UE, Sentenza C-360 del 16.02.2012, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) contro Netlog NV*, in *Raccolta digitale*.

<sup>345</sup> C-360, par. 21.

<sup>346</sup> PETRUSO, *Fatto illecito degli intermediari tecnici della rete e diritto d'autore: un'indagine di diritto comparato*, cit., p. 1205.

<sup>347</sup> V. P. SAMMARCO, *Alla ricerca del giusto equilibrio da parte della Corte di Giustizia UE nel confronto tra diritti fondamentali nei casi di impiego di sistemi tecnici di filtraggio*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2012, 297, che mette in discussione il fatto che all'indirizzo IP possa essere attribuita la qualifica di dato personale: "E' vero che la normativa comunitaria in materia di tutela dei dati personali definisce il dato personale come qualunque informazione concernente una persona fisica identificata o identificabile (...) però, nel caso dell'indirizzo IP (dinamico), esso consente di identificare non un soggetto, ma un terminale da cui trae origine o si riceve il *file* lesivo dei diritti di proprietà intellettuale. E solamente la successiva operazione di combinazione dell'indirizzo IP, con la data e l'orario di attività di

La corte, dunque, è inequivocabile nel sancire che un obbligo generale di monitoraggio come quello imposto dall'ingiunzione della causa principale, sarebbe incompatibile con il diritto comunitario, e nello specifico con l'articolo 15 della direttiva e-Commerce. Mancano però, a questo punto, dei canoni precisi che permettano di individuare con chiarezza se vi sia un tipo di rimedio inibitorio permanente conforme a tale principio e quali sarebbero le caratteristiche di un simile rimedio.

### III.2.3 La sentenza C-314/12, UPC Telekabel c. Constantin Film Verleih

Questa sentenza rappresenta l'ultima pronuncia in ordine temporale della Corte di Giustizia in merito alla questione dell'ammissibilità degli ordini inibitori diretti agli intermediari della comunicazione online<sup>349</sup>. Il contesto originario della pronuncia presentava le condizioni ideali per un intervento della corte, che potesse dirimere i dubbi relativi alle caratteristiche positive di una tutela inibitoria conforme all'ordinamento comunitario. Come si vedrà di seguito, la pronuncia in commento ha tuttavia deluso le aspettative.

La questione pregiudiziale sorge nell'ambito di una controversia tra l'ente austriaco fornitore di accesso ad internet UPC Telekabel Wien da un lato, e le due società di produzione cinematografica Constantin Film Verleih e Wega Filmproduktionsgesellschaft dall'altro. Queste ultime erano venute a conoscenza del fatto che il sito internet "kino.to" metteva a disposizione del pubblico materiale protetto da diritto d'autore senza la loro autorizzazione ed avevano così ottenuto dallo *Handelsgericht Wien* un'ingiunzione rivolta ad UPC Telekabel avente ad oggetto il divieto di fornire agli utenti l'accesso a tale sito, da attuarsi mediante il blocco del nome a dominio e dell'indirizzo IP. In appello, l'*Oberlandesgericht Wien* aveva parzialmente emendato l'ingiunzione emanata in primo grado, convertendola in un c.d. "Erfolgsverbot" (divieto di risultato). L'*Erfolgsverbot* è un rimedio peculiare del diritto

---

scambio di informazioni con i dati personali a disposizione del solo provider, consente di risalire all'identità deludente. Si tratterebbe dunque, nel caso di specie, di un dato personale incompleto, non pienamente formato, proprio perché non vi sarebbe la corrispondenza tra indirizzo IP e la persona fisica".

<sup>348</sup> Sul punto, anche A. SPAGNOLO, *Bilanciamento tra diritto d'autore, libertà d'impresa e libertà fondamentali nella giurisprudenza recente della Corte di Giustizia*, in *Giurisprudenza di merito*, 2013, 125; M. BELLIA, G. A. M. BELLOMO, M. MAZZONCINI, *La responsabilità civile dell'Internet Service Provider per violazioni del diritto d'autore*, in *Diritto industriale*, 2012, 346; M. COLANGELO, *Internet e sistemi di filtraggio tra enforcement del diritto d'autore e tutela dei diritti fondamentali: un commento ai casi Scarlet e Netlog*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, 580; A. MONTANARI, *Prime impressioni sul SABAM c. Netlog NV: gli Internet Service Provider e la tutela del diritto d'autore online*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2012, 1075.

<sup>349</sup> Corte di Giustizia, Sentenza C-314/12 del 27.03.2014, *UPC Telekabel Wien GmbH contro Constantin Film Verleih GmbH e Wega Filmproduktionsgesellschaft GmbH*, disponibile su <http://curia.europa.eu/>; in merito, C. ANGELOPOULOS, *CJEU in UPC Telekabel Wien: A totally legal court order... to do the impossible*, in <http://kluwercopyrightblog.com/>, 3 aprile 2014; O. PORCHIA, B. RANDAZZO, *Bollettino di informazione sulla giurisprudenza delle corti sovranazionali europee*, disponibile su [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/bollettini/BollettiniCSE/Bollettino\\_Cse\\_201404.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/bollettini/BollettiniCSE/Bollettino_Cse_201404.pdf), punto 7.

processuale austriaco che consente al giudice di richiedere al destinatario il raggiungimento di un certo risultato, senza tuttavia specificare quali misure dovrebbero essere adottate a tale scopo<sup>350</sup>. Il verificarsi dell'evento da impedire dà origine ad una violazione del divieto in parola e comporta l'applicazione di una sanzione. Dal punto di vista processuale inoltre, l'onere della prova spetta al soggetto che lamenta la violazione; pertanto il destinatario dell'ordine, in opposizione, può rivendicare il fatto di aver adottato tutte le misure ragionevoli al fine di evitare il verificarsi dell'evento, e così l'applicazione della sanzione<sup>351</sup>.

Il giudizio d'appello era poi stato nuovamente impugnato e l'*Oberster Gerichtshof* (Corte Suprema) aveva sollevato una serie di quattro questioni preliminari dinanzi alla Corte di Giustizia.

In primo luogo, la corte austriaca aveva chiesto se il fornitore della connessione ad internet potesse essere considerato un "intermediario" ai sensi dell'articolo 8 paragrafo 3 della direttiva 2001/29, ed essere quindi destinatario di un provvedimento che imponesse al provider di impedire l'accesso dei propri utenti ad un sito internet lesivo. Nel procedimento principale, infatti, la UPC aveva contestato la legittimità di un'ingiunzione di questo tipo, stante l'insussistenza di un rapporto contrattuale con il sito internet dove si trovava il materiale lesivo e l'assenza di prove circa l'accesso dei suoi abbonati ai contenuti mesi a disposizione illecitamente. Per rispondere a tale questione, la corte ha fatto riferimento alle motivazioni dell'ordinanza LSG e, ribadendo che la mera fornitura di accesso ad internet qualifica il provider come "intermediario", ha negato che ai fini dell'applicazione dell'articolo 8 paragrafo 3 della direttiva 2001/29 sia necessario dare prova del coinvolgimento del provider con l'attività lesiva<sup>352</sup>. Per rafforzare la sua linea interpretativa, la corte ha fatto ancora una volta riferimento ai "considerando" 9 e 59 della direttiva 2001/29, che da un lato fissano un elevato standard di protezione del diritto d'autore e dall'altro individuano i provider come i soggetti più adatti ad impedire le violazioni.

Vista la risposta positiva alla prima questione, inoltre, la corte ha ommesso di rispondere alla seconda, relativa alla legittimità della copia privata di materiale reso accessibile al pubblico in modo illecito.

La corte ha così concentrato la sua attenzione direttamente sulla terza questione, avente ad oggetto il fatto che i diritti fondamentali riconosciuti dall'UE possano essere

---

<sup>350</sup> F. BULLO, B. CIOLA, S. COLUCCIA, F. MAGANZI GIOENI D'ANGIÒ, F. MAYER, A. TREIBER & L. VOLTMER, *Dizionario terminologico del diritto dei contratti/ Terminologisches Wörterbuch zum Vertragsrecht*, Monaco, München: Beck, 2003.

<sup>351</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Villalón del 26.11.2013, causa C-314/12, par. 67-69; riguardo alle conclusioni dell'AG vedi S. TOTINO, *La responsabilità dell'Internet Service Provider alla luce delle conclusioni dell'avvocato generale dell'UE nella causa C-314/12*, disponibile su <http://www.dimt.it/>, 9 dicembre 2013 (consultato il 28/04/2014); N. CORDELL, P. BRIDGMAN BAKER, *ISPs and site blocking orders: the current case law surrounding the liability of ISPs in online copyright infringement*, in *Intellectual Property Magazine*, 16 (2014).

<sup>352</sup> C-314/12, par. 34-39.

interpretati in modo tale da precludere un'ingiunzione rivolta all'intermediario ed avente ad oggetto il blocco di un sito illecito, qualora tale ingiunzione non specifichi quali misure il provider debba adottare e quest'ultimo possa dimostrare di aver assolto ad essa dimostrando di aver preso tutte le misure ragionevoli.

In primo luogo è opportuno osservare, come esplicitato dall'Avvocato Generale nelle sue Conclusioni<sup>353</sup>, che l'ingiunzione oggetto della causa principale non entra in contrasto con l'articolo 15 della direttiva e-Commerce: l'ingiunzione di cui alla causa principale riguarda il blocco di un sito internet specifico, e non comporta quindi l'imposizione di una *general monitoring obligation* di fatto. L'occasione che si presentava alla corte era dunque ottimale per dettare delle linee guida che permettessero di distinguere una *general monitoring obligation*, espressamente vietata dal diritto comunitario, da una *specific monitoring obligation*, che al contrario è consentita.

Innanzitutto, la corte ha individuato un conflitto tra diritti fondamentali su tre fronti, distinguendo chiaramente tra diritto d'autore e diritti connessi, libertà di impresa del soggetto intermediario e libertà di informazione dell'utente internet. Essa ha poi ripreso la conclusione della sentenza Promusicae secondo la quale, nel caso in cui siano coinvolti più diritti fondamentali, è necessario garantire un giusto equilibrio tra essi, nel rispetto anche del principio di proporzionalità.

Al fine di valutare se un'ingiunzione come quella in oggetto sia tale da garantire un equilibrio di questo tipo, la corte ha preso in considerazione uno per uno i diritti fondamentali coinvolti. Con riguardo alla libertà di iniziativa economica dell'intermediario, la corte ha sottolineato il fatto che l'*Erfolgsverbot* è un provvedimento inibitorio che consente all'*access provider* di selezionare le misure che meglio si adattano alle sue risorse, e che appaiono più compatibili con ulteriori obblighi e sfide che possano presentarsi. Allo stesso tempo, l'intermediario non viene sottoposto a sacrifici insostenibili, vista la possibilità di evitare di incorrere in responsabilità mediante la mera dimostrazione di aver preso tutte le misure ragionevoli al fine di evitare il verificarsi dell'evento<sup>354</sup>. Riguardo invece al rispetto del diritto di informazione degli utenti, la corte ha omesso di condurre un'analisi di questo tipo, ed ha rimesso in capo agli stessi intermediari l'onere di identificare il corretto punto di equilibrio. Il giudice comunitario ha affermato infatti che, nell'adottare le misure attuative dell'ingiunzione, l'intermediario deve tenere in dovuta considerazione il diritto degli utenti ad essere informati; il provider dovrà quindi attuare misure che siano strettamente rivolte all'obiettivo di porre fine alla violazione, senza intaccare il diritto fondamentale connesso<sup>355</sup>. Infine, riguardo alla tutela della proprietà intellettuale, la corte ha sottolineato il fatto che, in alcuni casi, una completa cessazione della violazione potrebbe risultare di difficile attuazione nella pratica: da un lato, il destinatario

---

<sup>353</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Villalón del 26.11.2013, causa C-314/12, parr. 77-78.

<sup>354</sup> C-314/12 parr. 51-53.

<sup>355</sup> C-314/12 par. 56.

dell'ingiunzione ha la possibilità di evitare di incorrere in responsabilità qualora questi non adottino misure che, pur essendo realizzabili, non appaiono ragionevoli; dall'altro, potrebbe non esistere alcuna misura che impedisca in toto le violazioni di copyright. Ciò non pone problemi di ordine giuridico, in quanto la Carta dei diritti fondamentali, al suo articolo 17 paragrafo 2, non impone una tutela assoluta e intangibile della proprietà intellettuale<sup>356</sup>. Pertanto, le misure adottate dal provider devono essere sufficientemente idonee a garantire una protezione genuina del diritto d'autore, ed essere tali da prevenire la consultazione non autorizzata del materiale protetto o, quantomeno, tali da renderne difficile l'accesso o scoraggiare seriamente gli utenti dall'agire in tal senso<sup>357</sup>. In conclusione, la corte ha sancito che gli *Erfolgsverbot*, consentendo agli intermediari di evitare la responsabilità dimostrando di aver preso tutte le misure ragionevoli, sono compatibili con il diritto comunitario se tali misure non confliggono con il diritto degli utenti e, allo stesso tempo, impediscono o scoraggiano seriamente l'accesso ai contenuti illeciti<sup>358</sup>.

Ancora una volta, la risposta positiva alla terza questione pregiudiziale ha consentito alla corte di astenersi dall'esprimersi sulla quarta, relativa alla legittimità di imporre all'intermediario misure specificamente identificate, finalizzate al blocco dell'accesso ad un sito web contenente materiale illecito.

La corte dunque, riproponendo lo standard interpretativo adottato nelle sue precedenti pronunce, ha perso l'occasione di dirimere le incertezze relative alla distinzione tra ingiunzioni ammesse e non ammesse. Con la sua pilatesca decisione, il giudice comunitario ha omesso di dettare le linee guida necessarie ad indirizzare correttamente il legislatore nazionale, facendo valere un bilanciamento intrinseco allo stesso *Erfolgsverbot*. Delegando quindi agli *access provider* il compito di individuare il giusto equilibrio tra i diritti fondamentali contrastanti, la corte ha evitato di prendere una chiara posizione sul punto, lasciando così il soggetto privato sprovvisto di linee guida in ordine alle misure volte a perseguire l'obiettivo.

Sarebbe stato di gran lunga preferibile seguire l'opinione dell'Avvocato Generale Cruz Villalón il quale, nelle sue Conclusioni, dà una risposta negativa alla terza questione e una positiva alla quarta: in questo modo, la corte avrebbe sancito l'incompatibilità con il diritto comunitario degli *Erfolgsverbot* emanati nei confronti degli intermediari nel contesto delle violazioni online di copyright, ma avrebbe consentito di fare ulteriore chiarezza riguardo alle ingiunzioni specifiche dirette agli intermediari<sup>359</sup>. In particolare, l'AG ritiene incompatibile con il bilanciamento dei diritti fondamentali un ordine che prescriva ad un provider di bloccare un sito specifico in via del tutto generale, senza

---

<sup>356</sup> Come sancito nella sentenza *Scarlet*, cit., par. 43.

<sup>357</sup> C-314/12, par. 62.

<sup>358</sup> C-314/12 par. 64.

<sup>359</sup> C. ANGELOPOULOS, *CJEU in UPC Telekabel Wien: A totally legal court order... to do the impossible*, cit.

indicare le concrete misure di attuazione. Come Cruz Villalón brillantemente osserva, qualora il provider decidesse di porre in essere misure tenui nel rispetto della libertà di informazione dell'individuo, rischierebbe di incorrere in una sanzione nella fase del procedimento esecutivo; al contrario, qualora questo optasse per l'attuazione di misure più severe, potrebbe trovarsi a fronteggiare il rischio di una controversia con gli utenti<sup>360</sup>. La decisione della corte, pertanto, pecca di eccessiva debolezza nella parte in cui, riproponendo il concetto di "giusto equilibrio" affermato nelle precedenti pronunce, non stabilisce le linee guida necessarie a stabilirlo, e rinvia il perfezionamento di questo bilanciamento ad un soggetto privato<sup>361</sup>. Peraltro l'AG, dopo essersi espresso contro la compatibilità con il diritto comunitario di un'ingiunzione come l'*Erfolgsverbot*, esclude che l'imposizione di una misura di blocco specifica sia da considerarsi sproporzionata per il solo fatto di imporre all'intermediario il dispiego di energie significative pur potendo essere elusa con facilità<sup>362</sup>. Se anche la Corte di Giustizia si fosse pronunciata in tal senso, si sarebbe potuto evitare l'attribuzione in capo al provider della necessaria ricerca di un punto di equilibrio tra interessi contrastanti, e si sarebbe ripristinato il controllo dei giudici nazionali sul bilanciamento realizzato.

Oltre a perdere l'occasione di esprimere la sua posizione in merito al concreto bilanciamento di interessi, inoltre, la corte rende vivo il rischio di ostacolare l'armonizzazione tra gli ordinamenti comunitari, in quanto solo pochi Stati membri prevedono nel loro ordinamento ingiunzioni paragonabili agli *Erfolgsverbot*<sup>363</sup>. Questo rischio era stato previsto dalla corte austriaca nel suo giudizio di rinvio, nel quale essa aveva suggerito alla Corte di Giustizia di indicare linee guida per determinare la proporzionalità delle misure di blocco<sup>364</sup>. Nelle due sentenze Scarlet e Netlog la corte ha espresso con chiarezza che le ingiunzioni che impongano un dovere di filtraggio del traffico sono incompatibili con il diritto comunitario; con la sentenza UPC Telekabel invece, essa ha previsto che ingiunzioni che impongano un generico dovere di bloccare l'accesso ad un sito internet possono astrattamente essere considerate lecite, omettendo però di indicare quali siano le condizioni per il raggiungimento di un corretto bilanciamento di interessi.

### III.3 La figura dell'*host* provider attivo nelle pronunce della Corte di Giustizia

---

<sup>360</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Villalón del 26.11.2013, causa C-314/12, par. 89.

<sup>361</sup> C. ANGELOPOULOS, *CJEU in UPC Telekabel Wien: A totally legal court order... to do the impossible*, cit.

<sup>362</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Villalón del 26.11.2013, causa C-314/12, par. 109, relativamente alla quarta questione pregiudiziale sollevata dal giudice del rinvio.

<sup>363</sup> C. ANGELOPOULOS, *CJEU in UPC Telekabel Wien: A totally legal court order... to do the impossible*, cit.

<sup>364</sup> Disponibile su Bundeskanzleramt Rechtsinformationssystem: [https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT\\_20120511\\_OGH000\\_2\\_0040OB00006\\_12D0000\\_000](https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20120511_OGH000_2_0040OB00006_12D0000_000).

Come precedentemente rilevato, gli alvei di immunità garantiti agli intermediari dalla disciplina sul commercio elettronico si riferiscono ad un modello di condotta sostanzialmente neutrale nei confronti dei contenuti oggetto del servizio. Il "considerando" 42 dà conferma di questa lettura specificando che "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".

La rapida evoluzione dei servizi offerti in rete ha condotto però alla nascita di una nuova figura di intermediario, terza sia rispetto sia a quella di *content provider* sia a quella di provider "passivo". Al fine di escludere l'applicazione in capo a questa nuova figura delle esenzioni di responsabilità, le corti degli Stati membri hanno elaborato la nozione di "provider attivo". Le seguenti pronunce della Corte di Giustizia fanno chiarezza su tale definizione.

III.3.1 Le sentenze C-236/08, C-237/08 e C-238/08, *Google c. Louis Vuitton Malletier*  
La pronuncia resa dalla Corte di Giustizia il 23 marzo 2010 nelle cause riunite C-236/08, C-237/08 e C-238/08, relative ai casi *Google France v. Louis Vuitton Malletier*, *Google France v. Viaticum Luteciel* e *Google France v. CNRRH*<sup>365</sup> è considerata dalla dottrina come il *leading case* in materia di regime di esonero da responsabilità degli intermediari<sup>366</sup>. Le questioni pregiudiziali erano state sollevate nell'ambito di tre procedimenti relativi a violazioni di marchio mediante l'utilizzo del servizio di Google "AdWords", attraverso il quale il famoso motore di ricerca consente ad un operatore economico, su pagamento di un corrispettivo, di far apparire un *link* pubblicitario al suo sito quando un utente effettua una ricerca. L'inserzione pubblicitaria appare quando le parole digitate come chiave di ricerca dall'utente sono coincidenti con quella o quelle

---

<sup>365</sup> Corte di Giustizia UE, Cause riunite da C-236/08 a C-238/08, Sentenza del 23.03.2010, *Google France Inc. v. Louis Vuitton Malletier, Google France v. Viaticum Luteciel e Google France v. CNRRH*, commentata da G. SPEDICATO, *La sottile linea di confine tra esclusiva sul segno e usi leciti del marchio altrui: prime riflessioni sulla giurisprudenza comunitaria in materia di keyword advertising*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, 731; A. MONTANARI, *Questions and Answers on AdWords' Cases*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2012, 141; A. MONTANARI, *Contratto di AdWords e profili di responsabilità. Osservazioni a margine di Corte di Giustizia 23 marzo 2010, cause riunite da C-236/08 a C-238/08*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2011, 524; PETRUSO, *Fatto illecito degli intermediari tecnici della rete e diritto d'autore: un'indagine di diritto comparato*, cit.

<sup>366</sup> In questo senso, F. RIZZUTO, *The liability of online intermediary service providers for infringements of intellectual property rights*, in *Computer and Telecommunications Law Review*, 8 (2012); E. BONADIO, *Trade marks in online marketplaces: the CJEU's stance in L'Oreal v. ebay*, in *Computer and Telecommunications Law Review*, 37 (2012).

scelte dall'operatore economico che voglia avvalersi del servizio. Tale messaggio è distinto dagli altri risultati della ricerca in quanto è collocato nella apposita sezione "link sponsorizzati", nella parte superiore della pagina su uno sfondo giallo<sup>367</sup>. A differenza della maggior parte dei casi finora analizzati, questa fattispecie non riguarda la disciplina del diritto d'autore, ma l'ulteriore sottospecie della proprietà intellettuale costituita dal diritto dei marchi. È opportuno quindi osservare come, in questo caso, le problematiche sottese e gli interessi coinvolti siano diversi, in quanto il pubblico interesse alla circolazione delle informazioni assume qui una minor rilevanza. Ai fini di questa trattazione appare interessante la terza questione pregiudiziale<sup>368</sup>, avente ad oggetto l'applicabilità al prestatore del servizio "AdWords" dell'articolo 14 della direttiva e-Commerce il quale, come è doveroso ricordare, esclude la responsabilità dell'intermediario che non abbia effettiva conoscenza dell'attività illecita o di fatti o circostanze che la rendano manifesta. Diversamente, il fornitore del servizio sarebbe qualificato come *content provider*, sempre responsabile per i contenuti caricati sul web. Nel rispondere a tale quesito, la corte comunitaria non ha dubbi nel qualificare il motore di ricerca come prestatore di servizi di *hosting*. Più complessa appare però la questione relativa all'applicabilità o meno della relativa esenzione di responsabilità: a tal fine era infatti necessaria un'analisi dell'attività effettivamente svolta dal provider, e dunque del ruolo assunto nell'ambito della comunicazione online. Solo qualora la corte avesse riscontrato un ruolo meramente tecnico del provider, questo avrebbe potuto beneficiare dell'esenzione di responsabilità. Il giudice comunitario rinvia alle corti nazionali il compito di valutare nel concreto se il provider assuma un ruolo neutrale<sup>369</sup>, ma completa la sua pronuncia con una serie di direttive a tale scopo. In particolare, la corte chiarisce

---

<sup>367</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Poiras Maduro del 22.09.2011, cause riunite da C-236/08 a C-238/08, *Google France Inc. v. Louis Vuitton Mallettier, Google France v. Viaticum Luteciel e Google France v. CNRRH*, par. 10-11.

<sup>368</sup> «1) Se il fatto che un operatore economico dia in opzione, tramite un contratto di posizionamento a pagamento su Internet, una parola chiave che, se utilizzata per una ricerca, provoca la visualizzazione di un *link* che offre la possibilità di connettersi ad un sito utilizzato da tale operatore per mettere in vendita prodotti o servizi, e che riproduce o imita un marchio registrato da un terzo per contraddistinguere prodotti identici o simili, senza l'autorizzazione del titolare di tale marchio, leda di per se stesso il diritto esclusivo garantito a quest'ultimo dall'art. 5 della [direttiva 89/104].

2) Se l'art. 5, n. 1, lett. a) e b) della [direttiva 89/104] debba essere interpretato nel senso che il prestatore del servizio di posizionamento a pagamento che mette a disposizione degli inserzionisti parole chiave che riproducono o imitano marchi registrati e organizza, in forza del contratto di posizionamento, la creazione e la visualizzazione privilegiata, partendo da tali parole chiave, di *link* pubblicitari verso siti sui quali sono offerti prodotti identici o simili a quelli contraddistinti dal marchio registrato faccia un uso di tali marchi che il loro titolare ha il diritto di vietare.

3) Nel caso in cui un tale uso non costituisca un uso che può essere vietato dal titolare del marchio in applicazione della direttiva [89/104] e del regolamento [n.40/94], se il prestatore del servizio di posizionamento a pagamento possa essere considerato fornitore di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione delle informazioni fornite da un destinatario del servizio, ai sensi dell'art. 14 della [direttiva 2000/31], di guisa che non è possibile ravvisare una sua responsabilità prima che egli sia stato informato dal titolare del marchio dell'uso illecito del segno da parte dell'inserzionista».

<sup>369</sup> Cause riunite da C-236/08 a C-238/08, par. 114 e 119.



che, in primo luogo, il giudice nazionale deve analizzare le attività concretamente poste in essere dall'intermediario, ed in secondo luogo deve prendere in considerazione il comportamento successivo alla presa di coscienza dell'attività lesiva<sup>370</sup>. Riguardo al primo *step*, la corte ha escluso che il fatto che la comunicazione di suggerimenti in ordine alla redazione del messaggio pubblicitario, il fatto che il servizio fosse a pagamento e la previsione delle concrete modalità di retribuzione fossero indicativi di un ruolo attivo del provider. Al contrario, solo la redazione attiva del messaggio o la selezione delle parole chiave potrebbero comportare un'esclusione del provider dalle esenzioni di responsabilità di cui alla direttiva e-Commerce, in quanto questi sarebbero idonei a far sorgere in capo all'intermediario la consapevolezza dell'illecito<sup>371</sup>. Riguardo invece al secondo *step*, il giudice deve accertare che il provider, una volta venuto a conoscenza della violazione, agisca speditamente per porvi fine. A tal proposito, la corte comunitaria sembrerebbe escludere che una consapevolezza generica dell'illecito sia sufficiente a far sorgere un relativo dovere di rimozione; tuttavia, riferendosi al fatto che la conoscenza può derivare da una comunicazione "fornita dalla persona lesa o in altro modo", il giudice europeo omette di prendere una posizione chiara su uno dei punti più controversi della direttiva<sup>372</sup>. Dallo studio del funzionamento di AdWord emerge come il ruolo del motore di ricerca Google sia meramente tecnico e neutrale, in quanto ogni fase applicativa di questo strumento avviene in modo del tutto automatizzato. Google offre anche un tutorial con suggerimenti per la redazione di un annuncio efficace, ma anche in questo caso tali informazioni sono fornite in modo automatico; non vi è spazio dunque per l'individuazione di un ruolo attivo dell'intermediario, né per una sua effettiva conoscenza degli illeciti in rete<sup>373</sup>.

### III.3.2 La sentenza C-324/09, L'Oréal c. eBay

La causa L'Oréal c. eBay International AG<sup>374</sup>, pronunciata ad un solo anno di distanza dalla sentenza Google France, appare interessante ai nostri fini anche perché

---

<sup>370</sup> Cause riunite da C-236/08 a C-238/08, par. 109.

<sup>371</sup> Cause riunite da C-236/08 a C-238/08, par. 116 e 118.

<sup>372</sup> Cause riunite da C-236/08 a C-238/08, par. 109. Vedi anche PETRUSO, *Fatto illecito degli intermediari tecnici della rete e diritto d'autore: un'indagine di diritto comparato*, cit., pp. 1188 e 1191.

<sup>373</sup> Di questa opinione, PETRUSO, *Fatto illecito degli intermediari tecnici della rete e diritto d'autore: un'indagine di diritto comparato*, cit.; diversamente si pronuncia invece MONTANARI, *Questions and Answers on AdWords' Cases*, cit., il quale osserva che sia i messaggi pubblicitari che le parole chiave sono sottoposte al vaglio dello staff di AdWord prima di essere esposte. Lo staff peraltro, in ogni caso di rifiuto, invia via mail al diretto interessato le motivazioni della sua decisione. L'autore sostiene quindi che, attraverso il servizio Adwords, Google svolga due ruoli distinti: da un lato, un ruolo attivo mediante l'elaborazione di messaggi promozionali in collaborazione con gli inserzionisti; dall'altro un ruolo meramente tecnico ed automatico, mediante l'esposizione dei messaggi pubblicitari. Secondo l'autore, quando Google svolge le attività che denotano un suo ruolo attivo, le eccezioni di responsabilità della direttiva 2000/31/CE non potranno essere applicate.

<sup>374</sup> Corte di Giustizia UE, Sentenza C-324/09 del 12.07.2011, *L'Oréal SA e altri contro eBay International AG e altri*, cit.; vedi M. TESCARO, *Schemi legali e opposte tendenze giurisprudenziali in tema di responsabilità civile dell'internet provider*, in *Giurisprudenza di merito*, 2013, 2584B; PETRUSO,

contribuisce a fare chiarezza circa i profili di responsabilità dell'internet service provider nell'ambito della normativa comunitaria. Come già accennato, la questione pregiudiziale sorgeva nell'ambito di una controversia tra L'Oréal ed eBay, in cui la prima lamentava la violazione del suo diritto di marchio mediante la vendita di prodotti contraffatti ed articoli non destinati alla vendita per mezzo del famoso portale di aste online. eBay, in particolare, mette a disposizione dei propri utenti una piattaforma per la vendita di merci mediante aste online o mediante veri e propri negozi online, e fornisce ai propri utenti consigli utili per facilitare le vendite. Al fine di accedere ai servizi forniti da eBay, tutti gli utenti devono sottoscrivere apposite condizioni d'uso, tra le quali rientra l'impegno a non vendere materiale contraffatto<sup>375</sup>.

Il giudice inglese aveva quindi sottoposto alla Corte di Giustizia due interessanti questioni pregiudiziali relative al regime di responsabilità dell'internet provider: se al sito di aste online fosse applicabile la disposizione della direttiva e-Commerce relativa agli *hosting* provider e, con riguardo alle conseguenze della consapevolezza della violazione in capo all'intermediario, se questo si potesse ritenere effettivamente a conoscenza dell'illecito per il solo fatto che sulla propria piattaforma fossero state compiute in passato violazioni dello stesso tipo.

In primo luogo, la corte ha ricondotto il servizio offerto da eBay nell'ambito degli *host* provider, confermando così la tendenza ad allargare l'ambito applicativo delle esenzioni di responsabilità di cui alla direttiva e-Commerce<sup>376</sup>. Il giudice poi, riferendosi a quanto già affermato nel caso Google France, ha attribuito al giudice nazionale il compito di analizzare nel dettaglio il funzionamento del provider, al fine di verificare se questo, come richiesto dalla norma, avesse effettivamente mantenuto un profilo neutrale<sup>377</sup>.

---

*Fatto illecito degli intermediari tecnici della rete e diritto d'autore: un'indagine di diritto comparato*, cit.; G. ROSSI, *Aste online: sulla responsabilità del provider per le aste che si svolgono nel proprio sito si pronuncia la Corte di Giustizia*, in *Contratto e impresa*, 2012, 73; per un'analisi del regime di responsabilità dei servizi di aste online, vedi D. DI BENEDETTO, *Il caso eBay: un esempio di regole dettate dalla prassi che integrano la legge*, in *Rassegna di diritto civile*, 2010, 45, secondo la quale il sito di aste online, operando come mero intermediario in una posizione neutrale rispetto agli scambi tra utenti, dovrebbe andare esente da responsabilità.

<sup>375</sup> C-324/09, parr. 26-31.

<sup>376</sup> Di questa tendenza si dà conto al punto 4.6 della Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo - Prima relazione in merito all'applicazione della dir. 2000/31 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 - COM (2003) 702, che recita: "In ogni caso la Commissione continuerà, in conformità con quanto disposto dall'articolo 21, a seguire ed analizzare rigorosamente ogni nuovo sviluppo della situazione, incluse le disposizioni di diritto nazionale, la giurisprudenza e le prassi amministrative connesse alla responsabilità giuridica degli intermediari e prenderà in considerazione qualsiasi futura esigenza di adattare il quadro attuale alla luce di tali sviluppi, in risposta ad esempio all'esigenza di limitare ulteriormente la responsabilità giuridica per altre attività quali la fornitura di *hyperlink* e motori di ricerca".

<sup>377</sup> Vedi parr. 111-113: "la circostanza per cui il fornitore del servizio online possa essere qualificato come *hosting* provider non è infatti di per sé sufficiente ad applicare l'esenzione di responsabilità di cui all'articolo 14 nr.1 della direttiva e-Commerce. Quest'ultimo deve essere infatti interpretato anche alla luce del suo contesto e dello scopo della normativa di cui fa parte. Se quindi il provider, anziché limitarsi ad un ruolo tecnico e neutrale, assume un ruolo attivo tale per cui lo si possa ritenere a conoscenza della violazione, questi non potrà andare esente da responsabilità".

Ancora una volta comunque la corte non si è limitata a tale indicazione di principio ed ha individuato, da un lato, gli elementi da considerare nel contesto di un giudizio nazionale al fine di valutare l'apporto fornito dall'intermediario e dall'altro, le condizioni che determinano un'effettiva conoscenza dello stesso in merito alla violazione.

Riguardo al primo aspetto, la corte ha ritenuto irrilevante ai fini della individuazione di un ruolo attivo in capo al provider il fatto che questi avesse memorizzato sui propri server le offerte di vendita, avesse stabilito le modalità di erogazione del servizio, che tale servizio fosse a pagamento e che il provider fornisse informazioni ai clienti-venditori<sup>378</sup>. Diversamente, la corte ha rilevato come il servizio aggiuntivo fornito da eBay volto ad ottimizzare gli annunci di vendita insieme alla promozione attiva dei prodotti in vendita su altri siti fossero tali da escludere le esenzioni di responsabilità, in quanto tali circostanze denotano un ruolo attivo del provider che comporta la sua necessaria conoscenza dell'illecito o quantomeno un controllo sui materiali ospitati<sup>379</sup>.

Se con riguardo a questo primo aspetto la corte ripropone quanto già affermato nella sua precedente giurisprudenza, la trattazione del secondo aspetto appare nettamente più innovativa. Nel caso Google infatti la corte non aveva preso una posizione netta sulla nozione di "conoscenza" di cui alle lettere a) e b) dell'articolo 14, lasciando così sprovvista di linee guida una delle questioni più controverse della direttiva<sup>380</sup>. In questa sentenza invece la corte chiarisce come, anche nel caso in cui l'intermediario abbia assunto un ruolo neutrale nei confronti del materiale ospitato, possa comunque incorrere in responsabilità qualora sia effettivamente al corrente dell'attività illecita o di elementi che ne rendano manifesta l'esistenza o se questo, una volta venuto a conoscenza della violazione, non abbia agito prontamente per porvi fine. Per risolvere tale questione, il giudice comunitario fa riferimento sia al modello comportamentale dell'operatore economico diligente, sia all'effetto utile del diritto comunitario<sup>381</sup>.

Secondo il primo parametro, l'intermediario non può considerarsi esente da responsabilità qualora fosse a conoscenza di circostanze a partire dalle quali un operatore economico diligente avrebbe potuto desumere l'esistenza di materiale illecito<sup>382</sup>. Il secondo parametro impone invece, secondo la corte, un'interpretazione estensiva delle nozioni di conoscenza di cui all'articolo 14 lettera a). In particolare, queste devono essere interpretate "nel senso che riguardano qualsiasi situazione nella

---

<sup>378</sup> C-324/09, par. 115.

<sup>379</sup> C-324/09, par. 116.

<sup>380</sup> Come già si è visto nel primo capitolo, il legislatore americano nel DMCA stabilisce una dettagliata procedura che chiarisce da quale momento il provider possa ritenersi al corrente della violazione. Al contrario, il legislatore europeo non ha chiarito quando l'intermediario possa considerarsi ad "effettiva conoscenza" della violazione, né quando venga in essere il suo dovere di rimuovere l'informazione lesiva.

<sup>381</sup> In base a questo principio, il diritto comunitario deve essere interpretato in modo tale da favorire il raggiungimento dello scopo prefissato. In proposito, vedi R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2010.

<sup>382</sup> C-324/09 par. 120.

quale il prestatore considerato viene ad essere, in qualunque modo, al corrente di tali fatti o circostanze”<sup>383</sup>. A tal proposito, la corte fa riferimento sia al caso in cui il provider venga a conoscenza dell’illecito a seguito di un’attività di controllo compiuta di propria iniziativa, sia al caso in cui l’esistenza di materiale illecito gli sia comunicata mediante una notifica dell’interessato. In merito a questa seconda situazione, la corte assume una posizione chiara, andando a dirimere molte delle incertezze di cui s’è dato conto. Il giudice comunitario rileva come ad una semplice notifica non possa conseguire in automatico la disapplicazione dell’esonero dalla responsabilità, in quanto, in assenza di una disposizione che ne fissi i requisiti essenziali, questa potrebbe essere del tutto infondata o non essere sufficientemente precisa nell’individuazione del contenuto illecito. Tuttavia, la notifica rappresenta un elemento di cui il giudice nazionale deve necessariamente tenere conto al momento della valutazione della sussistenza in capo al provider del requisito di effettiva conoscenza del provider<sup>384</sup>.

Più dettagliata è invece a tal proposito la posizione dell’Avvocato Generale Niilo Jaaskinen. In primo luogo, egli ricorda come gli annunci commerciali pubblicati dagli utenti nello spazio online fornito dal provider siano tutelati dalla libertà d’espressione di cui all’articolo 11 nr. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea<sup>385</sup>.

Inoltre, chiarisce come il requisito dell’effettiva conoscenza sia tale da escludere tanto una generica consapevolezza della violazione, quanto la conoscenza di eventi futuri<sup>386</sup>; pertanto “il fatto di essere effettivamente al corrente significa la cognizione di informazioni, attività o fatti, passati o presenti, che il prestatore ha a seguito di una notifica esterna o di una propria ricerca, effettuata volontariamente”<sup>387</sup>. Peraltro, l’Avvocato Generale completa la sua illustrazione sancendo il fatto che “la deroga in materia di responsabilità non si applica nelle situazioni in cui sia stato notificato al gestore del mercato online un uso illegittimo di un marchio, e lo stesso utente prosegua o reiteri la medesima violazione”<sup>388</sup>.

Questa sentenza impone di riconoscere alla corte il merito di aver fatto chiarezza circa il requisito di conoscenza dell’illecito in capo al provider, che gioca un così delicato ruolo nella determinazione del regime di responsabilità dell’intermediario. Tuttavia, la stessa sentenza, imponendo un’interpretazione ampia del requisito di conoscenza ed adottando come parametro di valutazione il modello comportamentale dell’operatore economico diligente, ripropone il rischio dell’attribuzione di fatto di una responsabilità oggettiva al provider. Una decisione severa come questa appare peraltro quantomeno inopportuna se si considera che, finora, non sono stati individuati strumenti validi per rendere edotto l’intermediario online dell’esistenza di eventuali violazioni: lo strumento del *feedback*

---

<sup>383</sup> Vedi par. 121.

<sup>384</sup> Vedi par. 122.

<sup>385</sup> Conclusioni dell’Avvocato Generale Jaaskinen del 09.12.2010, causa C-324/09, par. 157.

<sup>386</sup> Vedi parr. 159 e 163.

<sup>387</sup> Vedi par. 164.

<sup>388</sup> Vedi par. 169.

ha infatti un carattere prettamente soggettivo<sup>389</sup>, mentre il programma VeRO<sup>390</sup>, utilizzato da eBay per la tutela della proprietà intellettuale, non sembra sufficiente in rapporto all'immensa mole di offerte ospitate<sup>391</sup>.

A parere di chi scrive, il delicato e precario equilibrio tra interessi sottostante al regime di responsabilità degli operatori intermediari renderebbe opportuna l'indicazione da parte della corte dei requisiti essenziali delle notifiche aventi ad oggetto le violazioni sul web.

#### IV. Osservazioni conclusive

L'analisi delle sentenze comunitarie in materia di responsabilità dell'intermediario online per violazione della proprietà intellettuale fa emergere come la Corte di Giustizia, nella quasi totalità delle situazioni considerate, si sia limitata ad enunciare mere indicazioni di principio, senza entrare nel merito delle questioni sollevate. Salvo che in casi isolati, invero, la corte ha omesso di indicare linee direttrici chiare volte alla risoluzione delle problematiche ad essa sottoposte, ed ha vivificato il rischio di una differenziazione degli ordinamenti nazionali.

Con riguardo al contrasto tra i diritti di proprietà intellettuale e l'interesse alla tutela dei dati personali, la Corte di Giustizia nei casi Promusicae e LSG offre una risposta del tutto scontata: in presenza di più diritti fondamentali in contrasto tra loro, è necessario che il giudice nazionale operi un bilanciamento tra di essi, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e, in particolare, del principio di proporzionalità. La corte omette però di esplicitare cosa intenda per "giusto equilibrio", delegando al giudice nazionale la difficile determinazione di questo, mettendo così a rischio l'armonizzazione degli ordinamenti nazionali.

Allo stesso modo, la corte omette di entrare nel merito della questione concernente la tensione tra la possibilità di emanare inibitorie a carattere permanente ed il divieto di imporre ai provider obblighi generali di monitoraggio. Nei due casi SABAM infatti, la corte si limita ad un'applicazione letterale del disposto dell'articolo 15 della direttiva e-Commerce e alla mera indicazione delle ingiunzioni che appaiono incompatibili con la

---

<sup>389</sup> Strumento mediante il quale ogni utente di eBay può commentare ed esprimere la sua opinione circa il venditore e la transazione effettuata.

<sup>390</sup> "Il programma VeRO di eBay lavora per garantire che i prodotti in vendita non violino i diritti d'autore, di marchio o altri diritti di proprietà intellettuale di terzi. I partecipanti al Programma VeRO possono individuare le inserzioni che ritengono essere in violazione di diritti e richiederne la rimozione dal sito. (...) Il Programma annovera al momento centinaia di individui, nonché autorità locali, statali e federali e conta Società nei settori industriali più disparati." La partecipazione al programma dà diritto, fra le altre cose, ad ottenere da eBay risposte rapide circa la cancellazione di inserzioni indicate dall'utente come lesive e ad avere informazioni relative all'identificazione di utenti eBay. In <http://pages.ebay.it/help/community/vero-program.html> (consultato il 17/06/2014).

<sup>391</sup> ROSSI, *Aste online: sulla responsabilità del provider per le aste che si svolgono nel proprio sito si pronuncia la Corte di Giustizia*, cit., p. 74.

normativa comunitaria. Questa ripropone poi quanto sancito nella sentenza *Promusicae* in punto di bilanciamento tra diritti fondamentali, mancando così ancora una volta di prendere posizione sul punto. Anche quando le circostanze premono per l'indicazione di linee guida circa la distinzione tra un obbligo generico e uno specifico di monitoraggio del traffico da parte degli intermediari, la corte svia le richieste del giudice del rinvio e riprende ancora una volta la linea interpretativa adottata fino a quel punto. Così, nella recente sentenza *UPC Telekabel*, la Corte di Giustizia ribadisce ancora una volta il principio del giusto equilibrio, delegando a terzi il compito di trovare la modalità corretta per raggiungerlo. Peraltro, la situazione è aggravata in questo caso dal fatto che tale compito è delegato ad un soggetto privato, che in quanto tale non è idoneo a pronunciarsi in tema di diritti fondamentali.

Solo nei casi *Google France* ed *eBay* la corte prende espressamente una posizione netta sull'interpretazione della direttiva, eliminando molte delle incertezze che una normativa lacunosa comportava. Tuttavia, vista la delicatezza degli interessi coinvolti nell'ambito del regime di responsabilità del provider, l'interpretazione offerta dalla corte alla nozione di effettiva conoscenza potrebbe apparire troppo severa.

L'evoluzione del diritto comunitario in materia di responsabilità degli internet service provider procede dunque senza un timoniere: questo atteggiamento pilatesco assunto sinora dalla Corte di Giustizia ha dimostrato i suoi limiti, ed ha reso pressante la necessità di un cambiamento di rotta da parte dei giudici comunitari, in virtù sia dell'armonizzazione tra gli ordinamenti nazionali, sia del rispetto del principio di legalità.

### Capitolo 3. Il recepimento della direttiva in Italia

#### I. Considerazioni preliminari: spunti comparativi fra diritto d'autore italiano e copyright statunitense

La tutela giuridica delle opere d'ingegno trova la sua prima concretizzazione nella concessione agli stampatori, da parte del sovrano, di privilegi aventi finalità censorie e aventi ad oggetto la stampa e la vendita di libri<sup>392</sup>. Tale forma embrionale di protezione si incanala poi, in Francia ed in Inghilterra, in un duplice processo evolutivo, che condurrà verso la creazione dei due distinti modelli di copyright inglese e di diritto d'autore francese, archetipi dei modelli statunitense ed italiano<sup>393</sup>.

Questi modelli non differiscono unicamente in considerazione della diversa filosofia che li ispira, bensì anche con riguardo alle specifiche regole operazionali previste. Invero, nel contesto statunitense, il *Copyright Act* del 1976 riconosce in via principale diritti economici sullo sfruttamento dell'opera, pur attribuendo ai titolari dei diritti di esclusiva limitati diritti morali; in ambito nazionale, invece, la legge n. 633 del 22 aprile 1941 (c.d. Legge sul Diritto d'Autore – l.d.a.)<sup>394</sup> è caratterizzata da una tripartizione delle prerogative previste: diritti di utilizzazione economica, diritti morali e diritti connessi<sup>395</sup>.

Uno dei punti di maggiore distanza tra il modello di copyright statunitense e quello nazionale è poi costituito dal regime delle limitazioni al diritto di esclusiva, ossia dalla possibilità di utilizzare liberamente le opere protette<sup>396</sup>. Se infatti, come visto, il regime delle eccezioni statunitense è incentrato sulla clausola generale del *fair use*, la Legge sul Diritto d'Autore italiana procede invece con l'indicazione delle singole fattispecie in cui tale libera utilizzazione sia consentita. Queste ultime sono indicate al capo V del titolo I della l. 633/1941 e vengono distinte dalla dottrina tra "libere utilizzazioni aventi finalità private" e "libere utilizzazioni per scopi di pubblico interesse"<sup>397</sup>. Un'ulteriore limitazione al diritto di esclusiva è costituita dalla restrizione del suo ambito di applicazione alle sole opere dotate di "carattere creativo"<sup>398</sup>, il quale trova il suo

---

<sup>392</sup> U. IZZO, *Alle radici della diversità tra copyright e diritto d'autore*, in G. PASCUZZI, R. CASO, *I diritti sulle opere digitali*, Cedam, 2002, p. 49.

<sup>393</sup> IZZO, *Alle radici della diversità tra copyright e diritto d'autore*, cit., p. 50. Per uno studio dettagliato delle variabili storico-istituzionali che hanno portato alla separazione dei due modelli, si veda anche IZZO, *Alle origini del copyright e del diritto d'autore*, cit.

<sup>394</sup> Legge 22 aprile 1941 n. 633, Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio, (G.U. n.166 del 16 luglio 1941).

<sup>395</sup> R. CASO, *Lineamenti normativi del copyright statunitense e del diritto d'autore italiano*, in G. PASCUZZI, R. CASO, *I diritti sulle opere digitali*, Cedam, 2002, p. 170.

<sup>396</sup> CASO, *Lineamenti normativi del copyright statunitense e del diritto d'autore italiano*, cit., p. 185.

<sup>397</sup> CASO, *Lineamenti normativi del copyright statunitense e del diritto d'autore italiano*, cit., p. 186.

<sup>398</sup> Art. 1, comma 1, l. 633/1941: "Sono protette ai sensi di questa legge le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro ed alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione".

corrispondente statunitense nel requisito della “originality”<sup>399</sup>. Se però la normativa statunitense completa la definizione di tale ambito di applicazione del diritto di esclusiva mediante un esplicito riconoscimento della dicotomia tra idea ed espressione<sup>400</sup>, in ambito nazionale quest’ultima rimane una mera indicazione di principio. È infatti la dottrina a riconoscere che la protezione garantita dal diritto d’autore, avendo ad oggetto le opere d’ingegno rappresentative di idee e sentimenti, non può che essere limitata alla forma espressiva, non estendendosi dunque ai contenuti<sup>401</sup>.

Il diritto d’autore italiano, come pure quello francese, nasce come una mediazione tra istanze giusnaturalistiche ed istanze utilitaristiche. Un esempio emblematico è offerto da un testo di Melchiorre Gioia risalente al 1848, nel quale l’autore, volendo condannare la pratica della ristampa abusiva, ricorre tanto ad argomentazioni proprietaristiche, che vedono nella proprietà letteraria il frutto delle proprie fatiche, quanto ad argomentazioni utilitaristiche, le quali riconoscono invece in tale proprietà uno stimolo per la produzione creativa dell’autore<sup>402</sup>. In ogni caso, la storiografia tradizionale ha evidenziato l’ispirazione giusnaturalistica del modello continentale, ben condensata nella declamazione della legge Le Chapelier secondo la quale “Il diritto d’autore è la più sacra e la più personale di tutte le proprietà”<sup>403</sup>. Grande importanza assume poi nel contesto continentale il focus sul rapporto tra l’autore e la sua opera, reso concreto mediante la tendenza ad espandere i diritti di questi e a restringere lo spazio riservato alle eccezioni all’esclusiva<sup>404</sup>.

Un ulteriore aspetto tradizionalmente additato come una delle principali differenze tra il copyright statunitense ed il modello nazionale è quello relativo ai diritti morali. Invero, la legge 633/1941 riconosce in capo agli autori una serie di diritti inviolabili, perpetui, irrinunciabili ed autonomi, i quali sono specificati nel diritto di paternità, nel diritto all’integrità dell’opera e nel diritto al ritiro dell’opera dal commercio<sup>405</sup>. Seppure l’adesione degli Stati Uniti alla Convenzione di Berna abbia parzialmente appianato tale divergenza, non esiste attualmente nel sistema americano un riconoscimento dei diritti morali paragonabile a quello italiano<sup>406</sup>.

---

<sup>399</sup> 17 U.S. Code § 102: (a) "Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device (...)"

<sup>400</sup> 17 U.S. Code § 102: (b) "In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work".

<sup>401</sup> P. AUTERI, G. FLORIDIA, V. MANGINI, G. OLIVIERI, M. RICOLFI, P. SPADA, *Diritto industriale: proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 551.

<sup>402</sup> M. GIOIA, *Nuovo Galateo di Melchiorre Gioia: 3 Appendici*, 1848.

<sup>403</sup> [Legge Le Chapelier](#), del 14 giugno 1791, prima legge moderna sul diritto d’autore continentale. Vedi IZZO, *Alle origini del copyright e del diritto d’autore*, cit., p. 181.

<sup>404</sup> L. C. UBERTAZZI, *I diritti d’autore e connessi*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 9.

<sup>405</sup> CASO, *Lineamenti normativi del copyright statunitense e del diritto d’autore italiano*, cit., p. 189.

<sup>406</sup> CASO, *Lineamenti normativi del copyright statunitense e del diritto d’autore italiano*, cit., p. 190.



In aggiunta, se il copyright statunitense è fondato su una struttura monistica e compatta, il diritto d'autore riconosce in capo agli intermediari delle opere d'ingegno dei diritti connessi che sono tali da ampliare ulteriormente la portata del diritto d'esclusiva. Tali diritti connessi, rispondenti alla logica di favorire gli interessi economici dei soggetti che investono nelle attività di produzione o di commercializzazione delle opere d'ingegno, sono peraltro connotati da una durata inferiore e dall'attribuzione di un fascio di esclusive più ristretto<sup>407</sup>. Il sistema del diritto d'autore continentale, dunque, sembra distinguersi per la sua decisa affermazione del diritto di esclusiva in capo ai titolari e la restrizione delle relative eccezioni ad una serie di ipotesi tassativamente indicate.

Vale poi la pena di osservare come in tempi recenti, in Italia, sia emersa un'importante questione relativa all'individuazione del fondamento costituzionale del diritto d'autore<sup>408</sup>. A differenza di quanto avviene nell'ordinamento statunitense, infatti, la Costituzione italiana non reca una clausola specifica relativa al diritto d'autore; tuttavia, la Corte costituzionale ha progressivamente indicato una serie di disposizioni costituzionali con le quali la disciplina del diritto d'autore potrebbe astrattamente entrare in contrasto<sup>409</sup>. Questi sono stati individuati, nello specifico, nell'articolo 41, a presidio della libertà di iniziativa economica privata<sup>410</sup>; nell'articolo 21, a tutela della libertà di manifestazione del pensiero<sup>411</sup>, nell'ampia portata del principio solidaristico di cui all'articolo 2<sup>412</sup>; e nell'articolo 3, nella sua declinazione del diritto ad un pieno sviluppo della persona<sup>413</sup>. Se quindi nell'ordinamento statunitense il diritto di esclusiva sulle opere dell'ingegno trova un limite esplicito nella stessa *IP Clause*, nel sistema nazionale l'estensione della portata del diritto d'autore può trovare una limitazione implicita in diversi principi costituzionali.

Tale ultima osservazione acquisisce tanta più rilevanza nella fase attuale di evoluzione tecnologica. L'avvento di internet e dell'era digitale, invero, ha dato vita ad una serie di nuove questioni, riassumibili, in sostanza, nella facilità di riproduzione dell'opera protetta, nella impossibilità di distinguere tra opera originale e copia digitale e nella facilità di distribuzione delle opere<sup>414</sup>. In questa situazione, il sistema in oggetto ha

---

<sup>407</sup> CASO, *Lineamenti normativi del copyright statunitense e del diritto d'autore italiano*, cit., p. 191.

<sup>408</sup> UBERTAZZI, *I diritti d'autore e connessi*, cit., p. 11.

<sup>409</sup> UBERTAZZI, *I diritti d'autore e connessi*, cit., 12.

<sup>410</sup> Corte cost. 19.4.1972 n. 65, in *Foro italiano*, 1972, 1151, in base alla quale il monopolio attribuito alla Siae non contrasta con il principio di libera iniziativa economica privata.

<sup>411</sup> La prima pronuncia in tal senso in ordine cronologico è la seguente: Corte cost. 9-7.1970 n. 122, in *IDA*, 1970, 131, secondo la quale gli articoli 96 e 97 l.a. in tema di diritti connessi non contrastano con la libertà di manifestazione del pensiero.

<sup>412</sup> Corte cost. 22.7.1976 n. 188, *IDA*, 1977, 177, in base alla quale le norme sull'obbligo di deposito di esemplari dell'opera non violano gli articoli 2 e 21 della Costituzione.

<sup>413</sup> Corte cost. 24.7.1986 n. 215, in *IDA*, 1970, 479, secondo la quale gli articoli 51-60 l.a. non contrastano con l'art. 3 Cost.

<sup>414</sup> G. PASCUIZZI, *I diritti sulle opere dell'ingegno nell'era digitale*, in G. PASCUIZZI, R. CASO, *I diritti sulle opere digitali*, Cedam, 2002, p. 11.

messo in evidenza tutta la sua rigidità, in quanto il legislatore ha reagito mediante una sostanziale estensione delle categorie tradizionali anche ai nuovi sistemi di riproduzione e diffusione. Ed è proprio in questo contesto che vengono in luce i limiti imposti dal dettato costituzionale: gli interventi del legislatore che, in una prospettiva di protezione gli interessi degli autori dalle minacce di internet, mirino ad estenderne i diritti di esclusiva, dovranno essere interpretati alla luce dei principi costituzionali di cui s'è fatta menzione, trovando peraltro in essi una limitazione.

## II. Responsabilità degli ISP prima del d. lgs 70/2003

La materia della responsabilità civile si è incanalata, negli ultimi decenni, in un processo evolutivo comune agli ordinamenti occidentali, che ha determinato il passaggio da un criterio di attribuzione della responsabilità fondato sulla colpa e sull'elemento soggettivo, ad un modello di responsabilità oggettiva<sup>415</sup>. Il portato della rivoluzione industriale prima, e di quella digitale poi, ha conferito meccanicità e serialità al comportamento umano ed ha determinato un aumento significativo dei danni c.d. "anonimi", ossia quelli di cui è difficile individuare l'autore. Ciò ha comportato una spersonalizzazione degli illeciti civili, rendendo possibile il superamento del principio tradizionale secondo cui non è possibile attribuire responsabilità laddove non si ravvisi l'elemento soggettivo<sup>416</sup>. Il superamento di questo dogma, che a lungo era stato inteso come un caposaldo di giustizia ed equità, non ha tuttavia comportato la perdita di centralità della colpa come criterio di imputazione della responsabilità; se però in passato tale canone era da considerarsi nettamente prevalente, oggi esso è affiancato da molti ulteriori casi di responsabilità speciale<sup>417</sup>. È dunque pacifico che, allo stato attuale, convivano una serie di differenti criteri di attribuzione della responsabilità civile<sup>418</sup>.

È in questo contesto che deve essere presa in considerazione la problematica relativa alla difficile qualificazione dei criteri di responsabilità degli online service provider. Giurisprudenza e dottrina si sono interrogate a lungo circa l'opportunità di estendere gli istituti giuridici tradizionali al mondo di internet: questo strumento infatti, moltiplicando esponenzialmente le possibilità di azione del singolo e sfuggendo agli ordinari strumenti di controllo, mal si concilia con una semplice estensione analogica dei criteri ed i principi validi nel mondo tangibile.

Prima di entrare nel merito della questione è però necessario fare un'ulteriore premessa. La valutazione dei criteri elaborati da dottrina e giurisprudenza in punto di responsabilità dei provider passa invero dall'analisi di quelli che, tradizionalmente, sono

---

<sup>415</sup> Sul punto, fra gli altri, G. CASSANO, *Il diritto dell'internet: il sistema di tutela della persona*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 332; T. PASQUINO, *Servizi telematici e criteri di responsabilità*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 219 ss.

<sup>416</sup> CASSANO, *Il diritto dell'internet*, cit., p. 332; RICCIO, *La responsabilità civile*, cit., p. 32.

<sup>417</sup> RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, cit., p. 33.

<sup>418</sup> S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1964, p. 164 (come citato da RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, cit., p. 33).

stati individuati come gli obiettivi essenziali della responsabilità civile: *deterrence* e *compensation*<sup>419</sup>. La funzione riparatoria e quella preventiva rivestono un'importanza significativa nell'individuazione del soggetto chiamato a rispondere dell'illecito; tuttavia, queste non sono collocate su un piano paritario. Dal punto di vista dell'ambito applicativo, solo la prima risulta avere una portata generale ed essere quindi applicabile ad ogni tipologia di danno, mentre la seconda pare applicabile solo ad alcune categorie di illecito<sup>420</sup>. Inoltre, la *compensation* prende in considerazione l'illecito in un momento successivo al suo compimento, mentre la *deterrence* esplica il suo effetto *ex ante*, e quindi prima che si verifichi l'evento dannoso. Se però tradizionalmente la funzione riparatoria assume un ruolo primario nel sistema della responsabilità, essa passa in secondo piano nel mondo di internet<sup>421</sup>: innanzitutto, in questo ambito non vi è un rapporto diretto tra danneggiante e danneggiato, in quanto mediato dalla figura dell'internet service provider; in secondo luogo, la condotta lesiva non è direttamente collegabile all'attività dell'intermediario, come invece avviene per altri settori. I criteri di attribuzione di responsabilità applicabili agli ISP devono quindi essere tali da garantire la necessaria funzione preventiva dell'illecito, mediando al contempo tra le due posizioni estreme di responsabilità *tout court* e irresponsabilità assoluta del provider<sup>422</sup>.

Prima dell'emanazione della direttiva 2000/31/CE e del relativo decreto di attuazione 9 aprile 2003, n. 70<sup>423</sup>, l'opinione maggioritaria in dottrina e giurisprudenza riteneva applicabile in capo al provider la regola di responsabilità di cui all'articolo 2043 c.c., sulla base del quale un soggetto è responsabile solo in caso di violazione delle ordinarie norme di diligenza, prudenza e perizia<sup>424</sup>. Tuttavia le peculiarità dello strumento di internet e, in particolare, la difficoltà nell'identificare l'autore dell'illecito, hanno portato alla necessità di allargare le maglie della responsabilità; la giurisprudenza dunque, pur rimanendo entro i parametri dell'articolo 2043 c.c., ha inaugurato con un'ordinanza del Tribunale di Napoli un filone interpretativo che assimilava il provider

---

<sup>419</sup> RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, cit., p. 61; G. COMANDÈ, S. SICA, *Il commercio elettronico: profili giuridici*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 219; G. PONZANELLI, *Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli internet service providers*, in S. SICA, P. STANZIONE, *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 364.

<sup>420</sup> RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, cit., p. 62-63. A tal proposito l'Autore fa l'esempio di come la responsabilità civile non eserciti la sua funzione preventiva nel caso del ladro che ruba in una gioielleria, il quale non viene disincentivato a compiere tale atto dal mero rischio di incorrere in un risarcimento dei danni.

<sup>421</sup> RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, cit., p. 62-63.

<sup>422</sup> RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, cit., p. 64.

<sup>423</sup> Decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, "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".

<sup>424</sup> G. CASSANO, I. P. CIMINO, *Il nuovo regime di responsabilità dei providers: verso la creazione di un novello "censore telematico"*, in *I contratti*, 2004, 88.

al direttore di un organo di stampa<sup>425</sup>. In questa decisione il giudice aveva sancito la responsabilità del provider per aver agevolato o comunque consentito la commissione dell'illecito in quanto l'intermediario, essendo paragonabile ad un responsabile editoriale, aveva il dovere di verificare che sulle sue reti non fossero commessi atti di concorrenza sleale (nel caso di specie). Questo primo filone interpretativo, quindi, attribuendo in capo ai provider un dovere di sorveglianza sui contenuti trasmessi, equipara l'intermediario di internet ad un responsabile editoriale ed il sito web ad un organo di stampa<sup>426</sup>. Questo principio ha avuto poi ulteriore e più decisa conferma nell'ordinanza del Tribunale di Napoli dell'8 agosto 1997, nella quale il giudice equipara il provider al direttore di un organo di stampa ed estende ad esso il corrispondente dovere di vigilanza sui contenuti trasmessi<sup>427</sup>. L'elemento della colpa necessario a censurare la condotta del provider per concorso nell'illecito altrui è rilevato peraltro nella carenza di vigilanza sui contenuti, aggravata ulteriormente dal fatto che la particolare diffusione del mezzo di comunicazione utilizzato avrebbe dovuto imporre al provider un dovere di controllo ancora più stringente. Nello stesso senso si colloca anche un'ulteriore decisione del Tribunale di Macerata nella quale, ribadendo l'equiparazione tra internet service provider ed editore e dalla conseguente estensione analogica della disciplina sulla responsabilità editoriale di cui alla legge 47/1948, si dà atto del dovere giuridico di questo di controllare che sul proprio sito non si commettano illeciti<sup>428</sup>.

---

<sup>425</sup> Tribunale di Napoli dell'8 agosto 1996, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1997, 970. Sul punto, L. BUGIOLACCHI, *Principi e questioni aperte in materia di responsabilità extracontrattuale dell'internet provider. Una sintesi di diritto comparato*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2000, 829, p. 856.

<sup>426</sup> BUGIOLACCHI, *Principi e questioni aperte in materia di responsabilità extracontrattuale dell'internet provider. Una sintesi di diritto comparato*, cit., p. 857

<sup>427</sup> Tribunale di Napoli dell'8 agosto 1997, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1997, 970. In tale ordinanza il giudice ha ritenuto responsabile il provider per i contenuti illeciti trasmessi sui suoi server, ordinandone in via cautelare la sospensione. Nell'ordinanza si afferma che "il proprietario di un canale di comunicazione destinato ad un pubblico di lettori (e certamente oggi la rete Internet (...) è equiparabile a un organo di stampa) ha obblighi precisi di vigilanza sul compimento di atti di concorrenza sleale eventualmente perpetrati attraverso la pubblicazione di messaggi pubblicitari". Al riguardo Bugiolacchi, *Principi e questioni aperte in materia di responsabilità extracontrattuale dell'internet provider. Una sintesi di diritto comparato*, p. 857 rileva come in quest'ordinanza vi sia una grossolana equiparazione tra l'intera rete internet e un organo di stampa: preferibile sarebbe stato invece il riferimento al singolo sito. In merito a questa ordinanza, anche T. PASQUINO, *Servizi telematici e criteri di responsabilità*, cit., p. 241 e E. TOSI, *Le responsabilità civili*, in E. TOSI, *I problemi giuridici di Internet*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 292.

<sup>428</sup> Tribunale di Macerata, 2 dicembre 1998, in *Rivista di diritto industriale*, 1999, 35. In questo filone interpretativo si colloca anche l'ordinanza del Tribunale di Teramo dell'11 dicembre 1997, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1998, 370, relativa alla diffusione sui server del provider di contenuti diffamatori. A tal proposito, il giudice rileva che l'abuso del diritto di cronaca costituisce un illecito sanzionabile anche quando questo sia commesso mediante internet, poiché " il mezzo non modifica il fatto". In questo modo, il giudice ha confermato l'equiparazione tra sito internet ed organo di stampa (così P. COSTANZO, *Libertà di manifestazione del pensiero e "pubblicazione" in Internet*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1998, 373, come citato da BUGIOLACCHI, *op. cit.* p. 859).

Questo primo filone interpretativo, che vede l'assimilazione del provider ad un responsabile editoriale, appare criticabile sotto più aspetti. In primo luogo, un'interpretazione di questo tipo finisce per gravare il provider di una responsabilità eccessiva: l'imposizione di un dovere di sorveglianza sui contenuti trasmessi finisce, infatti, per determinare un canone di diligenza così elevato, da delineare una sorta di responsabilità oggettiva. Invero, lo stesso verificarsi di un illecito per mezzo dei server dell'intermediario comporterebbe un'attribuzione di responsabilità a quest'ultimo per non aver vigilato adeguatamente sui contenuti trasmessi<sup>429</sup>. Ciò risulta ulteriormente aggravato dal fatto che l'ingente quantità di dati trasmessi online e la modificabilità di questi da parte dell'utente senza alcun apporto da parte dell'intermediario, comporta la sostanziale impossibilità per l'ISP di effettuare un controllo preventivo sul materiale trasmesso. Come è stato da più voci affermato in dottrina, l'attribuzione di una *culpa in vigilando* all'internet provider, in una situazione in cui un controllo generale ed *ex ante* appare materialmente impossibile, equivale all'attribuzione a questo di una sostanziale responsabilità oggettiva<sup>430</sup>. Se poi, come è stato osservato, il regime di responsabilità dell'intermediario in internet deve tendere primariamente ad una funzione di *deterrence*, l'imposizione al provider di standard di diligenza eccessivamente elevati rischierebbe di comportare un perverso effetto di *overdeterrence*: al fine di ridurre il rischio di incorrere in responsabilità, infatti, gli intermediari finirebbero per operare una selezione delle informazioni trasmesse, scegliendo di diffondere unicamente il materiale meno rischioso ed assumendo così le vesti di censori privati<sup>431</sup>. Al fine di attenersi agli elevati standard di diligenza, inoltre, i provider si troverebbero nella situazione di dover fronteggiare spese ingenti, tali da determinare l'uscita dal mercato degli operatori economicamente più deboli: l'informazione online finirebbe dunque per essere gestita esclusivamente dagli operatori in grado di sostenere tale aumento di costi. Il filone interpretativo fin qui analizzato appare criticabile anche sotto l'aspetto della pretesa assimilazione *tout court* dello strumento di internet alla stampa: la specificità e tecnicità dei termini di cui alla legge sulla stampa (L. 8 febbraio 1948, n. 47) sembrano escludere

---

<sup>429</sup> BUGIOLACCHI, *Principi e questioni aperte in materia di responsabilità extracontrattuale dell'internet provider. Una sintesi di diritto comparato*, p. 857.

<sup>430</sup> O. TROIANO, *L'impresa di content, host ed access providing*, in *AIDA*, 2007, 355, p. 356. TOSI, *Le responsabilità civili*, cit., p. 293 ritiene che ciò equivalga all'introduzione surrettizia, in questo settore, di una nuova forma di responsabilità oggettiva. L'Autore osserva criticamente come tale compito sia riservato esclusivamente al legislatore, in quanto la responsabilità oggettiva costituisce un'eccezione rispetto alla regola generale di cui all'articolo 2043. Al contrario, BUGIOLACCHI, *Principi e questioni aperte in materia di responsabilità extracontrattuale dell'internet provider. Una sintesi di diritto comparato*, p. 858, osserva come, negli ultimi decenni, si sia assistito ad un superamento della regola "nessuna responsabilità senza colpa" e come, quindi, le ipotesi di responsabilità oggettiva ed aggravata non possano più essere considerate come eccezionali.

<sup>431</sup> RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, cit., p. 68. Sul punto anche G. FACCI, *La responsabilità extracontrattuale dell'internet provider*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2002, 265.

di fatto la possibilità di estendere l'applicazione di quest'ultima a tecniche diverse, che nemmeno costituiscono un'evoluzione del mezzo stampa<sup>432</sup>.

Un primo parziale *revirement* della giurisprudenza in materia si è avuto con un'ordinanza del Tribunale di Cuneo del giugno 1997<sup>433</sup>. In primo luogo, questa pronuncia, pur non smarcandosi definitivamente dall'equazione sito internet=organo di stampa, dispone piuttosto che "L'introduzione di informazioni (scritti, immagini, filmati, dati, programmi, ecc.) su Internet ha natura di pubblicazione ex articolo 12 l.a". Essa rappresenta quindi una presa di posizione più cauta rispetto alle pronunce precedenti, disponendo che la trasmissione di contenuti mediante la rete rappresenta una "pubblicazione" ai sensi della legge 22 aprile 1941 n. 633 sul diritto d'autore. Tale pronuncia, inoltre, costituisce un punto di svolta nella giurisprudenza italiana, in quanto rappresenta il primo tentativo di qualificare giuridicamente i rapporti tra i vari operatori del web. In particolare, il giudice opera una distinzione tra l'utente puro e semplice, il fornitore di informazioni (*content provider*) ed il fornitore di accesso (*service provider*), riconoscendo in quest'ultimo il soggetto che permette agli utenti di accedere alla rete. Nonostante in alcuni casi il *service provider* fornisca direttamente informazioni agli utenti, in situazioni come quella in oggetto esso si limita ad offrire agli utenti l'accesso alla rete o lo spazio sui propri server per i contenuti forniti dagli utenti. Il giudice conclude quindi escludendo la responsabilità del provider nei casi in cui il provider non assuma un comportamento che vada oltre la mera fornitura di accesso o di spazio online.

Lo scontro tra dottrina e giurisprudenza si acutizza nuovamente, però, in occasione dell'emanazione di un decreto del Tribunale di Roma del novembre 1997<sup>434</sup>, nel quale si estende ai prestatori di servizi telematici il regime amministrativo della stampa. La motivazione adottata dal giudice si riferisce sia all'interpretazione estensiva del concetto di "periodico" operata dalla Corte di Cassazione, la cui sentenza di riferimento non viene specificata, sia ad una nota del Ministero di Grazia e Giustizia secondo la quale i "giornali telematici" sono soggetti al medesimo obbligo di registrazione previsto per la stampa e devono essere necessariamente diretti da un giornalista iscritto all'albo<sup>435</sup>. Tuttavia, la dottrina ha duramente contestato entrambi i riferimenti su cui si fonda la

---

<sup>432</sup> V. ZENO-ZENCOVICH, *La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa: note critiche, in Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1998, 115.

<sup>433</sup> Trib. Di Cuneo (ord.), 23 giugno 1997, in *Giurisprudenza piemontese*, 1997, 493. Sul punto, TOSI, *Le responsabilità civili*, cit., p. 295, BUGIOLACCHI, *Principi e questioni aperte in materia di responsabilità extracontrattuale dell'internet provider. Una sintesi di diritto comparato*, pp. 859-860.

<sup>434</sup> Trib. Roma (decr.), 6 novembre 1997, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1998, 75. Sul punto BUGIOLACCHI, *Principi e questioni aperte in materia di responsabilità extracontrattuale dell'internet provider. Una sintesi di diritto comparato*, p. 860.

<sup>435</sup> Ci si riferisce alla nota del Ministero di Grazia e Giustizia – Direzione generale degli Affari Civili e delle Libere Professioni – ufficio VII – Prot. N. 7/38002/8094 del 26 ottobre 1995.

motivazione del decreto ed ha negato che da questi si possa desumere l'applicabilità del regime della stampa anche alle reti telematiche<sup>436</sup>.

La ventata di novità rappresentata dalla pronuncia del Tribunale di Cuneo rimane così un episodio isolato fino ad un'ordinanza del Tribunale di Roma del luglio 1998<sup>437</sup>. Quest'ultima, infatti, sancisce definitivamente il superamento dell'equiparazione tra internet provider ed editore e viene riconosciuta in dottrina come la prima sentenza che esclude espressamente ogni dovere di vigilanza del provider sui contenuti trasmessi.

In primo luogo, il giudice individua il meccanismo di funzionamento del provider in questione, chiarendo che i *newsgroup* (aree di discussione) consistono "in una sorta di bacheca elettronica, dove gli utenti (...) possono leggere i messaggi apposti da altri utenti e aggiungere i propri contenuti". Nell'ordinanza si chiarisce poi come l'accesso ai gruppi di discussione sia "reso possibile dal c.d. *news server*, (...) che ospita le suddette aree di discussione e da cui i singoli utenti possono accedere avvalendosi dei programmi *client* di collegamento installati sui propri terminali". Il Tribunale chiarisce ulteriormente che il caso di specie riguarda un *newsgroup* c.d. "non moderato", ossia privo di un soggetto deputato ad esaminare i messaggi scambiati online e ad eliminarli qualora essi non rispettino i requisiti richiesti dal sito. Una volta chiarito il funzionamento del provider, il giudice esclude che esso possa essere equiparato al titolare di un sito, ma che semplicemente offra ai suoi utenti uno spazio di discussione online. Il fulcro della decisione si colloca poi nella parte in cui il giudice, escludendo la responsabilità del provider che si limiti ad un ruolo meramente tecnico per gli illeciti commessi da terzi mediante i suoi server, esclude chiaramente l'esistenza in capo al provider di un dovere di controllo sulle informazioni trasmesse.

Tuttavia, la dottrina si è interrogata sull'opportunità, al ricorrere di determinate condizioni, di attribuire agli intermediari "neutri", ossia che si limitino ad un ruolo meramente tecnico<sup>438</sup>, una responsabilità connessa al loro rapporto di contiguità con gli utenti autori dell'illecito<sup>439</sup>.

---

<sup>436</sup> Per tutti, ancora, vedasi ZENO-ZENCOVICH, *La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa*, cit., il quale, conducendo un'approfondita analisi, rileva come le conclusioni attribuite dal Tribunale al Ministero di Grazia e Giustizia vadano in realtà riferite all'Ordine dei Giornalisti, organo peraltro fortemente interessato alla questione. Riguardo invece all'interpretazione estensiva di "periodico" della Suprema Corte, l'Autore rileva che questa trovi la sua collocazione all'interno di una sentenza relativa all'applicazione della disciplina del commercio alla vendita in edicola di gadgets allegati a pubblicazioni periodiche. È da escludere dunque che da ciò si possa desumere un'equiparazione tra le comunicazioni telematiche e la stampa.

<sup>437</sup> Tribunale di Roma (ord.), 4 luglio 1998, *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1998, 807, con nota di P. COSTANZO. Il caso riguardava la richiesta di rimozione da parte del soggetto leso di contenuti diffamatori pubblicati in un *newsgroup* (gruppo di discussione). Vedi BUGIOLACCHI, *Principi e questioni aperte in materia di responsabilità extracontrattuale dell'internet provider. Una sintesi di diritto comparato*, p. 861, Pasquino, *Servizi telematici e criteri di responsabilità*, p. 247.

<sup>438</sup> Come definito nella citata ordinanza del Tribunale di Roma del 4 luglio 1998.

<sup>439</sup> Si pongono tale quesito BUGIOLACCHI, *Principi e questioni aperte in materia di responsabilità extracontrattuale dell'internet provider. Una sintesi di diritto comparato*, p. 863 e P. COSTANZO, *I newsgroup al vaglio dell'Autorità Giudiziaria (ancora a proposito della responsabilità degli attori*

A tale problematica viene offerta una soluzione in una decisione del Tribunale di Roma del marzo 1999, nella quale il giudice, pur ribadendo l'assenza di un dovere di controllo sulle comunicazioni online in capo all'intermediario, precisa che "non può escludersi una sua colpa se le comunicazioni necessariamente date allo stesso provider al fine di ottenere il collegamento configurino esse stesse all'evidenza un illecito"<sup>440</sup>. In questa decisione si applicano dunque i principi generali in materia di concorso nell'illecito altrui di cui all'articolo 2055 c.c., secondo i quali è chiamato a rispondere il provider che, con la sua condotta dolosa o colposa, fornisca un apporto causale all'illecito altrui<sup>441</sup>. Nel caso di specie, in particolare, il giudice individua tale condotta concorsuale colposa nel fatto che il provider non aveva riconosciuto che il *domain name* di cui l'utente chiedeva la registrazione rappresentava una violazione della proprietà intellettuale della nota società attrice.

Nella fase antecedente all'emanazione della direttiva e-Commerce e del relativo decreto di recepimento, dunque, la giurisprudenza nazionale supera in via definitiva l'applicazione analogica al provider della legge sulla stampa ed esclude tanto l'esistenza di un dovere di sorveglianza sui contenuti trasmessi, quanto il potere di esercitare un controllo di questo tipo. La giurisprudenza completa poi questo quadro riconoscendo che, in casi di evidenza dell'illecito, il provider deve comunque essere ritenuto responsabile per l'illecito commesso mediante le sue reti per non aver colposamente riconosciuto l'antigiuridicità dell'atto.

La dottrina, tuttavia, non ha mancato di interrogarsi circa la possibilità di applicare analogicamente al provider le fattispecie di responsabilità oggettiva espressamente previste nel codice civile<sup>442</sup>. In primo luogo ci si è chiesti se fosse possibile estendere al provider un modello di responsabilità oggettiva sulla base della teoria del rischio d'impresa elaborata da Pietro Trimarchi<sup>443</sup>. Stante infatti l'impossibilità di eliminare in

---

*d'Internet*), in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1998, 811. La questione nasce anche in considerazione del fatto che la precedente decisione del Tribunale di Roma si fondava, tra le altre cose, sulla circostanza che il *newsgroup* non fosse moderato. Appare spontaneo, dunque, chiedersi cosa cambi nel caso in cui il gruppo di discussione sia moderato.

<sup>440</sup> Trib. Roma, 22 marzo 1999, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2000, 66. La causa ha ad oggetto la richiesta di tutela cautelare nei confronti di un provider da parte di una società assicuratrice italiana, in quanto questa riteneva di essere stata lesa nel suo diritto di proprietà intellettuale dall'apertura di un sito web avente la medesima denominazione della società.

<sup>441</sup> BUGIOLACCHI, *Principi e questioni aperte in materia di responsabilità extracontrattuale dell'internet provider. Una sintesi di diritto comparato*, pp. 863-864.

<sup>442</sup> PASQUINO, *Servizi telematici e criteri di responsabilità*, cit., p. 265 ss.; RICCIO *La responsabilità civile degli internet providers*, cit., p. 35 ss.; FACCI, *La responsabilità extracontrattuale dell'internet provider*, cit., p. 268 ss.

<sup>443</sup> P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffrè, 1961. L'Autore, pur riconoscendo che la formulazione del codice civile del 1942 esclude l'esistenza di un principio di responsabilità oggettiva per rischio, osserva come le numerose ipotesi di responsabilità senza colpa espressamente previste nel codice siano accomunate dal principio in questione. L'Autore osserva che dal sistema positivo, nel quale rientrano tra le altre la responsabilità del datore di lavoro per il fatto dei dipendenti (art. 2049 c.c.), del proprietario di un edificio per il danno causato dalla rovina di questo per vizio di costruzione o manutenzione (art. 2053 c.c.) e del proprietario di un animale per il danno cagionato da



assoluto il rischio di danno, tale teoria mira a minimizzare il costo sociale di questo, sia in termini di allocazione del rischio che in termini di prevenzione<sup>444</sup>. Al fine di estendere l'ambito applicativo di questa teoria anche al di fuori dell'ambito ristretto dell'attività d'impresa, è stato osservato come il presupposto ineludibile per l'attribuzione di responsabilità oggettiva sulla base del principio del rischio d'impresa sia costituito dalla possibilità di esercitare un preventivo controllo del rischio<sup>445</sup>. Sarebbe così tenuto a rispondere del danno il soggetto che, prima del verificarsi di questo, si trovi nella posizione migliore per valutare l'opportunità di impedire l'evento dannoso ed il modo migliore per evitarlo<sup>446</sup>. Una ricostruzione di questo tipo determina l'inapplicabilità al provider della teoria del rischio d'impresa: è da escludere invero che l'intermediario, il quale si trova nell'impossibilità di operare un controllo puntuale delle informazioni trasmesse, possa rilevare *ex ante* l'esistenza di contenuti dannosi e valutare così se sostenere o meno i costi della trasmissione di questi.

Inconsistente sarebbe inoltre la possibilità di escludere l'attribuzione al provider di una responsabilità oggettiva sulla base dell'articolo 2049 c.c. relativa a committenti ed intermediari, vista l'assenza, nella maggior parte dei casi, di un rapporto di subordinazione tra intermediario ed utente<sup>447</sup>.

Escluse queste prime possibilità, la dottrina si è interrogata sull'applicabilità ai provider della responsabilità per attività pericolosa sulla base dell'articolo 2050 c.c.<sup>448</sup>. Questa

---

questo (art. 2052 c.c.), emerge il fatto che la responsabilità oggettiva debba essere attribuita a chi ha il controllo delle condizioni generali di rischio. La responsabilità oggettiva riguarda ogni tipo di attività, ma la sua applicazione più frequente riguarda l'attività organizzata in forma d'impresa, in cui il responsabile ha la possibilità di inserire il costo del rischio nel bilanciamento tra costi e perdite. Tale principio sarebbe poi applicabile anche ad attività non strettamente imprenditoriali, purchè siano dotate di un minimo di organizzazione e presentino un rischio potenziale non irrilevante.

<sup>444</sup> PASQUINO, *Servizi telematici e criteri di responsabilità*, p. 269.

<sup>445</sup> PASQUINO, *Servizi telematici e criteri di responsabilità*, p. 271.

<sup>446</sup> PASQUINO, *Servizi telematici e criteri di responsabilità*, p. 271.

<sup>447</sup> PASQUINO, *Servizi telematici e criteri di responsabilità*, p. 272, RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, cit., p. 50. In merito alla qualificazione giuridica del rapporto tra internet provider ed utenti, in dottrina si è operata una distinzione tra *access* e *host* provider. Riguardo al rapporto contrattuale che lega il primo, che fornisce l'accesso alla rete, ed il *content* provider, la dottrina ha elaborato tre diverse teorie: quella della compravendita, dell'appalto di servizi e della somministrazione. Secondo G. CASSANO, A. CONTALDO, *La natura giuridica e la responsabilità civile degli Internet Service Providers (ISP): il punto sulla giurisprudenza*, in *Corriere giuridico*, 2009, 1206 "il criterio di compatibilità previsto nell'articolo 1570 c.c. si traduce in un criterio di gerarchia a favore delle norme sulla somministrazione". Di parere opposto è invece S. Sica, *Il sistema delle responsabilità*, in G. Comandè, S. Sica, *Il commercio elettronico: profili giuridici*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 222, secondo il quale l'ipotesi dell'appalto di servizi di cui all'articolo 1677 c.c. sarebbe "quella che maggiormente si avvicina al contratto di abbonamento che l'utente stipula con l'access provider". Il rapporto tra *host* provider ed utente, invece, è stato ricostruito in termini di "locazione" di spazio telematico, ma appare preferibile qualificare anche quest'ultimo come appalto di servizi. In questo senso, S. Sica, *Le responsabilità civili*, in E. Tosi, *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 273, S. Sica, *Il sistema delle responsabilità*, cit., p. 222, RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, cit., p. 22.

<sup>448</sup> Hanno analizzato tale questione RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, cit., p. 52 ss. e PASQUINO, *Servizi telematici e criteri di responsabilità*, cit., p. 273 ss.

disposizione si è dimostrata particolarmente malleabile, vista l'interpretazione estensiva offerta da dottrina e giurisprudenza circa il significato di "pericolosità": questa non andrebbe valutata secondo criteri astratti, bensì analizzando la concreta attitudine di una certa attività ad arrecare danni<sup>449</sup>. È necessario però chiedersi a questo punto se l'attività svolta dal provider possa essere effettivamente qualificata come pericolosa. È importante notare a tal proposito come il legislatore abbia fatto esplicito riferimento all'articolo 2050 c.c. nel delineare il regime di responsabilità dei soggetti che cagionano danni ad altri per effetto del trattamento dei dati personali<sup>450</sup>. L'applicazione di tale regime anche alla *internet liability* appare però dubbio: in primo luogo, la legge 675/96 è stata emanata in recepimento della direttiva 95/46/CEE<sup>451</sup>, la quale nell'articolo 23 prevede che il responsabile del trattamento può essere esonerato dalla responsabilità qualora provi che l'evento dannoso non gli sia imputabile. È parso quindi opportuno al legislatore nazionale fare riferimento all'articolo 2050 del codice civile, il quale, coerentemente, prevede la prova liberatoria dell'"avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno"<sup>452</sup>. La legge italiana in questione contiene pertanto principi che riguardano nello specifico il settore del trattamento dei dati personali, che non possono essere facilmente estesi ad altre materie. In ogni caso, l'attività svolta dagli internet provider non sembra poter essere qualificata come pericolosa, in considerazione sia dell'infrequenza dei danni cagionati, sia della scarsa gravità degli illeciti commessi<sup>453</sup>. Riguardo invece alla possibilità di ricorrere all'articolo 2051 c.c., relativo alla responsabilità per il danno cagionato da cose in custodia, la dottrina si è espressa in senso negativo. I presupposti necessari al fine di applicare tale disposizione sono costituiti infatti dall'esistenza di un potere di controllo del soggetto responsabile sulla cosa produttiva di danno e la disponibilità della stessa. L'applicabilità di questa forma di responsabilità all'online provider è da escludere per due ragioni: in primo luogo, lo spazio online sul quale sono pubblicati i contenuti funge unicamente da strumento per il compimento dell'illecito e non è idoneo ad essere direttamente produttivo di danni. In secondo luogo, il rapporto che lega *host* provider ed utente viene qualificato dalla dottrina maggioritaria come appalto di servizi: non sembra quindi configurabile una

---

<sup>449</sup> RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, cit., pp. 53-54.

<sup>450</sup> Articolo 18, Legge 31 dicembre 1996, n. 675, "Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali". Oggi art. 15, d.lgs. 30 giugno 2006, c.d. "Codice in materia di protezione dei dati personali".

<sup>451</sup> Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

<sup>452</sup> RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, cit., p. 55.

<sup>453</sup> La maggior parte degli illeciti online riguarda infatti casi di diffamazione e di lesione della riservatezza, riguardo ai quali l'ammontare del risarcimento è piuttosto circoscritto. Spesso dunque la vittima rinuncia ad intraprendere la via giurisdizionale. Così RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, cit., p. 56.

relazione diretta tra l'intermediario stesso e la cosa<sup>454</sup>. In assenza dei presupposti necessari, è dunque da escludere l'applicabilità della regola di cui all'articolo 2051 c.c. L'emanazione del decreto legislativo 70/2003, disciplinando espressamente la materia della responsabilità extracontrattuale dell'internet service provider per gli illeciti altrui, ha eliminato ogni dubbio circa l'applicabilità delle previsioni del codice civile agli intermediari di internet, al contempo determinando una sostanziale modifica del panorama che si era delineato per mezzo delle interpretazioni giurisprudenziali qui illustrate.

### III. Il d. lgs. 70/2003

Il 9 aprile 2003 viene emanato in Italia il decreto legislativo n. 70, in recepimento della direttiva sul commercio elettronico. Una prima lettura del decreto dà subito l'idea di come questo sia costituito in gran parte da una riproduzione di quanto previsto nella direttiva e di come i rinvii alle scelte del legislatore nazionale previsti nella normativa europea siano stati cautamente utilizzati. Un'analisi più approfondita del testo del decreto fa emergere tuttavia rilevanti novità sotto il profilo della responsabilità del provider, le quali, come si vedrà di seguito, risolvono alcune delle ambiguità presenti nel testo della direttiva. Come è stato peraltro ampiamente rilevato dalla dottrina, lo spazio di libertà a disposizione del legislatore nazionale era comunque limitato dalla necessità di non mettere in discussione l'equilibrio tra le contrastanti istanze socio-economiche così difficilmente raggiunto in sede comunitaria. Appare comprensibile, pertanto, che il legislatore nazionale abbia limitato i suoi interventi innovatori, riproducendo in gran parte le scelte intraprese dalla direttiva ed assicurando così l'ingresso a pieno titolo dell'Italia nel sistema giuridico ed economico del commercio elettronico<sup>455</sup>.

Gli articoli dal 14 al 17 del decreto legislativo introducono il regime di responsabilità degli internet provider, riprendendo il medesimo schema seguito dal legislatore comunitario e dettando le condizioni in presenza delle quali gli intermediari di internet possono andare esenti da responsabilità.

---

<sup>454</sup> In questo senso, PASQUINO, *Servizi telematici e criteri di responsabilità*, cit., pp. 285-286 e RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, cit., pp. 51-52.

<sup>455</sup> S. SICA, *Recepita la direttiva sul commercio elettronico*, in *Corriere giuridico*, 2003, 1247. Anche F. DELFINI, *Il Commento*, in *I contratti*, 2003, 612 riconosce che il *point of balance* individuato dal legislatore comunitario costituisce una "mediazione tra le istanze dei prestatori intermediari (...) e l'esigenza di evitare che le reti telematiche possano sfuggire ad ogni sorta di controllo autoritativo". Più critici nei confronti del legislatore italiano sono invece G. M. RICCIO, *La responsabilità degli internet providers nel d. lgs. n. 70/2003*, in *Danno e responsabilità*, 2003, 12, 1157, che contesta il suo approccio "notarile" e V. ZENO-ZENCOVICH, *Note critiche sulla nuova disciplina del commercio elettronico dettata dal d. lgs. 70/2003*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2003, 505, il quale rileva una serie di "grossolani errori sintattici e linguistici" nel testo del decreto.

In primo luogo, il decreto prende in considerazione, al suo articolo 14, l'attività di "Semplice trasporto - Mere conduit". Si noti sin dal principio il fatto che il legislatore italiano, nella rubrica degli articoli relativi a ciascun diverso operatore, ha affiancato alla dizione italiana, anche quella inglese del termine. Se da un lato questo approccio rappresenta un portato della globalità del fenomeno di internet<sup>456</sup>, dall'altro esso appare scarsamente comprensibile, vista la sua inutilità sul piano giuridico<sup>457</sup>.

Il primo comma dell'articolo definisce l'attività di *mere conduit* come una "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". Seguendo l'esempio della direttiva, dunque, il legislatore nazionale fa riferimento in primo luogo a quegli operatori del web che limitano la loro attività alla mera fornitura dell'accesso o alla trasmissione di informazioni. Il comma 1 dell'articolo 14 procede poi indicando le condizioni in presenza delle quali questo tipo di operatore vada esente da responsabilità. Alla luce del testo del decreto, è necessario che esso "a) non dia origine alla trasmissione (delle informazioni); b) non selezioni il destinatario della trasmissione; c) non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse". Tali condizioni di esenzione sottendono una *ratio* comune che discende direttamente dalla fonte comunitaria: può beneficiare dell'esenzione di responsabilità il provider che dimostri la sua totale estraneità al contenuto della trasmissione<sup>458</sup>. Il meccanismo individuato dal legislatore nella fattispecie in oggetto, denota uno spiccato *favor* legislativo, risolvendosi nella maggior parte dei casi in una sostanziale irresponsabilità per i provider. Conseguentemente, tale regime di responsabilità dovrà applicarsi unicamente ai casi tassativamente indicati nel decreto<sup>459</sup>.

Il comma 2 dell'articolo 14 estende invece le nozioni di trasmissione e di fornitura d'accesso, disponendo che esse "includono la memorizzazione automatica, intermedia e transitoria delle informazioni trasmesse, a condizione che questa serva solo alla

---

<sup>456</sup> SICA, *Le responsabilità civili*, cit., p. 281.

<sup>457</sup> RICCIO, *La responsabilità degli internet providers nel d. lgs. n. 70/2003*, cit., p. 1159.

<sup>458</sup> Di questo avviso, SICA, *Le responsabilità civili*, cit., p. 282. Dello stesso avviso anche P. SANNA, *Il regime di responsabilità dei providers intermediari di servizi della società dell'informazione*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2004, 279, pp. 287-288, il quale però giunge a questa conclusione dopo aver contestato il dato letterale della norma, alla luce del quale il "prestatore sembrerebbe esposto a responsabilità anche quando si limiti a compiere semplici attività tecniche necessarie all'immissione in Rete delle informazioni fornite dai terzi, destinatari del servizio". L'Autore propone dunque un'interpretazione teleologica della disposizione, in base alla quale la lettera a) riguarderebbe la "trasmissione di contenuti propri o forniti da terzi effettuata per autonoma iniziativa dello stesso prestatore"; la lettera b) riguarderebbe "l'ipotesi dell'operatore che, pur non richiestone, selezioni uno specifico destinatario cui trasmettere le informazioni", evidenziando così la conoscenza del materiale oggetto di trasmissione; la lettera c) riguarderebbe il caso in cui il provider "manipoli le informazioni, modificandone l'originario contenuto intrinseco", lasciando supporre anche in questo caso un controllo dei contenuti.

<sup>459</sup> R. D'ARRIGO, *La responsabilità degli intermediari nella nuova disciplina del commercio elettronico*, in *Danno e responsabilità*, 2004, 248, p. 249 e SICA, *Le responsabilità civili*, cit., p. 282.

trasmissione sulla rete di comunicazione e che la sua durata non ecceda il tempo ragionevolmente necessario a tale scopo”. Se dunque di regola vengono esclusi dall’esenzione i provider che memorizzano le informazioni trasmesse, il legislatore ha voluto comunque prendere atto della varietà delle tecniche operazionali adottate dai provider ed ha esteso lo schermo protettivo anche ai casi in cui tale memorizzazione sia “automatica, intermedia e transitoria”<sup>460</sup>. L’automatismo nella memorizzazione sottende ancora una volta il principio di non ingerenza del provider nell’ambito delle informazioni trasmesse, la natura intermedia colloca necessariamente la memorizzazione nell’ambito del processo di trasmissione, mentre la transitorietà si riferisce all’elemento cronologico. Riguardo alle condizioni di esenzione relative all’attività di memorizzazione, la disposizione fa riferimento al criterio del “tempo ragionevolmente necessario”: tale richiamo è foriero di dubbi interpretativi, i quali però troveranno sempre un limite nella necessità per il prestatore di mantenere una condotta neutra rispetto al contenuto della trasmissione<sup>461</sup>.

Cogliendo l’invito di cui all’articolo 12 comma 3 della direttiva 2000/31<sup>462</sup>, il legislatore nazionale prevede poi all’articolo 14 comma 3 che “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”. Questa trasposizione nell’ordinamento nazionale del disposto comunitario appare particolarmente felice per due ordini di motivi: innanzitutto, atteso il regime di sostanziale irresponsabilità del provider sin qui delineato, appare opportuno aprire la possibilità ad un intervento d’urgenza dell’autorità giudiziaria e consentire quindi una tutela preventiva dell’illecito<sup>463</sup>. In secondo luogo, è condivisibile la scelta di limitare la portata del richiamo all’autorità amministrativa mediante l’utilizzo della dizione “avente funzione di vigilanza”, giacché la generica attribuzione alla Pubblica Amministrazione di un potere di vigilanza avrebbe potuto sollevare profili di illegittimità costituzionale<sup>464</sup>.

L’articolo 15 definisce invece come *caching* la “memorizzazione automatica, intermedia e temporanea” delle informazioni trasmesse “effettuata al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltro ad altri destinatari a loro richiesta”. Inoltre, se anche in questo caso le condizioni di esenzione sottintendono il principio di non

---

<sup>460</sup> SICA, *Le responsabilità civili*, cit., p. 284.

<sup>461</sup> SICA, *Le responsabilità civili*, cit., pp. 284-285.

<sup>462</sup> Articolo 12, co. 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".

<sup>463</sup> SICA, *Le responsabilità civili*, cit., p. 285. D’ARRIGO, *La responsabilità degli intermediari nella nuova disciplina del commercio elettronico*, cit., p. 249 osserva inoltre che il dovere di prevenire la violazione viene attribuito all’autorità competente in quanto, “atteso il ruolo meramente passivo del prestatore del servizio, non può essergli imposto un obbligo di predisporre sistemi di prevenzione dell’illecito, né una eventuale interruzione e/o rimozione dell’attività illecita stessa *motu proprio*”.

<sup>464</sup> SICA, *Le responsabilità civili*, cit., p. 286.

coinvolgimento dell'intermediario con l'informazione trasmessa<sup>465</sup>, il legislatore richiede una collaborazione attiva dello stesso nella rimozione del contenuto illecito, ridimensionando dunque il *favor* emergente dall'articolo che precede.

Le condizioni di cui alle lettere a) e d) riprendono entrambe il concetto di *abstention* dell'intermediario. Queste dispongono che il prestatore intermediario non è responsabile a condizione che “a) non modifichi le informazioni; d) non interferisca con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni”. Se la prima appare limpida agli occhi dell'interprete, la seconda impone una riflessione aggiuntiva. Essa infatti, operando un rinvio esplicito a “l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore”, delinea uno standard di diligenza per l'intermediario mediante la tecnica dell'eterointegrazione legislativa<sup>466</sup>. Il giudice quindi, al fine di valutare la condotta del provider, dovrà fare riferimento ad un modello comportamentale derivante dal dato legislativo così come completato da quello tecnico ed extra-legislativo.

Le condizioni di cui alle lettere b), c) e d) delineano invece i doveri attivi posti in capo al prestatore intermediario. Le prime due rinviano ancora a standard tecnici ed extra-giuridici, disponendo che il provider “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”. La condizione di cui alla lettera d) è invece quella che pone in capo al provider il compito più oneroso: il prestatore deve agire “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”. Riguardo poi al parametro dell'effettiva conoscenza è stato rilevato che questa non coincide necessariamente con la nozione di conoscenza legale del provvedimento giurisdizionale o amministrativo di cui al comma 2: in ogni caso, tale equazione potrebbe facilmente corrispondere a verità qualora il destinatario del provvedimento sia proprio il prestatore<sup>467</sup>.

L'ultimo comma dell'articolo 15 ribadisce poi il potere dell'autorità giudiziaria di esigere in via d'urgenza l'impedimento delle violazioni da parte dell'intermediario. A tale proposito, appare ambigua la scelta del legislatore di distinguere tra l'ordine di rimozione e disabilitazione di cui al comma 1, che può provenire da qualsiasi autorità amministrativa, e il potere cautelare di cui al comma 2, che è invece attribuito alla sola

---

<sup>465</sup> SICA, *Le responsabilità civili*, cit., p. 288; D'ARRIGO, *La responsabilità degli intermediari nella nuova disciplina del commercio elettronico*, cit., p. 250, secondo il quale questo approccio sarebbe coerente con lo standard seguito in ambito comunitario per quanto riguarda le telecomunicazioni e la posta elettronica.

<sup>466</sup> RICCIO, *La responsabilità degli internet providers nel d. lgs. n. 70/2003*, cit., p. 1161; SICA, *Le responsabilità civili*, cit., p. 288.

<sup>467</sup> SICA, *Le responsabilità civili*, cit., p. 290.

autorità amministrativa avente funzione di vigilanza. Una possibile spiegazione potrebbe essere rinvenuta nel fatto che il carattere d'urgenza del provvedimento cautelare porterebbe ad escludere la necessità di un'istruttoria piena, auspicabile invece in relazione al provvedimento del primo comma<sup>468</sup>. Una valutazione di questo tipo potrebbe aver portato il legislatore ad introdurre la restrizione di cui al secondo comma. L'articolo 16 si apre invece con una definizione dell'attività di *hosting*, che consiste nella "prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio". Questa attività è quella che desta più preoccupazioni, poiché, se nell'attività di *caching* l'eventuale memorizzazione dei dati deve essere necessariamente transitoria e intermedia, qui le informazioni possono essere ospitate sullo spazio online offerto dal provider per un periodo più lungo<sup>469</sup>. Per questo motivo, il legislatore prevede per questo tipo di attività condizioni di esenzione che rendono necessaria una partecipazione attiva del provider al fine di impedire l'illecito.

A tale riguardo è però opportuno svolgere qualche riflessione aggiuntiva: se è vero che l'articolo 16 del decreto recepisce in gran parte il testo dell'articolo 14 della direttiva, è necessario notare altresì che le diversità introdotte dalla disposizione di trasposizione comportano delle novità rilevanti in merito al regime di responsabilità degli internet provider.

In primo luogo, il primo comma dell'articolo prevede che il prestatore vada esente da responsabilità qualora "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". Vale la pena osservare come il legislatore operi una distinzione tra il livello di conoscenza necessario in caso di illecito penale e di illecito civile. Se, infatti, la conoscenza dell'illecito viene confermata come il requisito necessario a determinare la responsabilità dell'intermediario, in caso di azione penale si richiede che il provider sia *effettivamente* a conoscenza della violazione, mentre in caso di illecito civile si ritiene sufficiente la conoscenza di fatti o circostanze da cui emerga manifestamente l'illiceità dell'atto<sup>470</sup>.

È però la lettera b) dell'articolo 16 comma 1 che presenta i profili più innovativi del decreto, poiché essa prende espressamente posizione sulla nozione di "conoscenza"

---

<sup>468</sup> SICCA, *Le responsabilità civili*, cit., p. 291.

<sup>469</sup> SICCA, *Le responsabilità civili*, cit., p. 291.

<sup>470</sup> SICCA, *Le responsabilità civili*, cit., p. 292. Dello stesso parere, SANNA, *Il regime di responsabilità dei providers intermediari di servizi della società dell'informazione*, cit., p. 291; Riccio, *La responsabilità degli internet providers nel d. lgs. n. 70/2003*, cit., p. 1162 e GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet Service Provider*, cit., p. 289. Più critici sono invece Cassano, Cimino, *Il nuovo regime di responsabilità dei providers: verso la creazione di un novello "censore telematico"*, cit., p. 94, i quali mettono in discussione un'interpretazione di questo tipo. Gli Autori osservano infatti che sia la direttiva 2000/31/CE che il decreto 70/2003 fossero destinati a disciplinare unicamente la materia del commercio elettronico, senza intervenire pertanto in materia di responsabilità penale.

necessaria a far sorgere la responsabilità dell'intermediario. Tale previsione prescrive che, non appena venga a conoscenza dei fatti illeciti "su comunicazione delle autorità competenti", il provider "agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso". Pertanto, affinché un provider possa essere ritenuto responsabile per l'illecito altrui, è necessario che questi venga a conoscenza della violazione mediante una comunicazione ufficiale dell'autorità competente<sup>471</sup>. Siffatta previsione porta con sé notevoli vantaggi dal punto di vista sostanziale, giacché conferisce certezza al provider in ordine ai profili della sua responsabilità. Questi non si troverà più nella condizione di dover valutare attentamente le comunicazioni degli utenti privati, al fine di ritenerle o meno prove attendibili dell'esistenza dell'atto illecito, né si troverà più schiacciato tra il rischio di incorrere in responsabilità aquiliana ed il rischio di violare l'altrui libertà di espressione. Un'interpretazione di questo tipo, peraltro, determina inevitabilmente un ridimensionamento della veste di censore del web dell'internet provider, in quanto la valutazione dell'illiceità del materiale viene spostata in capo alle autorità competenti<sup>472</sup>.

A tal proposito, la dottrina si è chiesta se la necessità di attendere la comunicazione dell'autorità competente al fine di intervenire sui contenuti riguardi unicamente i casi di illecito civile e se, quindi, il provider sia tenuto ad agire immediatamente nel caso in cui gli atti illeciti assumano un rilievo penale<sup>473</sup>. I commentatori che si sono espressi su tale questione non hanno offerto una visione dirimente del problema; essi si sono limitati a rilevare che la tesi secondo la quale il prestatore dovrebbe attendere la comunicazione dell'autorità competente sia in caso di illecito civile che di illecito penale, tenderebbe ad abbassare gli standard di diligenza del provider. Al contrario, invece, la tesi che

---

<sup>471</sup> L. BUGIOLACCHI, *La responsabilità dell'host provider alla luce del d.lgs. 70/2003: esegesi di una disciplina dimezzata*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2005, 188, p. 198; G. COMANDE', *Al via l'attuazione della direttiva sul commercio elettronico, ma...serve un maggiore coordinamento*, in *Danno e responsabilità*, 2003, 808, p. 813; SANNA, *Il regime di responsabilità dei providers intermediari di servizi della società dell'informazione*, cit., p. 292; M. GAMBINI, *La responsabilità civile dell'internet service provider*, in *Giurisprudenza di merito*, 2006, 29; RICCIO, *La responsabilità degli internet providers nel d. lgs. n. 70/2003*, cit., p. 1163, il quale osserva come in questo modo si risolve la problematica relativa alla ricezione di notificazioni anonime. La stessa interpretazione è offerta da TROIANO, *L'impresa di content, host ed access providing*, cit., pp. 367-368 e 371, il quale però è molto critico nei confronti della scelta del legislatore nazionale. Questi ritiene infatti che "tale divergenza dalla regola della direttiva configura un non corretto recepimento, che deve indurre il giudice nazionale a disapplicare, per la parte non conforme, il testo della legge nazionale". A parere dell'Autore, una fattispecie che restringe l'interpretazione del requisito di conoscenza dell'illecito modifica indebitamente la disciplina comunitaria e deve pertanto essere respinta. Secondo Troiano, la nozione di "effettiva conoscenza" indica la possibilità che il provider sia ragionevolmente consapevole dell'effettiva esistenza dell'attività illecita. L'intermediario sarebbe così responsabile nel caso in cui la fondatezza della diffida sia facilmente valutabile, mentre andrebbe esente quando il materiale non sia stato rimosso per l'impossibilità di svolgere tale valutazione.

<sup>472</sup> BUGIOLACCHI, *La responsabilità dell'host provider alla luce del d.lgs. 70/2003*, cit., p. 200.

<sup>473</sup> SANNA, *Il regime di responsabilità dei providers intermediari di servizi della società dell'informazione*, cit., p. 292; G. FACCI, *La responsabilità del provider*, in C. ROSSELLO, G. FINOCCHIARO, E. TOSI, *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale*, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 147-148.



attribuisce responsabilità civile all'intermediario che non abbia autonomamente rilevato la manifesta illiceità dell'atto attribuirebbe a quest'ultimo un canone di diligenza modellato sulla colpa professionale. Un'interpretazione di tal fatta sarebbe peraltro più coerente con la funzione compensativa della responsabilità civile<sup>474</sup>.

È opportuno a questo punto dare conto del fatto che la comunicazione indicata alla lettera b) dell'articolo 16 diverge dall'ordine dell'Autorità Giudiziaria Ordinaria di cui al comma 3. Quest'ultimo si riferisce espressamente, invero, a un ordine dell'autorità giudiziaria o amministrativa, mentre il comma in questione fa riferimento a una comunicazione delle autorità competenti, identificabili ad esempio, in assenza di indicazioni più puntuali, nell'Agcom, nella Siae o nell'Autorità garante per la protezione dei dati personali<sup>475</sup>. Quest'interpretazione è indotta anche dalla considerazione che se la comunicazione di cui al comma 1 e l'ordine di cui al comma 3 fossero la medesima cosa, le due disposizioni sarebbero del tutto ripetitive<sup>476</sup>. Il legislatore, inoltre, pare aver voluto attribuire il potere di emanare le comunicazioni di cui al comma 1 ad un novero di autorità più ampio rispetto a quello indicato al comma 3: solo all'autorità giudiziaria ed in alcuni casi a quella amministrativa può essere infatti attribuito il potere di agire in via cautelare sulle attività illecite<sup>477</sup>.

Nonostante l'interpretazione di cui s'è dato conto appaia inequivocabilmente come quella preferibile, essa non è pacificamente accolta dalla dottrina. La maggior parte dei commentatori, invero, si sono limitati a rilevare la novità inserita nell'articolo 16 lettera b), ma hanno ommesso di offrire una ricostruzione sistematica del regime di responsabilità che ne derivava<sup>478</sup>. Altri commentatori si sono invece chiesti se le due

---

<sup>474</sup> SANNA, *Il regime di responsabilità dei providers intermediari di servizi della società dell'informazione*, cit., pp. 292-293; FACCI, *La responsabilità del provider*, cit., p. 148.

<sup>475</sup> Cassano, Cimino, *Il nuovo regime di responsabilità dei providers: verso la creazione di un novello "censore telematico"*, cit., p. 94 e CASSANO, *Diritto dell'internet: il sistema di tutela della persona*, cit., p. 371. Al contrario, TROIANO, *L'impresa di content, host ed access providing*, cit., p. 368, non coglie tale distinzione ed accusa di contraddittorietà il testo del decreto. Nella direttiva, infatti, il terzo comma "configura una situazione successiva rispetto (...) alla effettiva conoscenza dell'illecito da parte dell'host provider (...). Nel testo italiano, invece – nella misura in cui si aggiunge la comunicazione delle autorità competenti anche alle fattispecie del primo comma – non si capisce il senso di ben due comunicazioni, la cui prima dovrebbe solo segnalare l'illecito, mentre la seconda dovrebbe contenere l'ordine inibitorio!".

<sup>476</sup> CASSANO, CIMINO, *Il nuovo regime di responsabilità dei providers: verso la creazione di un novello "censore telematico"*, cit., p. 94.

<sup>477</sup> SANNA, *Il regime di responsabilità dei providers intermediari di servizi della società dell'informazione*, cit., p. 292.

<sup>478</sup> Vedi S. SICA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Cedam, 2012, p. 420; D'ARRIGO, *La responsabilità degli intermediari nella nuova disciplina del commercio elettronico*, cit., p. 253, il quale da un lato riconosce che le novità introdotte dall'articolo 16 lett. b) fanno coincidere il momento in cui il provider matura la conoscenza dell'illecito con quello della ricezione della comunicazione dell'autorità competente, e dall'altro osserva invece che "la normativa di recepimento non ha fornito alcun contributo al fine di chiarire con quali modalità venga a sussistere tale requisito in capo al provider"; SICA, *Le responsabilità civili*, cit., il quale peraltro, non attribuendo sufficiente peso alle novità introdotte dal legislatore nazionale, non riesce a dare conto di alcune incoerenze delle disposizioni del decreto. Nell'analizzare il disposto dell'articolo 17 comma 3, ad esempio, l'Autore rileva che la prima parte sia ripetitiva, in quanto si limita a ribadire quanto già previsto negli

fattispecie di cui alle lettere a) e b) rappresentino due fattispecie di responsabilità cumulative o alternative, ma la loro analisi del decreto legislativo ha condotto ad una soluzione opposta<sup>479</sup>. Alla luce di quest'ultima interpretazione, l'articolo 16 andrebbe letto nel senso di ritenere il provider responsabile per l'illecito commesso dal suo utente qualora l'intermediario, venuto effettivamente a conoscenza di tale violazione, non ponga fine alla diffusione del materiale in questione, ovvero non si sia attivato per rimuoverlo. Qualora il provider ometta di adempiere e sussista la prova della sua effettiva conoscenza, esso risponde della violazione. Nel caso in cui poi il provider rimanga inattivo, si apre la possibilità per il soggetto interessato di ottenere una comunicazione dall'autorità competente: nel caso in cui vi sia la prova del fatto che il provider fosse già ad effettiva conoscenza della violazione anche in un momento antecedente, la comunicazione determina un aggravio dell'elemento soggettivo in capo al provider. Nel caso invece in cui il provider non fosse già ad effettiva conoscenza della violazione, la ricezione della comunicazione segna il momento a partire dal quale l'intermediario ha il dovere di attivarsi. Se il provider rimane inerte anche a seguito della comunicazione, si apre poi la possibilità di ottenere un provvedimento da parte dell'autorità giudiziaria o amministrativa, ai sensi dell'articolo 16 comma 3<sup>480</sup>.

---

articoli precedenti in punto di adeguamento agli ordini delle autorità. “Ancora più discutibile” sarebbe poi la seconda parte della norma, la quale, prevedendo il dovere dell'intermediario di comunicare all'autorità competente l'eventuale presenza di materiale illecito, contrasterebbe con gli articoli 15, comma 1, lett. b) e 15, comma 1, lett. b), secondo i quali il provider “deve attivarsi direttamente, a prescindere dall'interessamento dell'autorità competente”.

<sup>479</sup> Si tratta di CASSANO, CIMINO, *Il nuovo regime di responsabilità dei providers: verso la creazione di un novello “censore telematico”*, cit., i quali ritengono che le due condizioni di esenzione di cui alle lettere a) e b) dell'articolo 16 rappresentino due fattispecie alternative. Gli Autori adducono una serie di motivazioni al fine di giustificare l'opzione interpretativa scelta. Innanzitutto, avvalorare la tesi che vede le due ipotesi come cumulative comporterebbe un'interpretazione abrogante della lettera a) per mezzo della lettera b). Sostenere infatti che vi sia un'effettiva conoscenza solo ove ricorra la comunicazione dell'autorità, equivarrebbe ad escludere che tale conoscenza possa sussistere in sua assenza ed eliminerebbe quindi la fattispecie indicata alla lettera a). Da un punto di vista sistematico, inoltre, l'elencazione per lettere sarebbe indicativa di fattispecie alternative, come si può dedurre dall'articolo 15. In aggiunta, nel parere della Commissione Attività Produttive della Camera dei Deputati (Atto n. 172, schema di D. Lgs recante l'attuazione della Direttiva 2000/31/CE) si espliciterebbe che “al fine di evitare che sia vanificata qualsiasi azione efficace ed immediata tesa alla rimozione dalla rete di materiale illecito appare opportuno precisare che la comunicazione delle autorità non costituisce condizione necessaria per la rimozione delle informazioni o per la disabilitazione dell'accesso”. Della stessa opinione anche GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet Service Provider*, cit., pp. 287-288, secondo la quale il requisito di conoscenza di cui all'articolo 16 lett. a) è comunque raggiunto anche su segnalazione di un soggetto terzo non qualificato. L'Autrice lamenta però l'eccessiva ambiguità di tale nozione: di questa potrebbe essere offerta sia un'interpretazione rigorosa, che riscontri responsabilità civile in tutti i casi di effettiva conoscenza, a prescindere dai requisiti della comunicazione ricevuta, sia un'interpretazione meno rigorosa, che individui la conoscenza effettiva solo a seguito di sentenza passata in giudicato. Anche in questo caso, peraltro, non sarebbero risolti tutti i profili di ambiguità, in quanto non si chiarisce se, ai fini della conoscenza, sia necessaria una notifica e come questa possa conciliarsi con l'intento del legislatore di caricare il provider del dovere di prestare attenzione ai segnali di illiceità.

<sup>480</sup> CASSANO, CIMINO, *Il nuovo regime di responsabilità dei providers: verso la creazione di un novello “censore telematico”*, cit., p. 91.

Le motivazioni addotte al fine di avvalorare la validità dell'interpretazione appena esposta si sono però rivelate infondate<sup>481</sup>: alla luce delle novità introdotte dal d.lgs. 70/2003 è pertanto necessario escludere che un provider sia tenuto ad attivarsi prima di aver ricevuto una comunicazione ufficiale da parte dell'autorità competente<sup>482</sup>. Come si vedrà più avanti, poi, nel caso in cui il provider venga autonomamente a conoscenza della violazione, esso sarà unicamente tenuto a darne comunicazione all'autorità competente, come sancito dall'articolo 17, comma 3.

Il comma 2 dell'articolo 16 prevede invece una disapplicazione delle condizioni di esenzione del provider nel caso in cui esso "(agisca) sotto l'autorità o il controllo del prestatore". In questo caso, il regime di responsabilità privilegiato previsto nel decreto legislativo cede il posto al regime ordinario di responsabilità per fatto altrui<sup>483</sup>. La *ratio* sottesa a tale scelta legislativa è costituita dalla volontà di attribuire la responsabilità dell'illecito a colui che disponeva dei mezzi per intervenire, ma abbia deliberatamente ommesso di farlo<sup>484</sup>.

L'ultimo comma dell'articolo 16 ribadisce poi il potere dell'autorità amministrativa o giudiziaria di "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 distinzione tra il richiamo ad una non meglio precisata autorità amministrativa operato in quest'ultima disposizione, e quello all'autorità amministrativa *di vigilanza* di cui agli articoli precedenti non trova però una facile spiegazione. Se si vuole escludere l'attribuzione di tale mutamento lessicale ad una svista del legislatore, l'unica soluzione potrebbe essere trovata nella volontà di ampliare la competenza dell'amministrazione in considerazione della maggiore pericolosità dell'attività di *hosting*<sup>485</sup>.

---

<sup>481</sup> Secondo BUGIOLACCHI, *La responsabilità dell'host provider alla luce del d.lgs. 70/2003*, cit., p. 201, un'interpretazione cumulativa dei disposti a e b) non determinerebbe un'abrogazione implicita della lettera a). La lettera a) è infatti indicativa del principio secondo cui "l'internet provider non può incorrere in responsabilità qualora non sia al corrente di fatti e circostanze da cui risulti la manifesta illiceità dell'attività o dell'informazione" e ribadisce così il rifiuto di ogni tipo di responsabilità oggettiva. Soltanto qualora il provider prenda conoscenza della violazione mediante la comunicazione dell'autorità di cui alla lettera b), invece, conseguirà un obbligo di rimozione del contenuto. Da ciò si deduce una necessaria lettura coordinata delle due disposizioni. Secondo l'Autore, inoltre, il riferimento al citato parere della Commissione Attività Produttive non appare fondato, in quanto la legge delega cui esso si riferisce non conteneva la nozione di conoscenza su comunicazione dell'autorità, la quale è stata inserita solo nel decreto di recepimento. M. GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet Service Provider*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 279 contesta invece che da una lettura sistematica del decreto si deduca il fatto che la punteggiatura per lettere corrisponda ad ipotesi alternative. Secondo l'Autrice, infatti, in relazione all'articolo 15 sarebbe da preferirsi la soluzione che vede l'applicazione cumulativa delle condizioni indicate.

<sup>482</sup> In questo senso, BUGIOLACCHI, *La responsabilità dell'host provider alla luce del d.lgs. 70/2003*, cit., p. 200; G. COMANDE', *Al via l'attuazione della direttiva sul commercio elettronico, ma...serve un maggiore coordinamento*, in *Danno e responsabilità*, 2003, 808, p. 813; SANNA, *Il regime di responsabilità dei providers intermediari di servizi della società dell'informazione*, cit., p. 292.

<sup>483</sup> SICA, *Le responsabilità civili*, cit., p. 296.

<sup>484</sup> SICA, *Le responsabilità civili*, cit., p. 296.

<sup>485</sup> SICA, *Le responsabilità civili*, cit., p. 296.

Come già s'è anticipato, il legislatore italiano non ha voluto mettere in discussione il regime equilibrato proposto in ambito europeo. Per questo motivo esso, al primo comma dell'articolo 17, ha sancito che "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". La traduzione nell'ordinamento italiano di quanto previsto dalla direttiva consente così di riprodurre in ambito nazionale quel punto di equilibrio tra interessi contrastanti già delineato in sede comunitaria.

Il comma 2 dell'articolo 17 rappresenta invece l'accoglimento in ambito nazionale dell'invito di cui all'articolo 15 della direttiva<sup>486</sup>: tale comma prevede infatti ulteriori doveri di collaborazione in capo all'intermediario, quasi a voler compensare con tali più onerosi doveri la netta limitazione di responsabilità introdotta con il decreto<sup>487</sup>.

Prima di procedere con l'analisi delle ipotesi di responsabilità di cui all'articolo 17 comma 3 è opportuno soffermare la nostra attenzione sull'onere indicato alla lettera b), il quale permette di ricostruire il ruolo del provider con riguardo al trattamento dei dati personali degli utenti. In generale, né la direttiva né il decreto 70/2003 prevedono un divieto di anonimato degli utenti del web; la disposizione in commento prevede però il dovere degli intermediari online di fornire alle autorità che ne facciano richiesta le informazioni in loro possesso. Come è stato efficacemente ricostruito dalla dottrina, il provider non è generalmente tenuto a raccogliere informazioni relative all'identità dei suoi utenti, né di accertarne eventualmente la veridicità; tuttavia, qualora ometta di farlo, esso si troverà nell'impossibilità di adempiere ad un eventuale ordine dell'autorità relativo alla *disclosure* dei dati, rendendosi dunque responsabile per l'illecito altrui<sup>488</sup>.

---

<sup>486</sup> Articolo 15, co. 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".

<sup>487</sup> Articolo 17, comma 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".

<sup>488</sup> SICA, *Le responsabilità civili*, cit., p. 300. L'Autore non sembra convinto del fatto che la scelta del legislatore relativa al trattamento dei dati personali in internet prenda in adeguata considerazione l'interesse degli individui. Tuttavia, esso ritiene tale opzione convincente in una logica di equilibrio tra costi e benefici sociali ed economici. Sul punto anche Riccio, *La responsabilità degli internet providers nel d. lgs. n. 70/2003*, cit., p. 1166, il quale, chiedendosi se possa essere considerato responsabile il provider che non sia in grado di individuare ex post il soggetto che ha commesso l'illecito, ritiene che la soluzione più bilanciata sia quella che vede l'intermediario responsabile per colpa unicamente nel caso in cui esso abbia consentito l'anonimato assoluto. L'Autore sconsiglia però il ricorso a formulari online, le cui informazioni non sono quasi mai sottoposte a controllo e preferisce a questi forme di autenticazione

La novità introdotta con il d.lgs. 70/2003 e costituita dalla corrispondenza tra conoscenza e comunicazione dell'autorità, tale da limitare il coinvolgimento del provider nella valutazione della natura illecita del materiale e restringere così i suoi profili di responsabilità, viene poi confermata dal disposto dell'articolo 17 comma 3. Quest'ultimo, traendo verosimilmente spunto dal "considerando" 48 della direttiva, prevede che "Il prestatore è civilmente responsabile del contenuto di tali servizi nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non ha agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto, ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non ha provveduto ad informarne l'autorità competente". Tale disposizione ha fatto sorgere numerose perplessità in dottrina, relative in particolare alla vaghezza del concetto di "conoscenza" e di "carattere illecito o pregiudizievole" dei contenuti. Un'interpretazione risolutiva di tali dubbi può essere riscontrata proprio nella lettura dell'articolo 17 commi 2 e 3 in combinato disposto con l'articolo 16<sup>489</sup>. Secondo questa interpretazione, l'intermediario può venire a conoscenza dell'esistenza di materiale illecito sia mediante la comunicazione di un'autorità competente, sia per mezzo di qualunque altro soggetto. Nel primo caso, il provider sarà tenuto a rimuovere tempestivamente l'informazione manifestamente illecita<sup>490</sup>, mentre nel secondo, esso dovrà rendere edotta la suddetta autorità del carattere meramente illecito del contenuto<sup>491</sup>. Un obbligo di questo tipo sorge in capo al provider anche nel caso in cui esso, esplorando i propri siti, si imbatta in un contenuto illecito. In questo caso sorge il dovere di collaborazione con l'autorità, ma il prestatore non può ritenersi vincolato ad un obbligo di risultato: esso effettua la sua ricerca su base del tutto volontaria e non potrà quindi essere considerato responsabile qualora la ometta<sup>492</sup>. Al contrario, nei due casi sopra indicati, l'omissione delle suddette prescrizioni può dar luogo alla responsabilità del soggetto intermediario. Ulteriori perplessità riguardano poi l'apparente contrasto tra il principio generale dell'articolo 17 co. 1 e le previsioni dei commi 2 e 3: il richiamo alla conoscibilità anche in via presuntiva delle violazioni lascia emergere, invero, l'esistenza di un controllo del provider in relazione ai contenuti ospitati<sup>493</sup>. Tali contraddizioni possono però essere

---

dei dati, quali ad esempio la firma digitale, in modo tale da garantire l'identificazione dell'utente in caso di commissione di illecito.

<sup>489</sup> BUGIOLACCHI, *La responsabilità dell'host provider alla luce del d.lgs. 70/2003*, cit., p. 205.

<sup>490</sup> Secondo quanto disposto dall'articolo 16, comma 1, lettera b).

<sup>491</sup> Articolo 17, comma 2, lettera a).

<sup>492</sup> RICCIO, *La responsabilità degli internet providers nel d. lgs. n. 70/2003*, cit., p. 1164.

<sup>493</sup> GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet Service Provider*, cit., p. 308; SICA, *Le responsabilità civili*, cit., pp. 298-299, il quale ritiene che l'ipotesi di responsabilità conseguente alla violazione del dovere di cui all'art. 17 co. 2 lettera a) denoti con chiarezza la precarietà dell'equilibrio ricercato tra il divieto di imporre un dovere di sorveglianza sul materiale trasmesso e il requisito della conoscenza dell'illecito: è statuito chiaramente che il provider non deve ricercare attivamente sui propri server la presenza di materiale illecito; tuttavia, il decreto non chiarisce quali siano le modalità per acquisire tale conoscenza. Il rischio che accompagna tale indeterminatezza è costituito dal fatto che il provider,

risolte in via interpretativa se si ammette che il principio generale dell'assenza di un controllo preventivo sui contenuti possa essere soggetto ad una limitazione nella fase successiva al verificarsi di un atto lesivo. In questa fase, infatti, è necessario configurare un dovere speciale di controllo in capo al provider, limitato, dal punto di vista oggettivo, alle sole informazioni illecite trasmesse dai suoi utenti, dal punto di vista funzionale, alla mera comunicazione alle autorità competenti e dal punto di vista temporale, al momento successivo alla conoscenza della violazione<sup>494</sup>.

In conclusione, dunque, il meccanismo di responsabilità delineato dalla lettura congiunta degli articoli 16 e 17 può essere ricostruito come segue: in primo luogo, vista anche l'assenza di un dovere di sorveglianza sui suoi siti, l'*host* provider non può essere considerato responsabile per le attività illecite di cui non è a conoscenza (articolo 16 lett. a) e 17 co. 1). Nel caso in cui il provider ne prenda conoscenza su comunicazione di un soggetto terzo, esso dovrà darne comunicazione alle autorità competenti, le quali a questo punto, in caso di illiceità manifesta, invieranno al provider la comunicazione di cui alla lettera b) dell'articolo 16, dalla quale discende il dovere di rimuovere tempestivamente il materiale<sup>495</sup>.

Non si deve dimenticare, comunque, che i doveri e le ipotesi di responsabilità sancite all'articolo 17 si riferiscono a tutte e tre le tipologie di internet provider.

Questa lettura consente di spostare il compito di valutare la natura illecita del materiale dall'intermediario ad un'autorità qualificata. In questo modo vengono eliminate le preoccupazioni della dottrina che lamentavano l'attribuzione al provider del ruolo di "novello censore telematico", il quale, in assenza di chiarezza circa il requisito della "conoscenza" dell'illecito, si troverebbe stretto nella necessità di rimuovere tutte le informazioni sospette provenienti da soggetti economicamente deboli<sup>496</sup>. Peraltro, questo modello interpretativo non sottovaluta il fatto che il provider sia il destinatario della maggior parte delle comunicazioni da parte di soggetti non qualificati, i quali lamentano la violazione di propri interessi: in una situazione di questo tipo, il provider

---

sospettando della presenza di materiali illeciti, potrebbe trovarsi nella condizione di doverli ricercare attivamente, onde evitare di incorrere in responsabilità. Ancora più netti riguardo al contrasto tra principio dell'assenza di un dovere di sorveglianza e gli ulteriori obblighi attribuiti all'intermediario sono CASSANO, CIMINO, *Il nuovo regime di responsabilità dei providers: verso la creazione di un novello "censore telematico"*, cit., p. 95, i quali ritengono che le deroghe al principio generale "superino (di gran lunga) il principio stesso, di fatto ribaltandolo".

<sup>494</sup> GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet Service Provider*, cit., pp. 308-309.

<sup>495</sup> Per questa interpretazione, vedi BUGIOLACCHI, *La responsabilità dell'host provider alla luce del d.lgs. 70/2003*, cit., pp. 205-206.

<sup>496</sup> CASSANO, CIMINO, *Il nuovo regime di responsabilità dei providers: verso la creazione di un novello "censore telematico"*, cit., p. 96 e CASSANO, *Diritto dell'internet: il sistema di tutela della persona*, cit., p. 378. Gli Autori sollevano fra l'altro dubbi di legittimità costituzionale relativi ad un modello siffatto: i poteri di controllo e censura della libertà di espressione e di informazione online, infatti, sono attribuiti in via esclusiva all'Autorità Giudiziaria dal disposto dell'articolo 21 della Costituzione. In proposito, GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet Service Provider*, cit., pp. 294-295 osserva che l'interpretazione che equipara il requisito di conoscenza alla comunicazione dell'autorità ha il pregio di risolvere tali problematiche, escludendo il ruolo o del provider.

sarà unicamente tenuto a cooperare con l'autorità competente, dando comunicazione dell'atto illecito. Si noti in proposito la coerenza della distinzione tra i casi di "illiceità manifesta", di cui alle lettere a) e b) dell'articolo 16, i quali innescano un dovere di rimozione da parte del provider, ed i casi di "mera illiceità" di cui all'articolo 17 comma 3, che al contrario determinano unicamente il dovere di collaborazione dell'intermediario con l'autorità competente.

Nonostante questo schema normativo risolva molte delle questioni critiche evidenziate nella direttiva, esso presenta delle lacune che ostacolano il suo corretto funzionamento<sup>497</sup>. Innanzitutto, il decreto si limita a fare un generico riferimento alle "autorità competenti", senza tuttavia specificare quali esse siano: rimane così ignota l'identità dell'autorità da cui dovrebbero pervenire le comunicazioni ufficiali in caso di illiceità manifesta e a cui dovrebbero essere destinate le informazioni fornite dal provider in caso di atti illeciti<sup>498</sup>. Manca poi, nell'ambito della disciplina delineata, l'indicazione del tempo massimo che può intercorrere tra la richiesta di rimozione di un contenuto e la sua effettiva eliminazione, cui si aggiunge l'assenza di ogni riferimento alla modalità di rimozione e alla procedura di ripristino del contenuto<sup>499</sup>. Sembra peraltro doversi dare per scontato il fatto che un procedimento che coinvolge le autorità competenti e l'autorità giudiziaria finisca inevitabilmente per essere più lungo e più costoso rispetto al modello stabilito nel DMCA, fondato invece sulla comunicazione diretta tra le parti coinvolte<sup>500</sup>. Queste gravi lacune determinano di fatto l'impossibilità di un corretto funzionamento della struttura, spostando su questo piano le incertezze interpretative risolte in merito alla "conoscenza" dell'illiceità.

In conclusione, pur ribadendo il fatto che l'interpretazione che vuole un'equazione tra conoscenza dell'illecito e comunicazione dell'autorità non è pacifica né in ambito dottrinale né giurisprudenziale, è necessario riconoscere che essa risolve molti dei punti critici emersi dalla direttiva. Un'interpretazione combinata degli articoli 16 e 17 consente infatti di ridimensionare il ruolo censorio che si rischiava di attribuire al provider, spostando ogni momento valutativo in capo alle autorità competenti. Tuttavia,

---

<sup>497</sup> BUGIOLACCHI, *La responsabilità dell'host provider alla luce del d.lgs. 70/2003*, cit., p. 206.

<sup>498</sup> BUGIOLACCHI, *La responsabilità dell'host provider alla luce del d.lgs. 70/2003*, cit., p. 205; COMANDE', *Al via l'attuazione della direttiva sul commercio elettronico, ma...serve un maggiore coordinamento*, cit., p. 813; SANNA, *Il regime di responsabilità dei providers intermediari di servizi della società dell'informazione*, cit., p. 292.

<sup>499</sup> COMANDE', *Al via l'attuazione della direttiva sul commercio elettronico, ma...serve un maggiore coordinamento*, cit., p. 813. Secondo l'Autore, il provider si troverebbe stretto tra il rischio di una responsabilità contrattuale per la rimozione dei contenuti caricati dal suo utente e il rischio di una responsabilità extracontrattuale per violazione indiretta dell'altrui diritto, ad esempio di proprietà intellettuale. In ogni caso, non potendosi escludere a priori eventuali rimozioni illegittime, è opportuno prevedere un meccanismo di ripristino di tali contenuti.

<sup>500</sup> RICCIO, *La responsabilità degli internet providers nel d. lgs. n. 70/2003*, cit., p. 1163. L'Autore aggiunge che un modello di questo tipo potrebbe condurre ad un fenomeno di *underlitigation*, in cui gli interessati decidano di intraprendere la via giudiziale solo ove l'illecito sia particolarmente grave o rilevante dal punto di vista economico. Nella maggior parte dei casi, invece, i soggetti sceglierebbero di accollarsi le conseguenze del danno piuttosto che sopportare il rischio di un giudizio.

l'assenza di una procedura di rimozione e ripristino chiara e prestabilita ripropone rischi più volte richiamati: per un verso, questa procedura potrebbe prestarsi a ritardi ingiustificati nella rimozione, con potenziale lesione del diritto d'autore, o potrebbe condurre all'omissione del ripristino del materiale nel caso in cui la comunicazione dell'autorità si riveli infondata, con lesione della libertà di espressione. Quanto osservato finora non esclude però che la legislazione nazionale possa essere opportunamente integrata dall'indicazione di più dettagliate norme di *notice and take down* da parte delle autorità competenti. Se studiate in modo oculato, tali disposizioni integrative potrebbero indirizzare la normativa nazionale verso la più equilibrata disciplina del DMCA.

#### IV. Individuazione dell'elemento soggettivo e dei criteri di diligenza.

Una volta esposte le norme del d.lgs. 70/2003, è opportuno esaminare il modello di responsabilità ivi delineato. In primo luogo è necessario osservare come l'entrata in vigore del suddetto decreto e, nello specifico, dell'assenza di un obbligo generale di sorveglianza, segni la definitiva archiviazione dei tentativi di dottrina e giurisprudenza di attribuire all'intermediario online un modello di responsabilità oggettiva, la quale viene sostituita da una responsabilità colposa da concorso nella produzione dell'illecito<sup>501</sup>. Il legislatore, attenendosi al modello della direttiva, ha delineato in negativo la responsabilità del provider, esplicitando le condizioni in presenza delle quali l'intermediario non è chiamato a rispondere dell'illecito altrui. Come avviene in generale in tutti i casi di esonero da responsabilità, il ricorso alle esenzioni previste nel decreto è subordinato alla prova, da parte dell'intermediario, della conformità della sua condotta agli standard di diligenza delineati nella normativa<sup>502</sup>.

È poi necessario evidenziare che sia il legislatore europeo, sia quello nazionale non hanno voluto collegare la responsabilità civile degli internet service provider alla violazione di un generico dovere di *neminem laedere*, bensì al mancato rispetto di precisi obblighi comportamentali calibrati a seconda della tipologia di provider<sup>503</sup>. In questi termini, la responsabilità dei prestatori intermediari può essere riassunta nel quadro della c.d. responsabilità omissiva, che indica la mancata conformazione di un soggetto ad un comportamento che esso aveva l'obbligo giuridico di tenere, in una circostanza in cui l'evento dannoso si sia verificato: tale soggetto sarà dunque chiamato

---

<sup>501</sup> GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet Service Provider*, cit., p. 315; FACCI, *La responsabilità del provider*, cit., p. 138; SANNA, *Il regime di responsabilità dei providers intermediari di servizi della società dell'informazione*, cit., p. 284.

<sup>502</sup> Pur in assenza di una esplicita previsione in tal senso nella direttiva e-Commerce e nel d.lgs. 70/2003, è in questo senso che si pronuncia la dottrina maggioritaria. Per tutti vedi GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet Service Provider*, cit., pp. 334-335 e SICA, *Le responsabilità civili*, cit., p. 289.

<sup>503</sup> GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet Service Provider*, cit., p. 342.



a rispondere sulla base del combinato disposto tra l'articolo 2043 c.c. e la norma prescrittiva di tale comportamento<sup>504</sup>.

Tali norme prescrittive sono, nel caso della responsabilità del prestatore intermediario, quelle sancite nello stesso d.lgs. 70/2003. Esse delineano modelli di condotta che sono più o meno rigidi a seconda dell'attività specificamente esercitata dai provider, imponendo così a questi ultimi il rispetto di un canone di diligenza derivante dalla loro qualità di professionisti: in questo modo, il fondamento della responsabilità civile degli intermediari è riscontrabile nella colpa professionale<sup>505</sup>. Peraltro, la previsione di doveri specifici ha determinato un innalzamento dello standard di diligenza imposto all'ISP: a quest'ultimo, che organizza le attività online, ne assume il rischio e possiede le conoscenze tecniche necessarie, non sono richiesti unicamente semplici doveri di astensione, bensì, in ipotesi determinate, anche specifici obblighi di intervento<sup>506</sup>. Ne sono un esempio sia i doveri di attivazione dell'*hosting* provider, il quale, su comunicazione delle autorità competenti, deve rimuovere l'informazione illecita, sia i doveri di cooperazione con l'autorità giudiziaria o amministrativa, aventi ad oggetto la segnalazione di atti lesivi di cui l'intermediario è venuto a conoscenza<sup>507</sup>. Tali norme primarie, attributive di obblighi di conformazione in capo ai provider, si giustificano in considerazione della posizione di particolare vicinanza dei provider nei confronti dei contenuti online e della sua particolare posizione professionale ed economica<sup>508</sup>. Si è osservato in proposito che, nell'ambito della responsabilità dell'impresa e del provider, prevalga una nozione c.d. oggettiva di colpa, la quale corrisponde alla violazione di prescrizioni normative: tale orientamento di dottrina e giurisprudenza finirebbe così per

---

<sup>504</sup> CASSANO, *Diritto dell'internet: il sistema di tutela della persona*, cit., p. 354 e Cassano, Cimino, *Il nuovo regime di responsabilità dei providers: verso la creazione di un novello "censore telematico"*, cit., p. 90. Gli autori osservano che l'obbligo giuridico di porre in essere una condotta specifica costituisca un'ipotesi eccezionale rispetto al principio generale di cui all'articolo 2043 del codice civile. È pertanto necessario che il dovere di compiere l'attività positiva sia prescritto da una norma primaria, la quale, in combinato disposto con la regola dell'art. 2043 c.c., determina la responsabilità del soggetto in caso di omissione di tale comportamento. In vigenza di tale norma prescrittiva, la verifica della responsabilità richiede unicamente la prova della sua inosservanza. F. DELFINI, *La responsabilità dei prestatori intermediari nella direttiva 200/31/CE e nel d.lgs. n. 70/2003*, in *Rivista di diritto privato*, 2004, 55, pp. 59 ss., rilevando che la disciplina della responsabilità del prestatore intermediario introdotta dal d.lgs. 70/2003 si fonda sul modello dell'illecito omissivo, osserva come la responsabilità omissiva rappresenti, insieme alla responsabilità oggettiva, una tecnica di politica del diritto volta alla protezione di beni giuridici specifici. L'Autore osserva come, in ambito penale, la tecnica dell'illecito omissivo sia molto diffusa, in quanto l'art. 40 c.p. equipara espressamente una condotta attiva ad una condotta omissiva. Il problema dell'individuazione del soggetto responsabile dell'illecito omissivo sarà poi risolto mediante il ricorso al concetto di "posizione di garanzia". Nel diritto civile invece, non esistendo una norma paragonabile a quella di cui all'articolo 40 c.p., si ricorre maggiormente alla tecnica della responsabilità oggettiva, la quale garantisce un'amplissima protezione dei beni giuridici ed appare riconducibile a posizioni di garanzia relative al controllo di fonti di pericolo. L'alternativa responsabilità omissiva viene invece ricondotta alla posizione di garanzia costituita dall'impedimento dell'altrui illecito.

<sup>505</sup> GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet Service Provider*, cit., p. 347.

<sup>506</sup> GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet Service Provider*, cit., p. 348.

<sup>507</sup> GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet Service Provider*, cit., p. 349.

<sup>508</sup> GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet Service Provider*, cit., p. 350.

definire una nozione di colpa slegata dal concetto di “rimprovero morale”, e corrispondente alla mera inosservanza della condotta prescritta<sup>509</sup>.

È stata poi proposta in dottrina la possibilità di integrare i canoni di diligenza professionale con i codici di condotta frutto dell'autoregolamentazione. Prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 70/2003, ad esempio, vi è stato chi ha individuato in tali norme autoregolamentari uno strumento per integrare il canone di diligenza degli internet service provider mediante l'indicazione delle regole professionali del settore, al tempo assenti nell'ordinamento<sup>510</sup>. Attualmente, il rinvio esplicito alle condotte “ampiamente riconosciute e utilizzate dalle imprese del settore” di cui all'articolo 15 comma 1 lettere c) e d) dimostra la bontà di tale intuizione.

Alla base di tale necessità di fare riferimento a canoni di condotta maggiormente elastici, preferendoli a doveri comportamentali cristallizzati in disposizioni di legge, vi è la continua evoluzione delle tecnologie di riferimento: utile a tal fine sarà dunque non solo il riferimento a forme di autoregolamentazione, ma anche alle regole di *soft law*, agli usi comuni e alle pratiche contrattuali internazionali<sup>511</sup>.

Facendo ricorso ad un modello di responsabilità soggettiva integrato da standard di diligenza professionale di fonte legislativa ed autoregolamentare, il d.lgs. 70/2003 delinea un equilibrio soddisfacente tra l'esigenza di responsabilizzare gli intermediari online e la necessità di evitare un'attribuzione automatica a questi ultimi degli illeciti commessi dai loro utenti.

## V. La responsabilità penale degli ISP per violazione del diritto d'autore

Il profilo penalistico della tutela del diritto d'autore trova il suo fondamento nella legge n. 633 del 1941, che ancora oggi in Italia costituisce il testo fondante della materia. Questa normativa è stata oggetto di numerose modifiche da parte del legislatore, il quale, intervenendo in modo frammentario ed irregolare, ha stravolto l'equilibrio originario della disciplina. Nel tentativo di aggiornare la tutela penale alle nuove minacce al diritto d'autore derivanti dall'evoluzione tecnologica, infatti, il legislatore ha reso più severa la tutela penale per mezzo sia di un incremento delle fattispecie di reato, sia di un inasprimento delle pene. La disomogeneità degli interventi si rileva dalla stessa analisi delle fattispecie incriminatrici della legge 633/1941: se queste erano originariamente riassunte nel disposto dell'articolo 171 l.d.a., le numerose novelle

---

<sup>509</sup> CASSANO, *Diritto dell'internet: il sistema di tutela della persona*, cit., p. 380.

<sup>510</sup> PASQUINO, *Servizi telematici e criteri di responsabilità*, cit., pp. 302 ss. L'Autrice ritiene peraltro indispensabile a tale scopo che i codici di condotta debbano essere specificamente riconosciuti da una legge ordinaria, che conferisca loro efficacia *erga omnes*.

<sup>511</sup> GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet Service Provider*, cit., p. 353. L'Autrice cita ad esempio la legge modello dell'UNCITRAL (Commissione delle Nazioni Unite per il Diritto del Commercio Internazionale) del 1996 e le pratiche generali raccolte dalla Camera di Commercio di Parigi (GUIDEC del 1997, aggiornate al 2001), le quali, tuttavia, non si occupano di delineare la responsabilità dei provider.

successive hanno poi determinato il passaggio ad un approccio casistico e fondato sulla previsione di fattispecie speciali, le quali hanno determinato la sostanziale inefficienza del dato normativo<sup>512</sup>. A fianco della fattispecie generale ed astratta di cui all'articolo 171 l.d.a. sono dunque state inserite le ulteriori fattispecie di reato di cui agli articoli 171-bis, 171-ter, 171-quater, 171-septies e 171-octies. Queste ultime, oltre ad introdurre una tutela *ad hoc* per nuovi beni immateriali, prevedono nuove forme di violazione del diritto d'autore, tipizzando così, fra gli altri, una serie di reati c.d. "informatici"<sup>513</sup>. Questi ultimi, che più appaiono rilevanti ai fini della presente trattazione, si distinguono fra reati informatici "in senso ampio", i quali si caratterizzano per essere costituiti da reati comuni eventualmente commissibili per mezzo di reti telematiche, e quelli "in senso stretto", in relazione ai quali lo strumento informatico costituisce tipicamente il mezzo di esecuzione o l'oggetto<sup>514</sup>. Nella prima categoria rientrano gli articoli 171-bis, 171-ter, co. 1, lett. f), f-bis) e h)<sup>515</sup>, mentre la seconda

---

<sup>512</sup> V. S. DESTITO, G. DEZZANI, C. SANTORIELLO, *Il diritto penale delle nuove tecnologie*, Padova, Cedam, 2007, pp. 371 ss: gli Autori osservano che il "ritardo del legislatore rispetto all'incessante avanzata dell'ammodernamento tecnologico, unitamente all'assenza di un chiaro disegno ispiratore, sono circostanze che contribuiscono a far sì che la disciplina penale dettata a tutela del diritto d'autore paia inevitabilmente caratterizzata da un ampio margine di inefficienza, essendo le previsioni sanzionatorie destinate per la gran parte dei casi a rimanere nei fatti inapplicate, con conseguente impossibilità di garantire un reale controllo del fenomeno del mancato rispetto della proprietà intellettuale".

<sup>513</sup> R. FLOR, *Social networks e violazioni penali dei diritti d'autore. Quali prospettive per la responsabilità del fornitore del servizio?*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2012, 647, pp. 655-656.

<sup>514</sup> FLOR, *Social networks e violazioni penali dei diritti d'autore. Quali prospettive per la responsabilità del fornitore del servizio?*, cit., p. 657.

<sup>515</sup> Articolo 171-bis: 1. "Chiunque abusivamente duplica, per trarne profitto, programmi per elaboratore o ai medesimi fini importa, distribuisce, vende, detiene a scopo commerciale o imprenditoriale o concede in locazione programmi contenuti in supporti non contrassegnati dalla Società italiana degli autori ed editori (SIAE), è soggetto alla pena della reclusione da sei mesi a tre anni e della multa da lire cinque milioni a lire trenta milioni. La stessa pena si applica se il fatto concerne qualsiasi mezzo inteso unicamente a consentire o facilitare la rimozione arbitraria o l'elusione funzionale di dispositivi applicati a protezione di un programma per elaboratori. La pena non è inferiore nel minimo a due anni di reclusione e la multa a lire trenta milioni se il fatto è di rilevante gravità. 2. Chiunque, al fine di trarne profitto, su supporti non contrassegnati SIAE riproduce, trasferisce su altro supporto, distribuisce, comunica, presenta o dimostra in pubblico il contenuto di una banca di dati in violazione delle disposizioni di cui agli articoli 64-quinquies e 64-sexies, ovvero esegue l'estrazione o il reimpiego della banca di dati in violazione delle disposizioni di cui agli articoli 102-bis e 102-ter, ovvero distribuisce, vende o concede in locazione una banca di dati, è soggetto alla pena della reclusione da sei mesi a tre anni e della multa da lire cinque milioni a lire trenta milioni. La pena non è inferiore nel minimo a due anni di reclusione e la multa a lire trenta milioni se il fatto è di rilevante gravità".

Articolo 171-ter, co. 1. "È punito, se il fatto è commesso per uso non personale, con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da cinque a trenta milioni di lire chiunque a fini di lucro: f) introduce nel territorio dello Stato, detiene per la vendita o la distribuzione, distribuisce, vende, concede in noleggio, cede a qualsiasi titolo, promuove commercialmente, installa dispositivi o elementi di decodificazione speciale che consentono l'accesso ad un servizio criptato senza il pagamento del canone dovuto; f-bis) fabbrica, importa, distribuisce, vende, noleggia, cede a qualsiasi titolo, pubblicizza per la vendita o il noleggio, o detiene per scopi commerciali, attrezzature, prodotti o componenti ovvero presta servizi che abbiano la prevalente finalità o l'uso commerciale di eludere efficaci misure tecnologiche di cui all'art. 102-quater ovvero siano principalmente progettati, prodotti, adattati o realizzati con la finalità di rendere possibile o facilitare l'elusione di predette misure. Fra le misure tecnologiche sono comprese quelle

enuclea le disposizioni di cui agli articoli 171, lett. *a-bis*) e 171-*ter*, co. 2, lett. *a-bis*)<sup>516</sup>, i quali riguardano la violazione di un'opera protetta mediante la sua immissione in rete. Queste ultime fattispecie infatti, sanzionando rispettivamente la messa a disposizione e la comunicazione al pubblico dell'opera protetta, hanno in comune l'elemento oggettivo della "immissione in un sistema di reti telematiche", così da restringere l'ambito di applicazione della norma. Un'interpretazione rigorosa del disposto sarebbe dunque tale da escludere la rilevanza penale dell'*upload* cui non segua la pubblicazione del contenuto; tuttavia, come è stato messo in luce da parte della dottrina, tale disposizione risulta particolarmente ambigua se applicata ai *social network*, nell'ambito dei quali è sfumato il confine tra sfera privata e sfera pubblica<sup>517</sup>.

Il fondamentale elemento di distinzione fra i sopra citati articoli 171, lett. *a-bis*) e 171-*ter*, co. 2, lett. *a-bis*) è costituito dalla previsione, in quest'ultima fattispecie, dello "scopo di lucro". La versione originale di tale disposto faceva riferimento al "profitto"; tuttavia l'ampiezza di tale concetto, comprendendo qualunque tipo di vantaggio, aveva esteso eccessivamente l'ambito di applicazione della sanzione, finendo per escludere anche l'eccezione dell'uso personale<sup>518</sup>. Si è così reso necessario intervenire sulla fattispecie per mezzo del d.l. n. 7 del 2005, che ha sostituito l'ampio elemento del "profitto" con il più specifico requisito dello "scopo di lucro".

Si rilevi, peraltro, come si possa incorrere in responsabilità penale anche a seguito di condotte che siano meramente prodromiche alla stessa violazione del diritto d'autore, come previsto dall'articolo 171-*bis*, comma 1, seconda parte, il quale estende la sanzione a chi "importa, distribuisce, vende, detiene a scopo commerciale o imprenditoriale (...) qualsiasi mezzo inteso unicamente a consentire o facilitare la

---

applicate, o che residuano, a seguito della rimozione delle misure medesime conseguentemente a iniziativa volontaria dei titolari dei diritti o ad accordi tra questi ultimi e i beneficiari di eccezioni, ovvero a seguito di esecuzione di provvedimenti dell'autorità amministrativa o giurisdizionale; h) abusivamente rimuove o altera le informazioni elettroniche di cui all'articolo 102-*quinq*, ovvero distribuisce, importa a fini di distribuzione, diffonde per radio o per televisione, comunica o mette a disposizione del pubblico opere o altri materiali protetti dai quali siano state rimosse o alterate le informazioni elettroniche stesse". (Articoli introdotti mediante la L. 18 agosto 2000, n. 248).

<sup>516</sup> Articolo 171 lett. *a-bis*): "Salvo quanto previsto dall'art. 171-*bis* e dall'art. 171-*ter*, è punito con la multa da lire 100.000 a lire 4.000.000 chiunque, senza averne diritto, a qualsiasi scopo e in qualsiasi forma: *a-bis*) mette a disposizione del pubblico, immettendola in un sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi genere, un'opera dell'ingegno protetta, o parte di essa (Lettera inserita dal [D.L. 31 gennaio 2005, n. 7](#))".

Articolo 171-*ter*, co. 2, lett. *a-bis*): "È punito con la reclusione da uno a quattro anni e con la multa da cinque a trenta milioni di lire chiunque: *a-bis*) in violazione dell'articolo 16, a fini di lucro, comunica al pubblico immettendola in un sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi genere, un'opera dell'ingegno protetta dal diritto d'autore, o parte di essa" (Lettera inserita dal [D.L. 22 marzo 2004, n. 72](#) e poi così modificata dal [D.L. 31 gennaio 2005, n. 7](#)).

<sup>517</sup> FLOR, *Social networks e violazioni penali dei diritti d'autore. Quali prospettive per la responsabilità del fornitore del servizio?*, cit., pp. 658-659.

<sup>518</sup> E. DI AGOSTA, *Il caso Pirate Bay arriva alla Cedu: spunti per una riflessione sulla responsabilità degli internet service provider, tra libertà d'espressione e reati in materia di copyright*, in *Cassazione penale*, 2013, 3375, p. 3383.

rimozione arbitraria o l'elusione funzionale di dispositivi applicati a protezione di un programma per elaboratori", dall'articolo 171-*ter*, comma 1, lett. f), il quale sanziona chi "distribuisce, vende (...) dispositivi o elementi di decodificazione speciale che consentono l'accesso ad un servizio criptato senza il pagamento del canone dovuto" e dalla lettera f-*bis*) dello stesso articolo, la quale sanziona la messa a disposizione al pubblico di mezzi la cui prevalente finalità (od uso commerciale) sia costituita (anche in via non esclusiva) dall'elusione di efficaci misure tecnologiche. Quest'ultima fattispecie è stata peraltro criticata dalla dottrina in quanto eccessivamente anticipatoria della tutela: se l'articolo 171-*bis* sopra citato prevede la responsabilità penale solo nel caso in cui il mezzo trattato sia finalizzato unicamente alla violazione del diritto d'autore, la lettera f-*bis*) dell'articolo 171-*ter*, escludendo tale limitazione, appare ambigua ed eccessivamente severa<sup>519</sup>.

In sintesi, il sistema penale a tutela del diritto d'autore previsto dagli articoli 171 ss. l.d.a. è costituito in prevalenza da fattispecie che, fra i loro elementi essenziali, prevedono i requisiti dello scopo di lucro o dell'ingiusto profitto. In alcune fattispecie, questi ultimi vanno implicitamente ricondotti alla stessa natura commerciale delle condotte previste, quali ad esempio la "diffusione", "vendita" o "messa in commercio" di cui all'articolo 171, co. 1, lett. a)<sup>520</sup>. In altri casi, invece, tali elementi vanno a costituire l'elemento soggettivo del dolo specifico, come nel caso dello "scopo di lucro" e de "l'uso non personale" di cui all'articolo 171-*ter*, comma 1: in tali casi, la condotta dell'autore è inscindibilmente legata allo scopo cui è tesa, senza che la concreta realizzazione di quest'ultima sia peraltro necessaria al fine della consumazione dell'illecito<sup>521</sup>.

Il tema della responsabilità penale degli internet provider deve essere valutato sia sotto il profilo delle condotte attive, sia sotto quello delle fattispecie commissive realizzate mediante omissione. Stante l'assenza, in materia di diritto d'autore, di una fattispecie tipica di reato omissivo, tale secondo aspetto dovrà essere analizzato sotto il profilo dei reati omissivi impropri, subordinati all'esistenza di una posizione di garanzia degli ISP di cui all'articolo 40 del codice penale. Con riguardo alle condotte attive, il provider può rendersi penalmente responsabile per violazione del diritto d'autore tanto per fatto proprio, qualora esso si renda direttamente responsabile degli illeciti tipizzati, sia per fatto altrui, qualora esso fornisca un contributo causale alla condotta illecita di un terzo. Nel primo caso è necessario che l'ISP, mediante i servizi concretamente offerti, ponga in essere direttamente le condotte descritte nelle fattispecie penali, ad esempio

---

<sup>519</sup> DESTITO, DEZZANI, SANTORIELLO, *Il diritto penale delle nuove tecnologie*, cit., p. 413.

<sup>520</sup> FLOR, *Tutela penale ed autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di internet. Un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, cit., p. 217.

<sup>521</sup> FLOR, *Tutela penale ed autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di internet. Un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, cit., pp. 217-218.

effettuando l'*upload* delle opere protette, o sia esso stesso autore dei contenuti<sup>522</sup>. Nel secondo caso, invece, l'ISP potrebbe essere chiamato a rispondere per concorso nell'illecito altrui *ex* articolo 110 c.p. qualora esso, con la propria condotta, fornisca un apporto morale o materiale che contribuisca causalmente alla realizzazione dell'illecito altrui<sup>523</sup>. Questo tipo di responsabilità per concorso potrà sorgere, peraltro, unicamente nel caso il cui la rappresentazione e la volontà abbiano ad oggetto sia il fatto di reato realizzatosi in concreto, sia il contributo atipico del singolo concorrente, senza tuttavia dover comprendere anche le modalità di esecuzione<sup>524</sup>.

Il secondo aspetto riguarda invece la possibilità di configurare in capo all'internet provider una responsabilità penale a titolo omissivo *ex* articolo 40 del codice penale. Tale possibilità, tuttavia, presuppone l'esistenza di una posizione di garanzia in capo all'ISP, e quindi l'attribuibilità al provider tanto di un dovere di impedire la violazione del diritto d'autore, quanto di effettivi poteri giuridici di inibizione<sup>525</sup>. La dottrina si è a lungo interrogata circa l'individuazione di una fonte primaria idonea ad attribuire tale funzione all'internet provider; nonostante fiumi di inchiostro siano stati versati al tal riguardo, nessuna delle soluzioni prospettate appare tuttavia convincente. In primo luogo, deve essere esclusa l'estendibilità agli ISP del regime della stampa (articoli 57 e 57-bis del codice penale)<sup>526</sup>, in quanto ciò costituirebbe un'evidente analogia in *malam partem* vietata nel diritto penale<sup>527</sup>. Nemmeno pare che la posizione di garanzia possa derivarsi dal ruolo di controllo dell'attività pericolosa: tale ricostruzione, invero, attribuisce l'obbligo di impedire il verificarsi dell'evento dannoso a chiunque eserciti un'attività pericolosa, finendo così per ledere la funzione garantista della riserva di legge e della costruzione dei reati omissivi come reati propri; poco convincente appare inoltre la riconduzione della gestione di servizi internet alla categoria delle attività pericolose<sup>528</sup>. L'esistenza di una disposizione idonea a fondare una posizione di garanzia

---

<sup>522</sup> FLOR, *Social networks e violazioni penali dei diritti d'autore. Quali prospettive per la responsabilità del fornitore del servizio?*, cit., p. 668.

<sup>523</sup> FLOR, *Social networks e violazioni penali dei diritti d'autore. Quali prospettive per la responsabilità del fornitore del servizio?*, cit., p. 665 ss.

<sup>524</sup> FLOR, *Social networks e violazioni penali dei diritti d'autore. Quali prospettive per la responsabilità del fornitore del servizio?*, cit., p. 667.

<sup>525</sup> L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1997, 1373; G. FIANDACA, *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, in *Archivio Penale*, 1983, 40; L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 388 come citati da FLOR, *Social networks e violazioni penali dei diritti d'autore. Quali prospettive per la responsabilità del fornitore del servizio?*, cit., p. 672.

<sup>526</sup> Vedi *supra*, capitolo 3, paragrafo II.

<sup>527</sup> Così DI AGOSTA, *Il caso Pirate Bay arriva alla Cedu: spunti per una riflessione sulla responsabilità degli internet service provider, tra libertà d'espressione e reati in materia di copyright*, cit., p. 3379 e FLOR, *Social networks e violazioni penali dei diritti d'autore. Quali prospettive per la responsabilità del fornitore del servizio?*, cit., p. 670.

<sup>528</sup> DI AGOSTA, *Il caso Pirate Bay arriva alla Cedu: spunti per una riflessione sulla responsabilità degli internet service provider, tra libertà d'espressione e reati in materia di copyright*, cit., p. 3379. Così

in capo al provider viene poi messa in discussione dall'assenza di un obbligo di filtraggio preventivo, sancita chiaramente dall'ordinamento nazionale e comunitario e da costante giurisprudenza della Corte di Giustizia. Un dovere di questo tipo risulterebbe peraltro difficilmente praticabile, visti gli elevati costi e la complicata realizzabilità tecnica di un sistema di controllo preventivo.

Parte della dottrina inoltre, individuando la sussistenza di specifici doveri successivi al verificarsi dell'illecito (*in primis* quelli derivanti dalle procedure inibitorie di cui agli articoli 156, 156-bis e 163)<sup>529</sup>, configura su tale base una posizione di garanzia del provider<sup>530</sup>. Seppure una simile interpretazione ha il pregio di ancorare tale signoria sul

---

anche FLOR, *Social networks e violazioni penali dei diritti d'autore. Quali prospettive per la responsabilità del fornitore del servizio?*, cit., p. 670.

<sup>529</sup> Articolo 156 l.d.a.: 1. "Chi ha ragione di temere la violazione di un diritto di utilizzazione economica a lui spettante in virtù di questa legge oppure intende impedire la continuazione o la ripetizione di una violazione già avvenuta sia da parte dell'autore della violazione che di un intermediario i cui servizi sono utilizzati per tale violazione può agire in giudizio per ottenere che il suo diritto sia accertato e sia vietato il proseguimento della violazione. Pronunciando l'inibitoria, il giudice può fissare una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata o per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. 2. Sono fatte salve le disposizioni di cui al decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70. 3. L'azione è regolata dalle norme di questa sezione e dalle disposizioni del codice di procedura civile".

Articolo 156-bis l.d.a.: 1. "Qualora una parte abbia fornito seri elementi dai quali si possa ragionevolmente desumere la fondatezza delle proprie domande ed abbia individuato documenti, elementi o informazioni detenuti dalla controparte che confermino tali indizi, essa può ottenere che il giudice ne disponga l'esibizione oppure che richieda le informazioni alla controparte. Può ottenere altresì, che il giudice ordini alla controparte di fornire gli elementi per l'identificazione dei soggetti implicati nella produzione e distribuzione dei prodotti o dei servizi che costituiscono violazione dei diritti di cui alla presente legge. 2. In caso di violazione commessa su scala commerciale il giudice può anche disporre, su richiesta di parte, l'esibizione della documentazione bancaria, finanziaria e commerciale che si trovi in possesso della controparte. 3. Il giudice, nell'assumere i provvedimenti di cui ai commi 1 e 2, adotta le misure idonee a garantire la tutela delle informazioni riservate, sentita la controparte. 4. Il giudice desume argomenti di prova dalle risposte che le parti danno e dal rifiuto ingiustificato di ottemperare agli ordini".

Articolo 163 l.d.a.: 1. "Il titolare di un diritto di utilizzazione economica può chiedere che sia disposta l'inibitoria di qualsiasi attività, ivi comprese quelle costituenti servizi prestati da intermediari, che costituisca violazione del diritto stesso secondo le norme del codice di procedura civile concernenti i procedimenti cautelari. 2. Pronunciando l'inibitoria, il giudice può fissare una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata o per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. 3. Ove in sede giudiziaria si accerti la mancata corresponsione del compenso relativo ai diritti di cui agli articoli 73 e 73-bis, oltre alla liquidazione dello stesso può essere disposta l'interdizione dall'utilizzo dei fonogrammi per un periodo da un minimo di quindici giorni ad un massimo di centottanta giorni. 4. Ove in sede giudiziaria si accerti l'utilizzazione di fonogrammi che, ai sensi dell'art. 74, arrecano pregiudizio al produttore fonografico, oltre alla interdizione definitiva dal loro utilizzo, può essere comminata una sanzione amministrativa da un minimo di euro 260,00 ad un massimo di euro 5.200,00".

<sup>530</sup> FLOR, *Tutela penale ed autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di internet. Un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, cit., p. 448 ss.; FLOR, *Social networks e violazioni penali dei diritti d'autore. Quali prospettive per la responsabilità del fornitore del servizio?*, cit., p. 681. L'Autore infatti osserva come, mediante il provvedimento inibitorio previsto dalla l.d.a., l'ISP "non solo viene a conoscenza dell'illecito o messo concretamente in grado di riconoscerlo (...), ma è altresì dotato di effettivi poteri di interdizione, impeditivi o direttamente legati ai processi da cui derivano i rischi, se non preventivi di ulteriori rischi, essendo in condizione di riconoscere la situazione di pericolo o di rischio, ed avendo l'immediata disponibilità di mezzi gestibili ed utilizzabili autonomamente per lo stesso fine preventivo". Così anche L. PICOTTI, *I diritti fondamentali nell'uso ed abuso dei social network. Aspetti penali*, in *Giurisprudenza di merito*, 2012, 2522B.

fatto ad un ordine inibitorio dell'autorità giudiziaria, limitando così i rischi di deriva collegati al riconoscimento di un dovere di controllo da parte dell'ISP, essa non appare tuttavia condivisibile. La clausola di cui all'articolo 40, comma 2 c.p. appare invero applicabile unicamente nel caso in cui la posizione di signoria sul fatto sussista già in un momento antecedente al verificarsi dell'evento dannoso; in caso contrario, essa non costituirebbe una vera e propria posizione di garanzia, quanto piuttosto un mero dovere di attivazione<sup>531</sup>.

Rilevando la difficoltà di ricostruire la responsabilità del provider in termini di reato omissivo improprio, pertanto, altre voci hanno limitato la responsabilità penale del provider per l'illecito altrui al caso del concorso attivo doloso<sup>532</sup>.

Per concludere, è necessario osservare come la sovrapposizione degli interventi del legislatore abbia portato a delineare una normativa penale a tutela del diritto d'autore frammentaria, eccessivamente severa e priva di un disegno unitario. Peraltro, il progressivo accumularsi degli interventi in materia ha contribuito a creare un quadro di difficile composizione da parte dell'interprete, finendo così per determinare una sostanziale inefficacia della tutela penale. Più voci hanno dunque richiamato ad una concezione del diritto penale come *extrema ratio*, auspicando così una riduzione delle fattispecie incriminatrici ed una preferenza verso gli strumenti civilistici e le forme di collaborazione tra autorità pubblica e soggetti privati<sup>533</sup>.

Vista peraltro la transnazionalità del fenomeno di internet, la riorganizzazione della materia dovrebbe auspicabilmente prendere avvio da un intervento comunitario. Se, infatti, lo sviluppo di un diritto penale europeo è stato a lungo limitato dalla carenza di una competenza diretta dell'UE in materia, il Trattato di Lisbona, con l'articolo 83, par. 2 TFUE, fonda la competenza della Comunità in materia penale nei casi in cui ciò si riveli "indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione"<sup>534</sup>. Peraltro, a seguito dell'introduzione di questa nuova disposizione, la Commissione ha presentato una proposta di direttiva "relativa alle misure penali finalizzate ad assicurare

---

<sup>531</sup> DI AGOSTA, *Il caso Pirate Bay arriva alla Cedu: spunti per una riflessione sulla responsabilità degli internet service provider, tra libertà d'espressione e reati in materia di copyright*, cit., p. 3381.

<sup>532</sup> DI AGOSTA, *Il caso Pirate Bay arriva alla Cedu: spunti per una riflessione sulla responsabilità degli internet service provider, tra libertà d'espressione e reati in materia di copyright*, cit., p. 3381. L'Autore, tuttavia, sottolinea il rischio derivante dalla tendenza giurisprudenziale ad individuare l'elemento soggettivo nelle stesse attività che costituiscono il contributo materiale del provider alla condotta lesiva altrui. Un orientamento di questo tipo, infatti, potrebbe nascondere il ricorso al dolo *in re ipsa*.

<sup>533</sup> FLOR, *Social networks e violazioni penali dei diritti d'autore. Quali prospettive per la responsabilità del fornitore del servizio?*, cit., p. 691; DI AGOSTA, *Il caso Pirate Bay arriva alla Cedu: spunti per una riflessione sulla responsabilità degli internet service provider, tra libertà d'espressione e reati in materia di copyright*, cit., p. 3385; PICOTTI, *I diritti fondamentali nell'uso ed abuso dei social network. Aspetti penali*, in *Giurisprudenza di merito*, 2012, 2542.

<sup>534</sup> FLOR, *Social networks e violazioni penali dei diritti d'autore. Quali prospettive per la responsabilità del fornitore del servizio?*, cit., p. 690.



il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale"<sup>535</sup>, aprendo così la strada ad una più razionale revisione della tutela penale del diritto d'autore.

## VI. Le pronunce delle corti italiane

L'analisi delle pronunce delle corti nazionali in merito alla responsabilità degli intermediari online per violazione del diritto d'autore deve essere preceduta da un'importante osservazione.

Come è stato più volte accennato, le nuove tecnologie messe a disposizione del pubblico hanno indebolito gli strumenti di protezione del diritto d'autore. Se però, a una prima analisi, il rafforzamento dei profili di responsabilità degli intermediari online può sembrare la soluzione migliore a tale problematica, essa rischia di sottovalutare le relative incidenze in tema di libertà di espressione, di informazione e di sviluppo culturale. Un irrigidimento dei doveri di controllo e, di conseguenza, dello stesso modello di responsabilità, finirebbe invero per attribuire agli ISP costi eccessivi, così da determinare l'uscita dal mercato dei soggetti più deboli. Questa situazione comporterebbe una concentrazione del mercato in capo alle imprese economicamente più capaci, restringendo contestualmente l'accessibilità ai contenuti<sup>536</sup>. D'altro canto, una politica lassista nei confronti degli intermediari del web risulterebbe poco rispettosa verso gli altrettanto rilevanti interessi dei titolari di copyright. Inoltre, essa sottovaluterebbe gli effetti positivi in termini di accresciuta credibilità derivanti dall'attuazione di un controllo serio (ma sostenibile) dei contenuti<sup>537</sup>. La critica delle decisioni giurisprudenziali che ci accingiamo a trattare dovrà dunque essere guidata dall'idea che, anche in fase applicativa, il regime di responsabilità degli internet provider debba essere ispirato ad un corretto bilanciamento tra gli interessi in gioco, in cui i diritti economici rivendicati nelle controversie sul diritto d'autore trovino un limite nei confliggenti interessi di intermediari e collettività. Diversamente, il conflitto tra diritti fondamentali della persona ed interessi economici degli ISP dovrà essere risolto favorendo i primi.

### VI.1 Tribunale di Roma, 16 dicembre 2009. Il caso RTI c. Youtube.

In sede di recepimento della direttiva comunitaria sul commercio elettronico, il legislatore nazionale ha tentato di introdurre alcune specificazioni al fine di rendere più chiari i requisiti che determinano la responsabilità del prestatore intermediario. Tale tentativo è stato però sostanzialmente annullato dalla giurisprudenza nazionale successiva al recepimento della direttiva e-Commerce, la quale, orientata verso un

---

<sup>535</sup> COM(2006) 168.

<sup>536</sup> A. MANTELERO, *La responsabilità online: il controllo nella prospettiva dell'impresa*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, 405, p. 407.

<sup>537</sup> MANTELERO, *La responsabilità online: il controllo nella prospettiva dell'impresa*, cit., p. 407.

approccio *case by case* nella valutazione della responsabilità dei provider, tende ad escludere l'applicabilità del regime di esenzione nel caso in cui il provider ponga in essere attività che esulino da un mero approccio tecnico nella trasmissione dei contenuti<sup>538</sup>. L'ordinanza del Tribunale di Roma del 16 dicembre 2009 rappresenta un esempio significativo in tal senso<sup>539</sup>.

La vicenda riguarda il ritrovamento da parte di Reti Televisive Italiane s.p.a. (c.d. RTI) sul sito YouTube di un numero molto consistente di sequenze della decima edizione del programma televisivo "Grande Fratello", di cui RTI possedeva in esclusiva i diritti di utilizzazione e di sfruttamento economico. In considerazione del grave danno sofferto e del rischio di perdere una rilevante quota di mercato, RTI, appellandosi agli articoli 156 e 163, l. 633/1941<sup>540</sup>, aveva richiesto un provvedimento cautelare nei confronti di Google UK Ltd e della sua controllata YouTube LLC., volto all'immediata rimozione dai propri server e alla disabilitazione all'accesso di tutti i contenuti lesivi e l'inibizione dal proseguimento di tale violazione. A titolo di *fumus boni iuris*, la ricorrente aveva addotto la violazione da parte del provider dei suoi diritti connessi ai sensi dell'art 79 l.d.a. e, a titolo di *periculum in mora*, l'indifferenza della resistente alle diffide di RTI volte alla sospensione di tale condotta lesiva<sup>541</sup>. YouTube si era difesa sostenendo la

---

<sup>538</sup> L. 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 *Responsabilità civile e previdenza*, 2010, 1568, pp. 1569 e 1584.

<sup>539</sup> Trib. Roma 16 dicembre 2009, in *Foro italiano*, 2010, 1348 con nota di M. CHIAROLLA e in *Giurisprudenza italiana*, 2010, 1323 con nota di A. SARACENO. Sentenza commentata da 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)*, cit.; L. GUIDOBALDI, *YouTube e la diffusione di opere protette dal diritto d'autore: ancora sulla responsabilità dei providers tra hoster attivi, conoscenza dell'illecito e obbligo di sorveglianza*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2010, 278; F. GIOVANELLA, *YouTube attracca (per ora) in un porto sicuro. In tema di responsabilità del service provider*, in *Danno e Responsabilità*, 2011, 240. In proposito, anche S. LONGHINI, *Dura lex, sed lex: la legge è uguale per tutti...anche su internet!*, in *Il diritto d'autore*, 2010, 123. Il provvedimento è stato confermato in sede di reclamo con ordinanza collegiale del 12 febbraio 2010

<sup>540</sup> Vedi *supra*, nota 530.

<sup>541</sup> Art. 79, l. 633/1942: "1. Senza pregiudizio dei diritti sanciti da questa legge a favore degli autori, dei produttori di fonogrammi, dei produttori di opere cinematografiche o audiovisive o di sequenze di immagini in movimento, degli artisti interpreti e degli artisti esecutori, coloro che esercitano l'attività di emissione radiofonica o televisiva hanno il diritto esclusivo: a) di autorizzare la fissazione delle proprie emissioni effettuate su filo o via etere: il diritto non spetta al distributore via cavo qualora ritrasmetta semplicemente via cavo le emissioni di altri organismi di radiodiffusione; di autorizzare la riproduzione diretta o indiretta, temporanea o permanente, in qualunque modo o forma, in tutto o in parte, delle fissazioni delle proprie emissioni; c) di autorizzare la ritrasmissione su filo o via etere delle proprie emissioni, nonché la loro comunicazione al pubblico, se questa avviene in luoghi accessibili mediante pagamento di un diritto di ingresso; d) di autorizzare la messa a disposizione del pubblico in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso nel luogo o nel momento scelti individualmente, delle fissazioni delle proprie emissioni, siano esse effettuate su filo o via etere; e) di autorizzare la distribuzione delle fissazioni delle proprie emissioni. (...) 2. I soggetti di cui al comma 1 hanno altresì il diritto esclusivo di utilizzare la fissazione delle proprie emissioni per nuove trasmissioni o ritrasmissioni o per nuove registrazioni. 3. L'espressione radio-diffusione ha riguardo all'emissione radiofonica e televisiva. 4. L'espressione su filo o via etere include le emissioni via cavo e via satellite. 5. La durata dei diritti di cui al comma 1 è di cinquanta anni dalla prima diffusione di una emissione". Secondo SARACENO, *Nota a Trib. Roma 16*

propria irresponsabilità in relazione alle informazioni caricate dagli utenti, stante l'assenza di un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni trasmesse e l'offerta di un mero servizio di *hosting* da parte del provider. La resistente aveva poi aggiunto che l'emanazione di un provvedimento in tal senso, comportando di fatto l'imposizione in capo al provider di un controllo preventivo sui contenuti caricati dagli utenti, sarebbe stato non solo tecnicamente impossibile, ma anche contrario alla legge, essendo il provider tenuto a rimuovere unicamente le informazioni illecite specificamente indicate dalle autorità competenti.

Il Tribunale di Roma, dopo aver confermato la sussistenza della sua competenza territoriale e della legittimazione attiva di RTI, aveva accertato la violazione del diritto di sfruttamento economico dell'opera spettante in via esclusiva alla ricorrente ed aveva escluso l'applicabilità delle eccezioni dell'articolo 65 l.d.a., relativo all'esercizio del diritto di cronaca, e 70 l.d.a., relativo all'utilizzo di porzioni di opere protette per finalità di critica e discussione, stante la finalità puramente commerciale della trasmissione di tale contenuto<sup>542</sup>.

Inoltre, il Tribunale romano aveva rigettato la difesa di YouTube relativa alla sua irresponsabilità riguardo ai contenuti illeciti caricati dagli utenti, rilevando che, pur in assenza di un dovere di sorveglianza sui contenuti trasmessi, il provider doveva essere ritenuto responsabile qualora avesse erogato servizi aggiuntivi quali il *caching* o l'*hosting*<sup>543</sup>, avesse predisposto un controllo delle informazioni e, pur consapevole dell'illiceità delle informazioni, avesse omesso di intervenire. Nel caso di specie, il Tribunale aveva rilevato la sussistenza di tali requisiti, in quanto il provider aveva omesso di agire nonostante le ripetute diffide di RTI e la consapevolezza della sua titolarità dei diritti sull'opera ed aveva organizzato la gestione dei contenuti video, anche a fini pubblicitari, programmandone e disciplinandone la visione<sup>544</sup>. L'insieme di tali circostanze aveva portato il giudice ad escludere che il ruolo dell'ISP fosse limitato alla mera fornitura di spazio online, determinando così il suo coinvolgimento nell'illecito. Nell'ordinanza confermativa del febbraio 2010, inoltre, il Tribunale ha

---

dicembre 2009, cit., p. 1326, "le prerogative riconosciute a chi esercita l'attività di emissione radiotelevisiva siano tutelate anche in caso di riproduzione e diffusione delle emissioni su *Internet*".

<sup>542</sup> I contenuti oggetto della richiesta di provvedimento cautelare riguardavano in effetti porzioni del *reality show* più famoso e seguito sul territorio italiano, i quali erano stati pubblicati peraltro su pagine web ospitanti materiale pubblicitario. Vedi Trib. Roma 16 dicembre 2009, in *Foro italiano*, 2010, p. 1352.

<sup>543</sup> Come osservato da 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), cit., p.1584, il riferimento a questo tipo di attività come indicative di un ruolo attivo del provider, tale da comportare una sua responsabilità in ordine ai contenuti illeciti caricati dagli utenti, appare del tutto fuori luogo. Le ipotesi in cui il provider offre questo tipo di servizi sono infatti disciplinate dagli articoli 15 e 16 del d.lgs. 70/2003, i quali prevedono condizioni di esenzione da responsabilità anche per questo tipo di prestatori intermediari.

<sup>544</sup> Trib. Roma 16 dicembre 2009, in *Foro italiano*, pp. 1151-1152.

precisato che in capo al provider si potesse ravvisare la conoscenza dell'illecito, viste le numerose diffide inviate da RTI<sup>545</sup>.

Questa pronuncia si colloca nell'ambito di un orientamento giurisprudenziale già affermato, il quale ha individuato un quarto *genus* di internet service provider, caratterizzato dall'offerta di servizi ulteriori rispetto alla mera messa a disposizione di un protocollo di comunicazione o di uno spazio web ove caricare contenuti multimediali<sup>546</sup>. Tali prestatori intermediari, i quali agiscono attivamente sull'informazione trasmessa organizzandone la visualizzazione o associandovi contenuti pubblicitari, vengono qualificati come un ibrido tra *content* e *hosting* provider, tanto da venire definiti dalla dottrina e dalla giurisprudenza recenti come *host* provider "attivi"<sup>547</sup>.

Nell'ambito di tale filone interpretativo deve essere collocata *in primis* la decisione del Tribunale di Catania del 29 giugno 2004<sup>548</sup>, nella quale si afferma che l'*host* provider deve essere considerato responsabile a titolo di colpa qualora esso, consapevole della presenza di materiale sospetto sui suoi server, ometta di accertarne la natura illecita e di rimuoverlo; esso risponderà invece a titolo di dolo qualora, pur consapevole dell'illiceità dei contenuti, non provveda alla loro rimozione. Allo stesso modo, i tribunali di Bari e di Trani hanno ritenuto sufficiente una comunicazione proveniente da un qualsiasi soggetto terzo al fine di far sorgere in capo all'intermediario il dovere di rimuovere i contenuti<sup>549</sup>. In aggiunta, il Tribunale di Trani ha ricollegato la responsabilità dell'*host* provider alla riserva da parte di questo del potere di rimozione dei contenuti pubblicati dagli utenti, cui si ricollega un potere speculare di controllo degli stessi. Secondo la stessa linea interpretativa poi, la Cassazione penale nel caso *Pirate Bay* ha ritenuto responsabile il provider il quale, non limitandosi a fornire lo spazio telematico, aveva effettuato una sorta di "indicizzazione dei contenuti"<sup>550</sup>.

L'ordinanza in commento, al pari delle citate pronunce del Tribunale di Catania e di Trani, non sembra giustificabile alla luce dell'interpretazione maggioritaria offerta dalla dottrina in materia di *hosting* provider. Il legislatore nazionale infatti, come si è già più

---

<sup>545</sup> 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*, cit., p. 281.

<sup>546</sup> 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*, cit., p. 287.

<sup>547</sup> In proposito, fra gli altri, A. PAPA, *La complessa realtà della Rete tra "creatività" dei fornitori di servizi internet ed esigenze regolatorie pubbliche: la sottile linea di demarcazione tra provider di servizi "content" e di "hosting attivo"*, in *Economia e diritti del terziario*, 2012, 221.

<sup>548</sup> Trib. Catania 29 giugno 2004, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2005, 188 con commento di BUGIOLACCHI, *La responsabilità dell'host provider alla luce del d.lgs. 70/2003: esegesi di una disciplina dimezzata*, cit.

<sup>549</sup> Trib. Bari 13 giugno 2006, in *Diritto dell'internet*, 2006, 563 e Trib. Trani 14 ottobre 2008, in *Danno e responsabilità*, 2009, 1050.

<sup>550</sup> Cass. pen., 23 dicembre 2009, n. 49437. Di questa sentenza si tratterà più diffusamente nei paragrafi seguenti.

diffusamente chiarito, ha inteso specificare i requisiti in presenza dei quali il provider sia chiamato a rispondere, proponendo un'equazione tra la sua conoscenza dell'illecito e la comunicazione delle autorità competenti. Le pronunce in questione, al contrario, ritengono sufficiente qualsiasi comunicazione proveniente da soggetti terzi non qualificati al fine di far scattare il dovere di attivazione dell'intermediario e sancirne così la responsabilità<sup>551</sup>. Un'interpretazione di questo tipo acquisisce tuttavia maggiore coerenza qualora la si ricollegli alla figura intermedia dell'*host* provider attivo, cui sarebbero inapplicabili le esenzioni di responsabilità del d.lgs. 70/2003. Il tentativo giurisprudenziale di offrire un'interpretazione che tenga conto dell'evoluzione degli intermediari del web e delle conseguenti variazioni dei loro profili di responsabilità appare lodevole. Peraltro, l'individuazione di una figura di ISP intermedia, cui sia inapplicabile la disciplina dell'esenzione da responsabilità, sembrerebbe coerente con il "considerando" 42 della direttiva, secondo il quale essa è applicabile unicamente agli intermediari che limitino la propria attività ad un ruolo meramente "tecnico, automatico e passivo", così da escludere la conoscenza e il controllo sulle informazioni trasmesse<sup>552</sup>. Per questi motivi, parte della dottrina ha accolto positivamente tale approccio, ritenendo indispensabile una maggiore responsabilizzazione degli intermediari che offrano servizi paragonabili in tutto e per tutto ad un palinsesto di contributi video<sup>553</sup>.

Tuttavia, l'approccio *case by case* offerto dalla giurisprudenza non può che essere osservato con sospetto, giacché rischia di svuotare di significato l'intero contenuto del d.lgs. 70/2003 e di ripristinare il pregresso stato di incertezza che il legislatore italiano ha cercato di ridimensionare mediante tale decreto. La giurisprudenza dovrebbe pertanto muoversi con particolare rigore, identificando con costanza e serietà gli elementi dai quali dedurre un ruolo attivo del provider e la conseguente disapplicazione del relativo regime di esenzione da responsabilità.

---

<sup>551</sup> Di questa opinione, 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)*, cit., p. 1588 e 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*, cit., p. 292, il quale giunge a tale conclusione solo dopo aver salutato con favore la tendenza giurisprudenziale di attribuire maggiore responsabilità agli *host* provider "attivi" che, per le peculiari attività svolte, paiono maggiormente coinvolti con l'informazione illecita ospitata. L'Autore, interrogandosi sul regime normativo applicabile a questo tipo di intermediari, rileva però il fatto che essi non possano essere ritenuti responsabili se non a seguito di una comunicazione qualificata, qualora, a seguito di quest'ultima, essi siano rimasti inerti. Nel caso in cui gli intermediari vengano a conoscenza dell'illecito mediante la comunicazione di un terzo, invece, essi saranno unicamente tenuti ad avvisare le autorità competenti della presenza di tali violazioni.

<sup>552</sup> E. TOSI, [La responsabilità civile per fatto illecito degli Internet Service Provider e dei motori di ricerca a margine dei recenti casi "Google Suggest" per errata programmazione del software di ricerca e "Yahoo! Italia" per "link" illecito in violazione dei diritti di proprietà intellettuale](#), in *Rivista di diritto industriale*, 2012, 44.

<sup>553</sup> 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*, cit., p. 286.

Il provvedimento emanato dal giudice merita di essere valutato sotto un ulteriore punto di vista: esso infatti, inibendo il proseguimento delle violazioni lamentate, stabilisce di fatto un dovere di controllo *pro futuro* in ordine ai contenuti caricati dagli utenti, il quale, oltre ad essere tecnicamente impossibile, contrasta con il fondamentale principio di cui all'articolo 15 della direttiva e-Commerce ed all'articolo 17 del d.lgs. 70/2003<sup>554</sup>. L'imposizione di un ordine inibitorio di questo tipo non sembra giustificabile né alla luce del carattere speciale degli articoli 156 e 163 l.d.a., né della particolarità dei diritti lesi<sup>555</sup>. In primo luogo, è necessario notare come l'articolo 156 l.d.a. faccia salva l'applicabilità delle disposizioni del d.lgs. 70/2003: da ciò si desume che, stante l'estendibilità di un provvedimento inibitorio anche al soggetto intermediario che fornisca i mezzi per la violazione del diritto d'autore, l'imputabilità dell'illecito anche al provider dovrà necessariamente essere valutata alla luce del d.lgs. 70/2003. In secondo luogo, l'approccio orizzontale scelto dal legislatore comunitario nel regolamentare il regime di responsabilità dei provider porterebbe ad escludere l'applicabilità di un modello diverso nel caso della violazione del diritto d'autore<sup>556</sup>.

Come gli autori più attenti hanno osservato, il ridimensionamento del regime di *favor* nei confronti dei provider ha costituito il naturale esito dell'evoluzione giurisprudenziale in materia ed è stato accelerato in modo significativo dallo stesso approccio degli intermediari nei confronti delle informazioni ospitate<sup>557</sup>. Non si è mancato di osservare, a titolo di esempio, che dai Termini d'Uso predisposti da YouTube al tempo dell'emanazione dell'ordinanza in commento emergesse una rilevante ingerenza del provider sui contenuti trasmessi: esso si riservava il diritto di interrompere la prestazione del servizio a sua discrezionalità, mostrando così di essere tecnicamente in grado di individuare e bloccare l'accesso a determinati contenuti; YouTube dichiarava inoltre di adottare una politica di copyright finalizzata alla tutela dei detentori dei diritti di proprietà intellettuale, anche mediante il ricorso ad un programma di verifica dei contenuti<sup>558</sup>. Lo stesso Tribunale romano, nell'ordinanza del 16 dicembre 2009, ha attribuito rilevanza a tali circostanze, facendone derivare l'esclusione di un ruolo di mera intermediazione tecnica. Tuttavia è d'obbligo osservare come, attualmente, il provider YouTube abbia modificato i suoi Termini d'Uso,

---

<sup>554</sup> In questo senso anche 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)*, cit., p. 137.

<sup>555</sup> 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)*, cit., p. 137.

<sup>556</sup> 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)*, cit., p. 137.

<sup>557</sup> CHIAROLLA, *Nota a Trib. Roma 16 dicembre 2009*, cit., p. 1354; A. MONTI, *La network neutrality e la responsabilità dei provider*, 28 febbraio 2009, disponibile su <http://www.ictlex.net/?p=1017> (consultato il 3/07/2014).

<sup>558</sup> 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*, cit., p. 285.

escludendo qualsiasi suo potere di controllo e filtraggio delle informazioni trasmesse, e preveda unicamente un sistema di notifica dei contenuti lesivi del copyright azionabile unicamente dai privati interessati<sup>559</sup>. Questo cambiamento di rotta potrebbe essere indicativo della volontà dell'intermediario di limitare il proprio coinvolgimento rispetto ai contenuti degli utenti e, quindi, dei suoi profili di responsabilità. In conclusione, se è vero che la definitiva affermazione del web 2.0 ha comportato un incremento degli internet provider che intervengono attivamente sulle informazioni, è necessario ribadire la necessità di approcciarsi con cautela a tali nuove figure<sup>560</sup>: solo un approccio rigoroso, accorto e costante della giurisprudenza nell'identificazione degli *host* provider attivi può infatti garantire il rispetto dell'equilibrio delineato dal legislatore nazionale nel decreto di recepimento.

VI.2 Tribunale di Milano, 20 marzo 2010. Il caso Sky Italia.

La sentenza del Tribunale di Milano del 20 marzo 2010 costituisce un ulteriore esempio di quel filone giurisprudenziale che, come visto, tende a ritenere responsabili i provider che pongano in essere un comportamento attivo nei confronti dell'informazione trasmessa<sup>561</sup>.

La pronuncia in oggetto prende in esame la violazione dei diritti di esclusiva di un'emittente televisiva mediante la collocazione, su un sito internet italiano, di un collegamento ipertestuale ai contenuti lesivi. Nello specifico, il caso riguardava la presenza sul sito web [www.tvgratis.net](http://www.tvgratis.net) di molteplici *link*, che rinviavano ad altrettanti siti stranieri. Uno di questi permetteva il collegamento a un sito internet cinese il quale, previa acquisizione di regolare licenza, aveva messo a disposizione del pubblico partite di calcio del campionato italiano. Il sito web operativo in Italia, oltre ad ospitare il suddetto *link*, forniva agli utenti le istruzioni necessarie a visualizzare tali contenuti ed a scaricare un apposito *software peer-to-peer*, consentendo così la diffusione sul territorio nazionale di partite di calcio di cui Sky Italia s.r.l. deteneva i diritti esclusivi. Quest'ultima intentava causa contro il gestore del sito web e contro Telecom Italia, la quale, in qualità di *access provider*, era stata accusata di concorso negli illeciti contestati. Nelle more del giudizio, Sky aveva richiesto in via cautelare l'emanazione di un provvedimento inibitorio nei confronti del titolare del sito web e di Telecom, volto appunto alla cessazione delle attività lesive contestate. Il Tribunale di Milano,

---

<sup>559</sup> <https://www.youtube.com/t/terms> (consultato il 3/07/2014).

<sup>560</sup> Tale nuova struttura del web, caratterizzata dall'interazione tra gli operatori di internet e gli utenti, ha determinato la mutazione degli intermediari che offrono servizi di *hosting*: il continuo *upload* di contenuti da parte dei fruitori del web ha invero reso necessaria la predisposizione da parte di questi ultimi di strumenti tendenzialmente automatici di organizzazione ed indicizzazione dei file. Così L. BUGIOLACCHI, *Evoluzione dei servizi di hosting provider, conseguenze sul regime di responsabilità e limiti dell'attuale approccio case by case*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2013, 1996, p. 2000.

<sup>561</sup> Tribunale di Milano, 20 marzo 2010, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, 908, con nota di P. SAMMARCO.

discostandosi dalla pronuncia del giudice penale in proposito<sup>562</sup>, ha accolto la richiesta cautelare, ritenendo che tale attività di *linking* fosse lesiva degli articoli 78-ter e 79 della legge sul diritto d'autore<sup>563</sup>. Vi è però chi ha contestato tale lettura, rilevando come il Tribunale milanese abbia ommesso di prendere in considerazione un elemento determinante: il gestore del sito web italiano non avrebbe in effetti riprodotto o ritrasmesso i contenuti lesivi del diritto di esclusiva di Sky, ma si sarebbe limitato a rendere tecnicamente possibile la connessione ai siti cinesi, trasmettenti contenuti regolarmente licenziati<sup>564</sup>. Non sarebbero dunque integrati i presupposti necessari all'applicazione di tali disposizioni<sup>565</sup>.

Altro punto critico della decisione è la riconoscibilità della tutela del diritto d'autore in capo alle manifestazioni sportive, cui si ricollega la fondamentale questione della qualificabilità di queste come opere d'ingegno. Decisiva ai fini di tale qualificazione è infatti l'accertamento della natura creativa dell'opera. Tale creatività non sembra tuttavia ravvisabile con riguardo alle partite di calcio. Queste ultime si svolgono invero secondo regole e schemi predeterminati, che nessuno spazio lasciano a forme di espressione creativa. Parte della dottrina ha rilevato come le riprese televisive di tali manifestazioni sportive potrebbero attribuire a queste ultime quel *quantum* di creatività

---

<sup>562</sup> Tribunale di Milano, 14 febbraio 2006, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2006, 359.

<sup>563</sup> Articolo 78-ter l.d.a.: "Il produttore di opere cinematografiche o audiovisive o di sequenze di immagini in movimento è titolare del diritto esclusivo:a) di autorizzare la riproduzione diretta o indiretta, temporanea o permanente, in qualunque modo o forma, in tutto o in parte, degli originali e delle copie delle proprie realizzazioni;b) di autorizzare la distribuzione con qualsiasi mezzo, compresa la vendita, dell'originale e delle copie di tali realizzazioni (...) d) di autorizzare la messa a disposizione del pubblico dell'originale e delle copie delle proprie realizzazioni, in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente(...)"; Articolo 79 l.d.a.: "(...)coloro che esercitano l'attività di emissione radiofonica o televisiva hanno il diritto esclusivo: (...)d) di autorizzare la messa a disposizione del pubblico in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso nel luogo o nel momento scelti individualmente".

<sup>564</sup> P. SAMMARCO, *I diritti televisivi su manifestazioni sportive: natura giuridica e loro tutela da sfruttamento non autorizzato agevolato dalle tecnologie informatiche*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, 746, p. 748. A tal proposito, il Tribunale di Milano, in sede penale (Trib. Milano, 14 febbraio 2006), aveva escluso la sussistenza di una violazione dell'articolo 171 comma 1 lett. a)-bis l.d.a., il quale vieta la messa a disposizione del pubblico di un'opera protetta per mezzo di reti telematiche. Il Tribunale aveva rilevato, in primo luogo, che gli indagati avevano unicamente agevolato la diffusione di un'opera che altri soggetti avevano già messo a disposizione sul web e che tale condotta di agevolazione era intervenuta in un momento successivo al perfezionamento del reato. Di conseguenza, il Tribunale aveva rigettato la richiesta di sequestro preventivo del sito. Tuttavia, la Suprema Corte (Cass. pen. 10 ottobre 2006 n. 33945) ha annullato tale ordinanza di rigetto, rilevando come gli indagati avessero innegabilmente facilitato la connessione con i contenuti illeciti e come tale condotta fosse stata realizzata in un momento necessariamente antecedente all'immissione dell'evento sportivo in rete. Diversamente, non sarebbe stato possibile per gli utenti visualizzare i contenuti al momento della loro trasmissione.

<sup>565</sup> Peraltro, come rileva P. SAMMARCO, *Le partite di calcio in tv e la loro ritrasmissione non autorizzata via web*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, 922, p. 923, il riferimento all'articolo 79 è stato eliminato nel giudizio di merito del Tribunale di Milano nella sentenza del 20 marzo 2010.



necessario a qualificarle come opere d'ingegno<sup>566</sup>; tale supposizione pare però smentita dal fatto che un'attività di regia creativa non sarebbe sufficiente a modificare la natura di un contenuto che, di per sé, non appare tutelabile alla luce della legge sul diritto d'autore<sup>567</sup>.

Nella pronuncia del 3 giugno 2006, i giudici milanesi hanno attribuito al gestore del sito web italiano una condotta lesiva dei diritti di esclusiva di Sky Italia, disponendo così l'inibizione della messa a disposizione del pubblico di "collegamenti telematici (*links*) di altri siti idonei alla fruizione di contenuti televisivi oggetto dei diritti d'esclusiva" della ricorrente, della "messa a disposizione di *software* strumentali a detta fruizione" e della "pubblicizzazione dei siti stranieri responsabili dell'immissione". Positivo è invece il riconoscimento da parte degli stessi giudici del ruolo di mero *access provider* di Telecom, cui consegue l'applicazione della relativa esenzione di responsabilità di cui all'articolo 14 d.lgs. 70/2003 ed il rigetto della richiesta cautelare.

La successiva sentenza del Tribunale di Milano del 20 marzo 2010 conferma parzialmente nel merito il contenuto dell'ordinanza. Il punto focale della decisione è costituito dalla netta presa di posizione del Collegio in ordine alla natura delle partite di calcio. In particolare, il Tribunale sposa la tesi dottrinale che attribuisce un ruolo dirimente alle modalità di ripresa della manifestazione sportiva: sebbene essa non possa essere qualificata di per sé come opera d'ingegno, "le modalità di ripresa delle azioni di gioco, la scelta di evidenziare specifici momenti dello spettacolo, anche non strettamente attinenti alle azioni di gioco, l'accoppiamento di elementi informativi e di grafica ecc. risultano tutti elementi che concorrono a generare una determinata sequenza di immagini e di suoni che costituisce il risultato di una scelta tra più opzioni tecniche e rappresentative e che pertanto può assumere quei caratteri di creatività e di originalità che costituiscono il presupposto della tutela autoriale"<sup>568</sup>. Tale soluzione non ha peraltro posto fine ai dubbi dottrinali in proposito; il legislatore ha così risolto la questione

---

<sup>566</sup> E. PODDIGHE, *Diritti televisivi e teoria dei beni – seconda edizione aggiornata ed ampliata*, Padova, 2003, così come citato da SAMMARCO, *I diritti televisivi su manifestazioni sportive: natura giuridica e loro tutela da sfruttamento non autorizzato agevolato dalle tecnologie informatiche*, cit., p. 751.

<sup>567</sup> Dello stesso avviso il GIP del Tribunale di Milano (Trib. Milano, 14 febbraio 2006), il quale afferma che "l'evento sportivo in quanto schema di gioco consistente in regole articolate in forma essenziale e non in un progetto ideativo in sé compiuto e nel cui ambito l'attività dei giocatori si sviluppa in maniera non del tutto prevedibile in gran parte affidata al caso non costituisce opera dell'ingegno tutelata ai sensi della legge sul diritto d'autore". Questi osserva altresì che "il regista non traduce in immagini un soggetto, non racconta una storia, ma segue pedissequamente il susseguirsi di azioni che, per loro stessa natura, si snodano secondo una sequenza imprevedibile, sulla quale non è in grado di influire minimamente". Sul punto, SAMMARCO, *I diritti televisivi su manifestazioni sportive: natura giuridica e loro tutela da sfruttamento non autorizzato agevolato dalle tecnologie informatiche*, cit., pp. 749 e 752.

<sup>568</sup> Trib. Milano, 20 marzo 2010, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, 908 con nota di P. SAMMARCO.

introducendo l'articolo 178-*quater* nella l.d.a., che prevede espressamente l'applicabilità della legislazione sul diritto d'autore ai "diritti audiovisivi sportivi"<sup>569</sup>.

Più interessante ai fini di questa trattazione appare invece la decisione del Collegio giudicante in relazione alla responsabilità del titolare del sito web che ospitava i collegamenti ipertestuali. La corte si richiama ad un'affermata giurisprudenza in ambito penalistico in base alla quale la condotta agevolativa dell'illecito può rilevare come contributo concorsuale e, nel caso di specie, rileva tale condotta in capo al gestore del sito web. In particolare, i giudici milanesi fanno riferimento alla messa a disposizione del pubblico di un "elenco dei siti stessi e delle partite da essi diffuse in quel momento", della possibilità di sincronizzare le "immagini in questione con un commento in lingua italiana" e delle istruzioni "per procurarsi il *software* necessario alla visione". Il Tribunale esclude peraltro l'assenza di consapevolezza in capo al convenuto in ordine alla presenza di contenuti lesivi sul suo sito: a tal fine, si prende in considerazione il fatto che la visione di tali partite fosse notoriamente subordinata al pagamento di un corrispettivo nei confronti dei titolari dell'esclusiva sul territorio italiano e che la gratuità dei contenuti offerti fosse dunque un indice della natura illecita di questi. Il Tribunale conclude quindi per la responsabilità del gestore del sito internet per aver contribuito all'illecito altrui, agevolando l'individuazione e la fruizione dei contenuti illeciti. Anche in questo caso, il giudicante ritiene che la condotta "attiva" del provider squalifichi quest'ultimo dal ricorso alle esenzioni di responsabilità del d.lgs. 70/2003. La sua condotta non si porrebbe pertanto in una relazione di neutralità rispetto ai contenuti trasmessi, i quali, al contrario, sarebbero a lui direttamente riferibili<sup>570</sup>. A tal riguardo è necessario riproporre le osservazioni svolte nel paragrafo precedente in merito alla tendenza giurisprudenziale alla disapplicazione delle esenzioni di responsabilità del d.lgs. 70/2003.

Criticabile è anche la decisione del Collegio di escludere l'applicazione degli articoli 14-17 del d.lgs. 70/2003 al sito web, rilevando come quest'ultimo sia il destinatario e non il prestatore dei servizi ivi indicati. Una conclusione di questo tipo non sembra condivisibile, poiché il fatto che un sito web ricorra ai servizi di *access*, *caching* e *hosting* non esclude a priori la possibilità che esso si proponga altresì come fornitore degli stessi<sup>571</sup>. Il sito web in questione, quindi, potrebbe verosimilmente fruire di tali

---

<sup>569</sup> Decreto Legislativo 9 gennaio 2008, n. 9, "Disciplina della titolarità e della commercializzazione dei diritti audiovisivi sportivi e relativa ripartizione delle risorse", pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 27 del 1 febbraio 2008 (*Rettifica G.U. n. 93 del 19 aprile 2008*). A tal proposito, SAMMARCO, *Le partite di calcio in tv e la loro ritrasmissione non autorizzata via web*, cit., p. 926, osserva come tale intervento normativo, nell'estendere alle manifestazioni sportive "la portata iperprotezionistica del diritto d'autore", non tiene in debita considerazione diritti contrastanti quali il diritto della concorrenza e di cronaca.

<sup>570</sup> Così SAMMARCO, *Le partite di calcio in tv e la loro ritrasmissione non autorizzata via web*, cit., pp. 927-928.

<sup>571</sup> SAMMARCO, *Le partite di calcio in tv e la loro ritrasmissione non autorizzata via web*, cit., p. 927.

servizi ed essere al contempo soggetto all'applicazione delle fattispecie di esenzione da responsabilità dei provider.

Positivo è invece il riconoscimento del ruolo di *mere conduit* rivestito dalla resistente Telecom Italia, la quale, “avendo (...) svolto un servizio delimitato al mero accesso alla rete ed al trasporto delle informazioni (...) senza rivestire alcun ruolo nell'origine della trasmissione e nella selezione sia del destinatario che delle informazioni immesse nella rete”, beneficia dell'esenzione di responsabilità dell'articolo 14 del d.lgs. 70/2003.

### VI.3 Tribunale di Roma, il caso “About Elly”

Le ordinanze emanate dal Tribunale di Roma in relazione al caso “About Elly” trattano della difficile qualificazione del requisito della “conoscenza effettiva”, la cui interpretazione, in assenza di una disciplina che istituisca un procedimento di *notice and take down*, risulta particolarmente ostica nel nostro ordinamento.

La controversia aveva tratto origine dalla violazione dei diritti di distribuzione del film iraniano “About Elly”, il quale era stato presentato al festival di Berlino e aveva ottenuto riconoscimenti dalla critica e successi al botteghino. La società titolare dei diritti di distribuzione del film (PFA Films s.r.l.) aveva rilevato che, digitando il titolo del film sui motori di ricerca più conosciuti, l'utente otteneva come risultato siti web dai quali era possibile scaricare illegalmente o visionare in *streaming* il film in questione<sup>572</sup>. La PFA aveva così inviato una diffida ai gestori dei motori di ricerca Yahoo! Italia s.r.l., Google Italy s.r.l. e Microsoft s.r.l., con la quale richiedeva di rimuovere i risultati della ricerca da cui si potesse accedere allo *streaming* o al *download* illegale<sup>573</sup>.

---

<sup>572</sup> Lo *streaming* è una particolare tecnologia che si distingue dal *peer-to-peer* e dal *download* in quanto consente la visualizzazione del contenuto in via diretta, senza necessitare una previa copia sul supporto dell'utente. Tale funzione è resa possibile dal *buffering* (memoria tampone), una tecnologia che consente di ovviare al problema della diversa velocità dei dati scambiati su internet e permette di visualizzare il materiale audiovisivo con velocità costante. Così, F. MERLA, *Diffusione abusiva di opere in internet e sequestro preventivo del sito web: il caso “The Pirate Bay”*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, 448, p. 450.

<sup>573</sup> Tribunale di Roma, 22 marzo 2011, in *Danno e responsabilità*, 2011, 753, commentata da G. M. RICCIO, *Alla ricerca della responsabilità dei motori di ricerca*, in *Danno e responsabilità*, 2011, 758; F. GIOVANELLA, *La responsabilità per linking a files audiovisivi contraffatti e l'incerta natura del motore di ricerca*, in *Danno e responsabilità*, 2011, 847; G. COLANGELO, *La responsabilità del service provider per violazione indiretta del diritto d'autore nel caso Yahoo! Italia*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2012, 894; L. GIOVE, A. COMELLI, *Responsabilità del provider per mancata rimozione di link a materiale illecito*, in *Diritto industriale*, 2012, 75; G. CASSANO, M. IASELLI, *Caso “About Elly”: la responsabilità dell'internet service provider*, in *Corriere del merito*, 2011, 922; D. MULA, *Responsabilità del motore di ricerca nel caso About Elly: fraintendimenti informatici a base di un'ordinanza (revocata) dal contenuto anomalo*, in *dimt.it*, disponibile su <http://www.dimt.it/2013/09/14/responsabilita-del-motore-di-ricerca-nel-caso-about-elly-fraintendimenti-informatici-a-base-di-unordinanza-revocata-dal-contenuto-anomalo/> (consultato il 4/07/2014). A tale provvedimento è stato ampiamente criticato dalla comunità online. Per tutti si vedano F. P. MICOZZI, *L'ordinanza “About Elly” e la direttiva 2000/31/CE*, in *Leggioggi.it*, 31 marzo 2011, disponibile su <http://www.leggioggi.it/2011/03/31/ordinanza-about-elly-e-la-direttiva-200031ce/> (consultato il 7/06/2014); M. IASELLI, *Internet sotto accusa: una decisione del Tribunale di Roma contro Yahoo! che farà discutere*, in *Leggioggi.it*, 25 marzo 2011, disponibile su <http://www.leggioggi.it/2011/03/25/internet-sotto-accusa-una-sentenza-del-tribunale-di-roma-contro->

I tre gestori (in particolare Microsoft) si erano mostrati disponibili a rimuovere i collegamenti in oggetto, richiedendo però a loro volta l'indicazione da parte della ricorrente PFA degli indirizzi URL delle pagine web in questione<sup>574</sup>. Insoddisfatta della risposta ottenuta, la società cinematografica aveva adito il Tribunale di Roma, richiedendo in via cautelare la cessazione dell'illecito e l'inibitoria dal proseguimento della violazione di tali diritti di sfruttamento.

In primo luogo, la corte ha escluso la legittimazione passiva di Google e Microsoft, in quanto tali società non gestivano direttamente i motori di ricerca; il giudice romano, pertanto, ha ritenuto legittima unicamente la chiamata nei confronti di Yahoo. Il Tribunale capitolino passa poi all'analisi del funzionamento dei motori di ricerca: secondo la ricostruzione del giudice, essi, su indicazione da parte degli utenti di parole chiave (*meta tags*), offrono come risultato *links* di collegamento ai siti web, reperiti mediante algoritmi e formule matematiche. La corte rileva dunque, da un lato, che il motore di ricerca, nella fase in cui offre i risultati della ricerca, non viene a conoscenza dei contenuti cui offre collegamento e non può esercitare sugli stessi un controllo preventivo; dall'altro, precisa come esso sia in condizione, una volta venuto a conoscenza dell'illiceità di specifici contenuti identificati mediante indirizzo URL, di esercitare un controllo successivo ed eliminarne il collegamento. Stante la mancanza nell'ordinamento italiano di una disciplina *ad hoc* per i motori di ricerca, il giudice romano ricorre all'interpretazione analogica, applicando a Yahoo la disciplina dell'attività di *caching*. Tale qualificazione, seppur ampiamente condivisibile, non ha mancato di sollevare interrogativi in dottrina<sup>575</sup>; i commentatori concordano però sul

---

[yahoo-che-fara-discutere/](http://www.fulviosarzana.it/blog/la-sentenza-yahoo-del-tribunale-di-roma-sulla-rimozione-di-link-che-violano-il-copyright-erano-state-chiamate-in-causa-anche-google-e-microsoft-cosa-e-successo-e-cosa-sta-per-succedere-il-reclam/) (consultato il 7/06/2014); F. SARZANA, *L'ordinanza Yahoo del Tribunale di Roma sulla rimozione di link che violano il copyright: chiamate in causa anche Google e Microsoft, cosa è successo e cosa sta per succedere: il reclamo di Yahoo*, in [www.fulviosarzana.it](http://www.fulviosarzana.it), disponibile su <http://www.fulviosarzana.it/blog/la-sentenza-yahoo-del-tribunale-di-roma-sulla-rimozione-di-link-che-violano-il-copyright-erano-state-chiamate-in-causa-anche-google-e-microsoft-cosa-e-successo-e-cosa-sta-per-succedere-il-reclam/> (consultato il 7/06/2014); G. SCORZA, *Yahoo!, stop alla ricerca per salvare Elly?*, in [www.guidoscorza.it](http://www.guidoscorza.it), 25 marzo 2011, disponibile su <http://www.guidoscorza.it/?p=2513> (consultato il 7/06/2014); M. VECCHIO, *Italia, Yahoo! Sugli scudi del copyright*, in [Puntoinformatico.it](http://puntoinformatico.it), 28 marzo 2011, disponibile su <http://puntoinformatico.it/3118317/PI/News/italia-yahoo-sugli-scudi-del-copyright.aspx> (consultato il 7/06/2014).

<sup>574</sup> Acronimo di *Uniform Resource Locator*, indica una sequenza di lettere o numeri che si riferiscono univocamente ad una specifica pagina web.

<sup>575</sup> RICCIO, *Alla ricerca della responsabilità dei motori di ricerca*, cit., p. 760 ha osservato che, nonostante l'attività dei motori di ricerca abbia notevoli elementi in comune con quella dei *caching* provider, sussistono dei punti di contrasto che ostacolano tale qualificazione giuridica: se è vero infatti che i *search engine*, mediante l'attività di *mirroring*, possono indirizzare gli utenti anche verso copie *cache* dei siti richiesti e realizzano una memorizzazione automatica, intermedia e temporanea dei contenuti, non sembra tuttavia che l'attività da essi svolta serva a "rendere più efficace il successivo inoltro ad altri destinatari a loro richiesta", come voluto dall'articolo 15 comma 1. Secondo l'Autore, invero "la richiesta formulata ad un motore di ricerca, non è successivamente inoltrata ad altri soggetti, atteso che gli utenti scelgono, tra una serie di risultati della ricerca, il *link* (ossia il sito internet) verso il quale vogliono essere indirizzati". Preferibile sarebbe dunque la qualificazione dei motori di ricerca come *mere conduit*, i quali svolgono un'attività di memorizzazione automatica, intermedia e transitoria, senza richiedere tuttavia l'inoltro delle informazioni ad altri soggetti. Al contrario, MULA, *Responsabilità del*

fatto che l'attività del motore di ricerca non possa essere qualificata come *hosting*, non consistendo essa in una memorizzazione permanente delle informazioni.

Il Tribunale s'interroga poi sulla sussistenza di *fumus boni iuris* e, dunque, sulla responsabilità di Yahoo riguardo ai contenuti illeciti della rete. Ritenendo la diffida inviata da PFA come sufficiente al fine di porre il provider a conoscenza dell'attività illecita e, conseguentemente, a far sorgere il suo dovere di attivazione, il giudice ha ritenuto Yahoo responsabile per violazione di proprietà intellettuale per non aver disabilitato l'accesso ai siti lesivi: infatti, il d.lgs. 70/2003 “non può estendere l'ambito dell'esonero dall'obbligo di vigilanza oltre l'ambito di non esigibilità di una vigilanza generale, fermo restando l'obbligo di controllo su specifiche informazioni individuate, e l'esonero da responsabilità oltre il limite della mancata conoscenza della impresa della illiceità delle informazioni”<sup>576</sup>.

Tale interpretazione rende necessarie alcune precisazioni che ne mettano in risalto l'imprecisione e la pericolosità, in quanto essa va ad estendere pericolosamente la responsabilità degli internet provider. Il primo profilo critico della decisione riguarda la ricostruzione dei doveri di condotta del motore di ricerca. S'è detto invero che, a parere dello stesso Tribunale, la condotta del motore di ricerca deve essere valutata secondo la normativa sulla responsabilità dei *caching* provider, di cui all'articolo 15 del d.lgs. 70/2003. Il rispetto delle condizioni di cui alle lettere a) – d) risulta incontestato dalle parti; pertanto l'unico profilo idoneo a far sorgere la responsabilità del provider sarebbe quello di cui alla lettera e). Quest'ultimo, vale la pena ricordarlo, riscontra la responsabilità del provider qualora esso ometta di rimuovere le informazioni memorizzate o di disabilitare l'accesso alle medesime non appena a conoscenza della rimozione di queste dal sito di origine, o a seguito di un ordine dell'autorità giudiziaria o amministrativa. Esso non prevede, quindi, l'onere di rimuovere le informazioni illecite a seguito di una mera comunicazione da parte del soggetto leso. Il Tribunale, riscontrando il dovere del provider di disabilitare l'accesso ai contenuti illeciti una volta venutone a conoscenza per mezzo di una comunicazione non qualificata, offre un'interpretazione errata del d.lgs. 70/2003. Quest'ultimo infatti, mediante il combinato

---

*motore di ricerca nel caso About Elly: fraintendimenti informatici a base di un'ordinanza (revocata) dal contenuto anomalo*, cit., condivide la qualificazione come *caching* provider dei motori di ricerca, ma non la ricostruzione delle modalità di funzionamento di questi ultimi. Secondo l'Autore infatti i *web search engine* “operano memorizzando temporaneamente le pagine web dei siti, leggendo da queste le informazioni inerenti il loro contenuto – informazioni caricate dal creatore della pagina stessa – presenti nei *metatags*, e rielaborando i dati così acquisiti secondo algoritmi di catalogazione e classificazione. (...) Il dato finale visualizzato dall'utente è costituito da una stringa di testo che reca un collegamento ipertestuale, c.d. *link*, alla URL della pagina web”. I motori di ricerca, dunque, non prendono direttamente conoscenza del contenuto delle pagine web, ma analizzano unicamente i *metatags* redatti dagli stessi gestori dei siti. GIOVANELLA, *La responsabilità per linking a files audiovisivi contraffatti e l'incerta natura del motore di ricerca*, cit., p. 852, condivide invece anche la ricostruzione della modalità di funzionamento dei *search engine* operata dalla corte, contestando unicamente il ricorso erroneo al termine *metatag* per indicare le parole chiave inserite dagli utenti, c.d. *query*.

<sup>576</sup> Tribunale di Roma, 22 marzo 2011, in *Giurisprudenza commerciale*, 2012, 898.

disposto degli articoli 15 e 17 comma 3, prevede unicamente il dovere del provider di informare l'autorità competente della presenza di eventuali contenuti illeciti una volta che esso ne acquisisca consapevolezza. È stato osservato inoltre che il giudice romano, riconoscendo in capo al *caching* provider un dovere di disabilitazione dell'accesso ai siti illeciti, avrebbe arbitrariamente applicato a quest'ultimo il disposto dell'articolo 16 d.lgs. 70/2003, relativo all'attività di *hosting*<sup>577</sup>. Tale lettura contrasterebbe con l'interpretazione maggioritaria degli articoli 16 e 17 d.lgs. 70/2003, che riconosce il dovere di rimozione dei contenuti illeciti da parte dell'*host* provider unicamente a seguito di una comunicazione qualificata: ritenere che il giudice abbia inspiegabilmente applicato al caso di specie l'articolo 16, porterebbe a riscontrare un doppio errore interpretativo nella decisione del Tribunale.

Un secondo elemento di estrema criticità è invece costituito dall'interpretazione secondo cui la generica comunicazione di PFA in ordine all'esistenza di contenuti illeciti sarebbe idonea ad attribuire al provider la conoscenza della violazione. Questa presa di posizione appare estremamente rischiosa, in quanto non imporrebbe al provider di ricercare e rimuovere unicamente le pagine specificamente indicate, bensì tutti i contenuti presuntivamente lesivi, relativi all'opera protetta. Ancora una volta, dunque, gli intermediari si troverebbero nella posizione di giudicare l'illiceità delle informazioni trasmesse, senza averne tuttavia le competenze, con evidenti rischi per la tutela della libertà di espressione e del diritto ad informarsi.

L'orientamento giurisprudenziale che tende ad ampliare il requisito di "effettiva conoscenza" pare indicare agli ISP la necessità di predisporre sistemi di filtraggio volontari, finalizzati alla previa individuazione dei contenuti illeciti. Tali sistemi, tuttavia, non convincono già dal punto di vista tecnico: innanzitutto, non è sicuro il fatto che essi siano in grado di rilevare ogni contenuto illecito della rete; in secondo luogo è difficile immaginare che essi siano in grado di distinguere tra le violazioni effettive della proprietà intellettuale e gli utilizzi leciti delle opere protette, rischiando così di ledere la libertà di informazione e di espressione<sup>578</sup>. La predisposizione di sistemi di filtraggio determinerebbe peraltro un paradosso di cui il legislatore comunitario e nazionale non sembrano essersi avveduti: se infatti gli articoli 14-17 del d.lgs. prevedono l'esenzione da responsabilità degli intermediari qualora esso non modifichi

---

<sup>577</sup> GIOVANELLA, *La responsabilità per linking a files audiovisivi contraffatti e l'incerta natura del motore di ricerca*, cit., pp. 852 e 860. Della stessa opinione sembra anche MULA, *Responsabilità del motore di ricerca nel caso About Elly: fraintendimenti informatici a base di un'ordinanza (revocata) dal contenuto anomalo*, cit., <http://www.dimt.it/>. L'idea secondo cui la corte abbia applicato al *caching* provider la disciplina relativa all'*hosting* provider risulta peraltro avvalorata dal richiamo al caso Google c. Louis Vuitton Malletier della Corte di Giustizia. Il riferimento a tale sentenza della Corte di Giustizia da parte del Tribunale di Roma appare tuttavia fuori luogo, in quanto la corte comunitaria qualifica l'attività del motore di ricerca come *hosting*, mentre il giudice nazionale vi applica la disciplina del *caching*.

<sup>578</sup> GIOVANELLA, *La responsabilità per linking a files audiovisivi contraffatti e l'incerta natura del motore di ricerca*, cit., p. 861.

le informazioni trasmesse né selezioni i destinatari, la predisposizione di filtri finirebbe per attribuire responsabilità e doveri altrimenti non sussistenti<sup>579</sup>.

Particolarmente grave è poi lo stesso contenuto dell'ordine indirizzato al provider, in quanto esso non è sufficientemente specificato né nel suo oggetto né nella sua portata temporale. Innanzitutto, il giudice non impone alla ricorrente di specificare quali collegamenti debbano essere disabilitati: ciò finisce inevitabilmente per imporre all'intermediario il dovere di ricercare attivamente i contenuti verosimilmente lesivi. Il provider si troverebbe invero nella situazione di dover scegliere tra la predisposizione di controlli preventivi, con i limiti sopra citati, e l'eliminazione dei collegamenti ad ogni contenuto relativo ad opere protette, con un'evidente restrizione dell'utilità dei motori di ricerca<sup>580</sup>. Se già una soluzione di questo tipo si sbilancia significativamente a favore dei titolari di proprietà intellettuale, essa viene aggravata da un passaggio particolarmente critico dell'ordinanza in commento. La corte invero, nell'accogliere la richiesta della ricorrente, dispone "l'inibitoria della continuazione o della ripetizione della violazione dei diritti di sfruttamento economico (...) mediante il collegamento a mezzo del motore di ricerca ai siti che lo riproducono, diversi da quello ufficiale del film" nei confronti del provider Yahoo!<sup>581</sup>. Questo riferimento sembra imporre ai motori di ricerca di consentire l'accesso degli utenti unicamente al sito ufficiale dell'opera protetta, determinando così il rischio evidente di escludere il collegamento anche a siti di critica cinematografica o di libera informazione<sup>582</sup>. Evidenti sono i rischi che una posizione di questo tipo comporterebbe in punto di libertà di espressione. L'inibitoria emanata dal giudice romano non fornisce specificazioni nemmeno sotto il profilo temporale: ciò finisce per attribuire al provider un potere perpetuo di disabilitazione dei collegamenti ai siti lesivi dei diritti di sfruttamento sull'opera in questione<sup>583</sup>. La valenza *pro futuro* di tale ordine pare peraltro contrastare con il principio generale dell'assenza di un obbligo generale di controllo sui contenuti.

I rischi determinati dall'ordinanza del 22 marzo 2011 sembrano essere stati colti dal giudice di seconda istanza<sup>584</sup>. In occasione del giudizio relativo all'impugnazione

---

<sup>579</sup> MULA, *Responsabilità del motore di ricerca nel caso About Elly: fraintendimenti informatici a base di un'ordinanza (revocata) dal contenuto anomalo*, cit., <http://www.dimt.it/>.

<sup>580</sup> RICCIO, *Alla ricerca della responsabilità dei motori di ricerca*, cit., p. 764.

<sup>581</sup> Tribunale di Roma, 22 marzo 2011, in *Giurisprudenza commerciale*, 2012, 900.

<sup>582</sup> RICCIO, *Alla ricerca della responsabilità dei motori di ricerca*, cit., p. 762.

<sup>583</sup> MULA, *Responsabilità del motore di ricerca nel caso About Elly: fraintendimenti informatici a base di un'ordinanza (revocata) dal contenuto anomalo*, cit., <http://www.dimt.it/>.

<sup>584</sup> Tribunale di Roma, 11 luglio 2011, in *Rivista di diritto industriale*, 2012, 19. In proposito, E. TOSI, *La responsabilità civile per fatto illecito degli Internet Service Provider e dei motori di ricerca a margine dei recenti casi "Google Suggest" per errata programmazione del software di ricerca e "Yahoo! Italia" per "link" illecito in violazione dei diritti di proprietà intellettuale*, in *Rivista di diritto industriale*, 2012, 44, A. DI MAJO, *La responsabilità del provider tra prevenzione e rimozione*, in *Corriere Giuridico*, 2012, 551 e GIOVE, A. COMELLI, *Responsabilità del provider per mancata rimozione di link a materiale illecito*, in *Diritto industriale*, 2012, 75. Ampio spazio è stato dedicato all'ordinanza dalla comunità online. Per tutti, si vedano G. SCORZA, *Yahoo libera Google da RTI?*, in *Leggioggi.it*, 19 luglio 2011, disponibile su

dell'ordinanza, invero, il giudice osserva che tanto i principi generali in materia di onere della prova, quanto l'esigenza di valutare la sussistenza delle violazioni lamentate, impongono "alla ricorrente di fornire indicazioni circa i contenuti web dei quali richiede in via cautelare e urgente la rimozione". A maggior ragione in una situazione in cui il provvedimento cautelare finisce per incidere sulla libertà di soggetti terzi estranei al procedimento, dunque, la diffida inviata da PFA nei confronti del provider viene giudicata insufficiente al fine di determinare la conoscenza dell'illecito. La ricorrente avrebbe dovuto "fornire l'indicazione dell'indirizzo internet (URL) in cui è disponibile il filmato contestato; viceversa la P.F.A. Films s.r.l. si è limitata ad una generica denuncia della possibilità di rintracciare *online* soggetti che commettono violazioni". La seconda ordinanza emanata dal Tribunale fissa quindi una regola di condotta del provider che consente un avvicinamento al principio di certezza del diritto, in quanto viene sancita esplicitamente l'insufficienza di una generica denuncia della presenza di contenuti lesivi non meglio specificati e la conseguente necessità dell'indicazione dello specifico URL di riferimento<sup>585</sup>. Come è stato poi brillantemente osservato, l'ordinanza non fissa unicamente la necessità della parte ricorrente di dimostrare di essere titolare del diritto di cui si lamenta la violazione, ma impone altresì di dimostrare che al terzo che ha caricato il contenuto non spettasse un diritto equivalente.

Il giudice conclude l'ordinanza ribadendo come, stante il principio dell'assenza di un dovere di controllo *ex ante* sui contenuti immessi in rete, "la preventiva individuazione dei contenuti web di carattere illecito costituisce un'attività che non può certamente essere rimessa al provider, essendo viceversa tale attività il risultato di una valutazione rimessa in primo luogo al titolare del diritto che si afferma leso". Il Tribunale romano, pertanto, si avvede in tempo dell'errore commesso e riesce ad impedire l'avvento della "valanga censoria" che avrebbe potuto innescarsi in conseguenza della prima ordinanza<sup>586</sup>. Se, infatti, il giudice dell'impugnazione conferma implicitamente

---

<http://www.leggioggi.it/2011/07/19/yahoo-libera-google-da-rti/> (consultato il 7/06/2014); G. SCORZA, *Yahoo: la legge è uguale per tutti (anche per Elly!)*, in *Leggioggi*, 14 luglio, 2011, disponibile su <http://www.leggioggi.it/2011/07/14/yahoo-la-legge-e-uguale-per-tutti-anche-per-elly/> (consultato il 7/06/2014).

<sup>585</sup> GIOVE, COMELLI, *Responsabilità del provider per mancata rimozione di link a materiale illecito*, cit., p. 87.

<sup>586</sup> Di opinione radicalmente differente è invece DI MAJO, *La responsabilità del provider tra prevenzione e rimozione*, cit., p. 551 ss., il quale ritiene che la responsabilità del provider per le violazioni dei diritti d'autore perpetrate dai siti cui essi forniscono un collegamento, non possa essere messa in discussione. A parere dell'Autore, infatti, l'articolo 17 comma 3 del d.lgs. 70/2003 deve essere interpretato nel senso di imporre al provider un dovere di rimozione del contenuto e disabilitazione del collegamento allo stesso non solo nel caso di una comunicazione qualificata da parte dell'autorità competente, bensì anche nel caso in cui esso sia venuto *motu proprio* a conoscenza della violazione. Un'interpretazione differente finirebbe invero per "privare di ogni effettività il sistema di tutela delineato da d.lgs. n. 70/2003". A parere dell'Autore la responsabilità del provider si può dedurre altresì dal fatto che "esso, a seguito del servizio svolto, (...) risulta gravato di un preciso obbligo di protezione rispetto a quanti utilizzano il servizio medesimo. Gli obblighi di protezione (...) impongono a chi ne è gravato di garantire l'integrità dell'altrui sfera giuridica (...) non a seguito di una mancata prestazione (...) ma a seguito di



l'interpretazione di cui alla prima ordinanza, secondo la quale una comunicazione non qualificata è sufficiente a determinare la conoscenza effettiva del provider, esso ha comunque il merito di fissare un elemento essenziale della diffida che ne incrementi il grado di precisione<sup>587</sup>. Questa vicenda, seppur ridimensionata in ultima istanza nella sua portata rischiosa, rende palese la necessità di un intervento legislativo volto a precisare i requisiti delle notifiche degli intermediari finalizzate alla rimozione o alla disabilitazione dell'accesso ai materiali illeciti. Sia ricordato tuttavia che, a parere della dottrina maggioritaria più volte citata, la ricezione di una comunicazione da parte del privato interessato comporta unicamente il dovere del provider di darne comunicazione all'autorità competente, e non anche l'obbligo di procedere ad una rimozione diretta del contenuto lesivo.

#### VI.4 Tribunale di Milano, 7 giugno 2011. Il caso RTI c. Italia On Line

La sentenza in commento rappresenta un ulteriore esempio di applicazione della nozione di *host* provider attivo e di interpretazione della nozione di "conoscenza" dell'illecito.

La vicenda da cui ha origine la causa vede coinvolte la Reti Televisive Italiane s.p.a. e la società Italia On Line s.r.l., la quale era titolare di una piattaforma online (Portale IOL) che consentiva la condivisione di video tra gli utenti<sup>588</sup>. RTI aveva rinvenuto nella sezione *Video* del portale alcune sequenze relative a programmi tv di cui la società attrice deteneva i diritti di sfruttamento economico; essa aveva pertanto inviato al gestore della piattaforma online una diffida contenente l'indicazione dei titoli delle trasmissioni da cui erano stati tratti i video illeciti e, in assenza di una reazione da parte di IOL, aveva intentato una causa civile dinnanzi al Tribunale di Roma, lamentando la lesione dei suoi diritti connessi.

Una volta risolte in senso favorevole le questioni relative alla titolarità in capo alla ricorrente dei diritti sulle opere in oggetto e l'effettiva sussistenza delle violazioni, la corte si interroga sul punto focale della causa, ossia sulla riscontrabilità in capo alla resistente di responsabilità per la diffusione dei contenuti illeciti caricati da terzi. Ancora una volta, la questione viene risolta dal giudice di Milano riscontrando nei servizi offerti dalla resistente una serie di attività incompatibili con il ruolo di mera

---

comportamenti *omissivi* da parte di chi è gravato da tale obbligo di protezione". A parere di chi scrive, tale osservazione non è condivisibile, in quanto, come osservato *supra*, il sistema di responsabilità delineato dal d.lgs. 70/2003 attribuisce all'intermediario un dovere di diligenza professionale parametrato sui doveri comportamentali previsti dallo stesso decreto e dai codici di autoregolamentazione. Rimarrebbero così esclusi da tali parametri di diligenza gli obblighi di protezione rilevati dall'Autore.

<sup>587</sup> GIOVE, COMELLI, *Responsabilità del provider per mancata rimozione di link a materiale illecito*, cit., p. 87.

<sup>588</sup> Tribunale di Milano, 20 gennaio-7 giugno 2011, in *Diritto industriale*, 2012, 243, commentata da A. BELLAN, *Per una reasonable liability: critiche alla responsabilità oggettiva dei provider e tutela dei diritti su internet*, in *Diritto industriale*, 2012, 243 e P. PIRRUCCIO, *Diritto d'autore e responsabilità del provider*, in *Giurisprudenza di merito*, 2012, 2591 B.

intermediazione tecnica cui la direttiva e-Commerce ed il decreto di recepimento subordinano l'applicabilità delle esenzioni di responsabilità. Il Tribunale riconosce in IOL un provider attivo, la cui condotta deve essere valutata secondo i profili ordinari di responsabilità. Come è stato osservato nei paragrafi precedenti, una tale impostazione giurisprudenziale ha il merito di prendere in adeguata considerazione l'evoluzione della figura dell'intermediario nel mondo di internet e di garantire i limiti all'applicabilità della disciplina dell'esenzione di cui al "considerando" 42 della direttiva<sup>589</sup>. Tuttavia, è necessario che tale orientamento giurisprudenziale valuti adeguatamente la disciplina della responsabilità degli ISP considerata nel suo complesso, la quale, come si è detto, mira all'esclusione di una responsabilità oggettiva in capo agli ISP. Gli elementi di volta in volta presi in considerazione al fine di individuare la natura attiva di un *hosting* provider devono pertanto essere valutati con estrema attenzione, in quanto una disapplicazione arbitraria del regime di esenzione del d.lgs. 70/2003 si porrebbe in contrasto con l'intera struttura delineata dalla direttiva e dal decreto sul commercio elettronico. Nella sentenza in commento, gli elementi in base ai quali IOL era stata qualificata come *host* provider attivo erano costituiti in primo luogo dalla fornitura di un sistema di pubblicità che consentiva l'associazione di messaggi promozionali ai video degli utenti, dalla sottoscrizione di contratti con cui gli utenti concedevano al provider una licenza non esclusiva sulla riproduzione e l'adattamento dei video caricati e la riserva del diritto di rimozione degli eventuali contenuti lesivi, della predisposizione di un sistema di segnalazione degli abusi mediante i quali gli utenti che vedevano lesi i loro diritti potevano richiedere la rimozione del contenuto illecito ed infine dall'offerta di un servizio automatico volto all'indicazione automatica di video correlati a quello visualizzato dall'utente. Un'analisi dettagliata di tali elementi fa emergere l'inidoneità di questi a squalificare IOL dal ricorso alle esenzioni di cui agli articoli 14-16<sup>590</sup>. In

---

<sup>589</sup> Un'interpretazione più rigorosa viene offerta da A. TROTTA, *Responsabilità del provider per riproduzione di video televisivi: il caso Yahoo*, in *Diritto industriale*, 2011, 559, il quale ritiene che le eccezioni di cui alla direttiva si riferiscano unicamente all'attività di *mere conduit* e *caching*, e non anche a quella di *hosting*. Il "considerando" si riferisce infatti al caso in cui il prestatore "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 allo scopo di rendere più efficace la trasmissione". Tale attività non potrebbe invero riferibile al servizio di *hosting*. La condotta di quest'ultimo sarebbe dunque determinata unicamente sulla base dell'articolo 14 e del "considerando" 46 della direttiva. Della stessa opinione anche BUGIOLACCHI, *Evoluzione dei servizi di hosting provider, conseguenze sul regime di responsabilità e limiti dell'attuale approccio case by case*, cit., 1996. Secondo quest'Autore è ipotizzabile che il legislatore comunitario avesse "implicitamente ritenuto che i servizi di *hosting* (...) postulino, per il loro stesso efficiente funzionamento, interventi anche non meramente passivi". Tale impostazione sarebbe peraltro confermata dal "considerando" 43, il quale fa esplicito riferimento alle sole attività di *hosting* e *caching*. A parere di chi scrive, tuttavia, se le deroghe al regime delle esenzioni di responsabilità fossero riferite unicamente a *mere conduit* e *caching*, il legislatore comunitario lo avrebbe specificato. Inoltre è necessario osservare come la stessa Corte di Giustizia, nella sentenza C- 236/08, si riferisce proprio al "considerando" 42 per valutare l'applicabilità delle esenzioni di responsabilità di cui all'articolo 14 della direttiva al provider Google (par. 113).

<sup>590</sup> BELLAN, *Per una reasonable liability: critiche alla responsabilità oggettiva dei provider e tutela dei diritti su internet*, cit., 256.

primo luogo, lo stesso Tribunale riconosce come il servizio di associazione di contenuti pubblicitari ai video e di indicazione dei filmati correlati avviene mediante un procedimento automatico, tale da escludere i requisiti della conoscenza e del controllo del provider rispetto ai contenuti trasmessi. Inoltre, se è vero che il provider, mediante la sottoscrizione di apposite clausole contrattuali e l'offerta di un servizio di segnalazione degli abusi, offre il suo impegno a verificare l'illegittimità dei contenuti segnalati dagli utenti, è necessario notare che solo un'apposita comunicazione può mettere l'ISP nella condizione di conoscere l'illecito ed esercitare un controllo successivo<sup>591</sup>. A tal fine non è dunque sufficiente la mera messa a disposizione del servizio. In conclusione, la decisione del Tribunale di Milano necessita di essere censurata per la sua imprecisione: l'attribuzione ad un ISP della qualifica di *host* provider attivo può essere giustificata, invero, unicamente dalla sussistenza di elementi che esplicitino la conoscenza ed il controllo dell'intermediario in ordine ai contenuti trasmessi<sup>592</sup>.

Altro punto critico della decisione è quello relativo all'interpretazione del requisito di conoscenza dell'illecito. Il giudice di Milano osserva infatti che, a prescindere dalla sua natura attiva o passiva, al provider va comunque applicata la disposizione dell'articolo 17 d.lgs. 70/2003<sup>593</sup>. A tal proposito, esso ritiene che la diffida indirizzata da RTI al provider fosse sufficiente a determinare la conoscenza dello stesso in ordine all'illecito, in quanto la mancata specificazione dei filmati lesivi avrebbe potuto essere facilmente compensata mediante una ricerca attiva del provider per mezzo dei suoi motori di ricerca. Il giudice milanese, rilevando l'inattività del provider a seguito della diffida della ricorrente, attribuisce ad IOL la responsabilità per le violazioni perpetrate mediante i video ospitati.

Prima di valutare la decisione del Tribunale milanese, è necessario dare atto di una precisazione offerta dalla dottrina in merito all'interpretazione dell'articolo 17 commi 2 e 3. Invero, l'articolo in questione pare graduare i doveri di collaborazione del provider a seconda dell'intensità della consapevolezza dell'illecito: se il comma 2 riguarda i casi in cui il contenuto sia solo presuntivamente lesivo, disponendo un mero obbligo di comunicazione all'autorità, il comma 3 tratta i casi in cui tale illiceità acquisti profili di maggior certezza, e prevede una vera e propria ipotesi di responsabilità nei confronti

---

<sup>591</sup> BELLAN, *Per una reasonable liability: critiche alla responsabilità oggettiva dei provider e tutela dei diritti su internet*, cit., 256.

<sup>592</sup> BELLAN, *Per una reasonable liability: critiche alla responsabilità oggettiva dei provider e tutela dei diritti su internet*, cit., 256.

<sup>593</sup> Tribunale di Milano, 20 gennaio-7 giugno 2011, cit., p. 251. Soffermandosi sull'analisi della disciplina degli *host* provider, il giudice sembra offrire una lettura dell'articolo 16 coerente con l'interpretazione offerta dalla più volte citata dottrina maggioritaria. Esso precisa infatti che "l'informazione sulla presenza di diritti di terzi determina comunque l'insorgenza di obblighi di attivazione per il prestatore di servizi, ancor prima della ricezione da parte dell'autorità giudiziaria od amministrativa dell'ordine di rimozione del contenuto illecito – quale l'obbligo di informazione dell'autorità competente ai sensi del c. 3 dell'art 17".

dell'ISP che ometta di collaborare<sup>594</sup>. Come visto, il giudice ha ritenuto sufficiente la diffida di RTI al fine di determinare un grado di conoscenza dell'illecito qualificabile entro l'ambito di applicazione dell'articolo 17 comma 3. Tale pronuncia deve essere contestata sotto un duplice aspetto: innanzitutto, una diffida che contenga unicamente l'indicazione dei titoli delle trasmissioni oggetto dei diritti violati sembrerebbe idonea al più a determinare in capo all'intermediario la conoscenza di contenuti presuntivamente illeciti di cui all'articolo 17 comma 2, in quanto renderebbe indispensabile un'ulteriore attività di ricerca da parte dell'ISP. In nessun caso una notifica tanto generica potrebbe dunque innescare l'ipotesi di responsabilità indicata al comma 3<sup>595</sup>. Inoltre, anche a seguito di una ricerca dei contenuti illeciti mediante il ricorso ai motori di ricerca forniti dallo stesso provider, IOL si troverebbe nella situazione di dover operare una valutazione per distinguere i contenuti lesivi da quelli invece perfettamente leciti: tale onere, oltre a risultare difficilmente sostenibile in termini di forza lavoro e costi, finirebbe per attribuire ancora una volta all'intermediario privato il delicato compito di valutare la natura illecita del contenuto.

Anche in questo caso, quindi, la decisione del Tribunale circa la disapplicazione del regime di esenzione pare avventata. Il giudice, infatti, ritenendo di poter estendere la responsabilità del provider in presenza di meri servizi ulteriori rispetto alla semplice attività di *hosting*, finisce per ripristinare in via applicativa il regime di responsabilità oggettiva che il legislatore nazionale e comunitario hanno voluto escludere. Di conseguenza, il necessario bilanciamento tra gli interessi coinvolti impone alle corti di agire con ponderazione e di ricorrere alla nozione di *host* provider attivo solo qualora le circostanze lo rendano necessario. Parallelamente, sarebbe utile l'indicazione da parte del legislatore di requisiti di efficacia della notificazione dell'illecito, così da rendere la stessa più circostanziata e precisa e favorire così una collaborazione tra le parti.

VI.5 Tribunale di Milano, 9 settembre 2011. Il caso RTI c. Yahoo! Italia s.r.l.

La pronuncia in commento costituisce un caso speculare rispetto alla pronuncia RTI c. Italia On Line appena trattata.

Il caso di specie vede coinvolta ancora una volta la società RTI, la quale aveva individuato nella sezione *Video* del Portale Yahoo! numerose sequenze di trasmissioni tv in relazione alle quali essa deteneva diritti di sfruttamento economico. RTI aveva inviato una diffida alla società Yahoo! Italia s.r.l., titolare del portale in questione, nella quale essa indicava unicamente i titoli dei programmi tv oggetto della violazione. Non

---

<sup>594</sup> BELLAN, *Per una reasonable liability: critiche alla responsabilità oggettiva dei provider e tutela dei diritti su internet*, cit., 258.

<sup>595</sup> BELLAN, *Per una reasonable liability: critiche alla responsabilità oggettiva dei provider e tutela dei diritti su internet*, cit., 258.

avendo ottenuto alcuna reazione da parte dell'intermediario, RTI aveva dunque intentato un procedimento giurisdizionale dinanzi al Tribunale di Milano<sup>596</sup>.

Nel valutare la questione, il giudice milanese applica il medesimo schema seguito nel procedimento nei confronti di Italia On Line: in primo luogo, esso accerta la tutelabilità dei diritti connessi sui programmi televisivi indicati alla luce degli articoli 78-ter e 79 l.d.a., la titolarità di RTI in capo agli stessi e la presenza dei contenuti illeciti sulla piattaforma offerta da Yahoo. Passa poi all'analisi della questione centrale, ossia della sussistenza di responsabilità in capo al provider per i contenuti illeciti caricati da terzi: a tal proposito, il Tribunale ripercorre il medesimo procedimento logico seguito solo pochi mesi prima ed attribuisce al provider Yahoo! la qualifica di *host* provider attivo. Ancora una volta, il giudice riscontra la deriva ingenerata e atecnica della condotta dell'intermediario nella predisposizione da parte di quest'ultimo di un servizio di pubblicità che consentiva di associare in automatico gli annunci ai video ospitati, nella riserva contrattuale del diritto di "visualizzare, rappresentare, riprodurre e distribuire i Contenuti Video su ogni formato media" e del diritto di "provvedere all'immediata rimozione dei Contenuti Video (...) ove la società – a sua esclusiva discrezione – rilevasse violazione dei diritti di Yahoo! o di terzi" ed infine nell'offerta di un servizio di segnalazione dell'abuso e di suggerimento dei video correlati a quello visualizzato. A parere del giudice, l'offerta di servizi di questo tipo sarebbe incompatibile con il ruolo "meramente tecnico, automatico e passivo" cui il "considerando" 42 della direttiva sul commercio elettronico subordina l'applicabilità delle esenzioni di responsabilità. L'organo giudicante conclude quindi il suo ragionamento ritenendo di dover applicare a tale fattispecie le regole ordinarie in materia di responsabilità civile. La corte ribadisce poi che, a prescindere dalla natura di *host* provider, ad esso vada comunque applicato l'articolo 17, stante "l'impossibilità anche per il prestatore di servizi che fornisca *hosting* attivo di poter procedere ad una verifica preventiva del materiale immesso quotidianamente dagli utenti".

Al fine poi di valutare la sussistenza delle ipotesi di responsabilità di cui all'articolo 17 comma 3, il giudice ritiene che la generica diffida inviata da RTI sia sufficiente a determinare la conoscenza dell'intermediario in ordine all'esistenza dell'illecito. Esso quindi, riscontrando l'assenza di collaborazione da parte di Yahoo!, conclude per la responsabilità di questo per i contenuti illeciti ospitati.

La pronuncia in commento, rappresentando una sentenza-fotocopia di quella risalente a pochi mesi prima, pone nuovamente le problematiche sorte con riguardo al caso RTI c.

---

<sup>596</sup> Tribunale di Milano, 9 settembre 2011, in Rivista di diritto industriale, 2011, 364, commentata da A. SARACENO, *Note in tema di violazione del diritto d'autore tramite Internet: la responsabilità degli Internet Service Provider*, in Rivista di Diritto Industriale, 2011, 375; A. TROTTA, *Responsabilità del provider per riproduzione di video televisivi: il caso Yahoo*, in Diritto industriale, 2011, 559; A. MANTELERO, *Caso R.T.I. c. Yahoo: il Tribunale di Milano insiste sull'idea di hosting attivo. Repetita iuvant?*, disponibile su <http://ictlawanddataprotectionit.wordpress.com/2011/09/17/caso-r-t-i-c-yahoo-il-tribunale-di-milano-insiste-sullideia-di-hosting-attivo-repetita-iuvant/> (consultato il 8/07/2014).

IOL. Il Tribunale di Milano, dunque, non si avvede del suo errore ed offre nuovo slancio alla tendenza giurisprudenziale ad estendere arbitrariamente i profili di responsabilità degli intermediari online.

#### VI.6 Tribunale di Milano, 25 maggio 2013

Un ulteriore esempio di applicazione giurisprudenziale della qualifica di *host provider* attivo si trova nell'ordinanza emanata dal Tribunale di Milano il 25 maggio 2013<sup>597</sup>. La vicenda prende avvio dal fatto che i titolari di due enti no profit, volti alla difesa dell'infanzia e alla promozione del benessere sociale in Italia e nel mondo, avevano rilevato che, digitando i nomi delle due associazioni sulla striscia di ricerca di Google, si ottenevano come risultato della ricerca frasi offensive. I rappresentanti degli enti avevano richiesto al motore di ricerca di rimuovere, nell'ambito dei servizi "Google Autocomplete" e "Ricerche Correlate", i termini offensivi associati alle denominazioni degli enti. A tal riguardo, Google aveva adempiuto solo parzialmente alle richieste, in quanto aveva proceduto alla rimozione delle associazioni ai termini "truffatore" e "truffa" unicamente a partire dall'anno 2013 ed aveva ommesso di intervenire sul collegamento ai termini "setta" e "plagio". Insoddisfatti della reazione del provider, gli interessati avevano adito il giudice milanese, richiedendo in via cautelare la rimozione di tutti i collegamenti con termini come "truffa", "plagio", "setta" e sinonimi.

Il giudice di prime cure, tuttavia, aveva rigettato la richiesta attorea per difetto di *fumus boni iuris*<sup>598</sup>. Nel valutare la sussistenza di responsabilità in capo a Google, il Tribunale aveva chiarito che l'applicabilità delle esenzioni di cui al d.lgs. 70/2003 non poteva essere esclusa sulla base dell'offerta dei servizi "Google Autocomplete" e "Ricerche Correlate". Secondo la ricostruzione del giudice, infatti, il primo riproduce le richieste maggiormente effettuate dagli utenti mediante un calcolo statistico, mentre il secondo fornisce l'indicazione delle pagine web indicizzate e rese accessibili dal motore di ricerca a partire dalle parole chiave inserite. I termini suggeriti da questi servizi, pertanto, sarebbero frutto di un procedimento algoritmico del tutto automatico, che escluderebbe ogni influenza dello stesso provider.

Il giudice, dunque, una volta accertata l'applicabilità in astratto delle esenzioni di cui agli articoli 14-16 del d.lgs. 70/2003, era passato alla concreta valutazione delle stesse: qualificando il motore di ricerca come *caching provider* e rilevando la neutralità della sua condotta, esso aveva risolto in senso positivo tale questione.

Il giudicante aveva poi proseguito il suo ragionamento prendendo in considerazione l'applicabilità delle ipotesi di responsabilità di cui all'articolo 17: esso aveva offerto una

---

<sup>597</sup> Tribunale di Milano, 25 maggio 2013, *Responsabilità civile e previdenza*, 2013, 1996, commentata da BUGIOLACCHI, *Evoluzione dei servizi di hosting provider, conseguenze sul regime di responsabilità e limiti dell'attuale approccio case by case*, in *op. loc. cit.*

<sup>598</sup> Tribunale di Milano, 25 marzo 2013, *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2013, 152, commentata da T. SCANNICCHIO, *Il provider non risponde degli accostamenti diffamatori prodotti automaticamente dal motore di ricerca*, in *op. loc. cit.*

corretta interpretazione dello stesso e, preso atto dell'assenza di un dovere di spontanea attivazione del provider per la rimozione dei contenuti illeciti in assenza di un apposito ordine dell'autorità competente, aveva escluso la responsabilità di Google.

Gli attori hanno però impugnato il provvedimento, offrendo così occasione al Tribunale di Milano di tornare sui suoi passi e dare ancora una volta una lettura fuorviante del regime di responsabilità degli internet service provider.

Innanzitutto, il giudice offre una nuova qualificazione del motore di ricerca, rigettando la sua natura di *caching* provider e riconoscendo nel servizio offerto un'attività di *hosting*<sup>599</sup>. Esso poi, rifacendosi alle deroghe di cui al "considerando" 42 della direttiva e-Commerce e all'interpretazione della Corte di Giustizia<sup>600</sup>, si interroga sull'idoneità dei servizi "Autocomplete" e "Ricerche Correlate" ad escludere un ruolo meramente tecnico ed automatico del provider e a squalificarlo così dall'applicazione delle esenzioni. È a questo proposito che la pronuncia del Tribunale di Milano acquista il suo profilo più grottesco: il giudice infatti, pur riconoscendo il carattere automatico di tali servizi, esclude la neutralità della condotta di Google. Nelle parole dello stesso Tribunale, "l'automatismo del *software* che produce l'aggregazione di parole non è sinonimo di neutralità dell'ISP, a cui vanno interamente attribuite (...) sia le iniziali scelte tecniche e imprenditoriali dell'attivazione delle funzioni *de quibus* - come si è detto non necessarie alla semplice memorizzazione dei contenuti - sia le concrete aggregazioni di parole nella tendina Autocomplete o nell'elenco Ricerche correlate". L'organo giudicante dunque, ben lontano dal riscontrare nell'attività concretamente svolta da Google elementi da cui si possa dedurre la sua conoscenza o il suo controllo sulle informazioni veicolate, lo qualifica come *host* provider attivo in considerazione dell'offerta di meri servizi aggiuntivi. Tale attitudine è ben esemplificata nel passaggio in cui il giudice afferma che "[l]e funzioni appena descritte, lungi dal risultare essenziali per la fornitura dei servizi di trasporto e memorizzazione dei contenuti, costituiscono funzionalità aggiuntive che arricchiscono il motore di ricerca Google, rendendolo evidentemente più interessante e appetibile rispetto a motori meno accessoriati". Mai il giudice inferisce dall'offerta di tali servizi la sussistenza di conoscenza e controllo, indispensabili ai fini della deroga di cui al "considerando" 42. L'unica argomentazione addotta dal giudice si fonda sul fatto che i suddetti servizi, seppur funzionanti in modo automatico, sono comunque frutto di un meccanismo ideato da Google, di una sua scelta tecnica. Tale argomentazione, tuttavia, anche alla luce dei richiami alla prudenza di cui

---

<sup>599</sup> Il Tribunale di Milano, rinviando all'ordinanza 23/03/2011 dello stesso organo giudicante, qualifica il motore di ricerca come una banca dati cui è associato un *software*. A parere del giudice, essi "sono vere e proprie raccolte di dati, informazioni, opere, consultabili attraverso la digitazione di parole chiave (...). In tale ambito Google si pone come *hosting* provider, in quanto offre un servizio consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da terzi". Tale qualificazione contrasta tuttavia con quanto sancito con la decisione del 22 marzo 2011 dello stesso Tribunale, il quale ha qualificato il motore di ricerca come *caching* provider.

<sup>600</sup> Corte di Giustizia, 23 marzo 2010, par. 113.

al testo dell'ordinanza stessa<sup>601</sup>, non sembra sufficiente a giustificare una deroga al regime ordinario. Tale argomentazione non sembra peraltro generalmente condivisa dalla giurisprudenza, viste le posizioni espresse dallo stesso giudice di prime cure e dal Tribunale di Pinerolo<sup>602</sup>.

In questo modo, il giudice, che riscontra peraltro la responsabilità di Google per la sua inerzia a seguito della segnalazione degli attori, si macchia ancora una volta di indebita estensione della responsabilità degli intermediari online.

#### VI.7 Il caso Delta TV c. YouTube

Il caso più recente di applicazione della nozione di *host* provider attivo si riscontra invece nel caso dell'ordinanza cautelare emanata dal Tribunale di Torino nell'ambito della controversia Delta TV Programs s.r.l. c. YouTube LLC<sup>603</sup>. La prima, lamentando la presenza sul canale video di proprietà di Google di alcune *telenovelas* di cui la società televisiva deteneva i diritti, aveva inviato a YouTube una diffida contenente un generico riferimento ai titoli dei contenuti lesivi. Non ottenendo alcuna reazione da parte del provider, Delta TV aveva così richiesto al giudice l'emanazione di un ordine inibitorio nei confronti della stessa e la condanna al pagamento di una penale. Dal canto suo, YouTube aveva rivendicato l'assenza di un obbligo generale di sorveglianza sui contenuti trasmessi ed aveva affermato di aver rimosso i contenuti lesivi non appena essa, mediante la ricezione della notifica del ricorso, aveva preso conoscenza dei relativi URL da parte dell'istante.

Il Tribunale di Torino, escludendo sia l'esistenza in capo a YouTube di un dovere di accertare previamente la titolarità dei diritti d'autore in capo agli *uploader*, sia la "conoscenza dell'illecito" di cui all'articolo 16 del d.lgs. 70/2003, aveva quindi rigettato la richiesta cautelare dell'istante. Il giudice torinese aveva tuttavia affermato che tale decisione discendeva dall'impossibilità di qualificare YouTube come *host* provider attivo, stante l'insufficienza di prove allo stato degli atti; egli aveva completato la sua decisione chiarendo come l'istruttoria e la trattazione della causa di merito avrebbero

---

<sup>601</sup> Tribunale di Milano, 25 maggio 2013: "In tale panorama, già chiaramente indicativo di un'attenzione al contenimento delle ipotesi di esonero di responsabilità, non può essere trascurato il carattere evidentemente eccezionale della scelta legislativa di escludere la responsabilità del prestatore di servizi, che si pone in una logica diametralmente opposta al generale sistema di attribuzione della responsabilità civile da fatto illecito. L'eccezionalità della previsione deve necessariamente indurre a considerare le disposizioni di cui agli artt. 14, 15, 16 di stretta applicazione, senza la possibilità di interpretazioni estensive delle medesime".

<sup>602</sup> Tribunale di Pinerolo, 2 maggio 2012, *Responsabilità civile e previdenza*, 2013, 234, commentata da G. CITARELLA, *Algoritmi e responsabilità civile*. La pronuncia in questione, sempre relativa ad un caso di supposta diffamazione per mezzo del servizio "Google Autocomplete", ha escluso che le attività di memorizzazione e successiva riproposizione dei termini di ricerca inseriti dagli utenti nell'ambito del servizio offerto, sia tale da escludere la neutralità della sua condotta, e dunque l'applicabilità delle esenzioni di responsabilità.

<sup>603</sup> Tribunale di Torino, 5 maggio 2014, *Delta TV Programs s.r.l. a YouTube LLC* (R.G. n. 38113/13), inedita.



dovuto verificare nel concreto l'esistenza di elementi tali da escludere la natura meramente tecnica, automatica e passiva dell'attività di YouTube, lasciando così intravedere la possibilità di un capovolgimento della decisione<sup>604</sup>. Il Tribunale aveva escluso peraltro la possibilità di disporre un'inibitoria *pro futuro*, rilevando come una decisione di questo tipo contrasterebbe con la suddetta assenza di un dovere di controllo preventivo e reputando sufficiente la predisposizione da parte del sito web di un sistema di c.d. *Content ID*<sup>605</sup>, idoneo ad individuare *ex ante* i file lesivi su istanza del titolare dei diritti.

Tuttavia il Tribunale, in sede di reclamo, ha capovolto quanto stabilito con la decisione in commento, ordinando a YouTube di rimuovere i contenuti lesivi e di impedire l'ulteriore diffusione dei file già rimossi. Tale ultimo ordine, a parere del giudice, non sarebbe in contrasto con il divieto di imporre un dovere generale di sorveglianza, in quanto avrebbe ad oggetto i soli contenuti specificamente indicati dagli utenti e già rimossi dal provider. A tal fine, il Tribunale ordina a YouTube, nell'ambito del funzionamento del servizio *Content ID*, di individuare a sue spese i *reference files* relativi ai contenuti segnalati, necessari al suo funzionamento. L'organo giudicante dunque, andando a rinfoltire le fila delle pronunce in tema di *host* provider attivo, esclude l'applicabilità dei *safe harbor* dalla fattispecie in questione, qualificando YouTube come un *hosting* di nuova generazione: in ragione dei servizi concretamente offerti, infatti, questi opererebbe una vera e propria manipolazione dei contenuti<sup>606</sup>.

Se, da un lato, questa recente decisione presenta una novità sotto il profilo della concreta indicazione delle modalità di esplicazione del controllo *pro futuro*, dall'altro essa, aggiungendosi alle numerose pronunce in tema di *hosting* attivo, contribuisce a rendere meno chiari i profili della responsabilità degli internet provider.

## VI.8 La pronuncia della Cassazione penale sul caso Pirate Bay

È opportuno a questo punto deviare dall'impostazione prettamente civilistica seguita sino ad ora per fare cenno al caso "The Pirate Bay", relativo al profilo penalistico della responsabilità degli intermediari online. Questa decisione si profila d'interesse ai nostri fini in quanto, prendendo avvio da un'ordinanza cautelare del GIP presso il Tribunale di

---

<sup>604</sup> Sul punto, E. MARTINI, *Il Tribunale di Torino sulla responsabilità dell'Internet Service Provider*, in *Lexology*, disponibile su <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=5adb6c7f-c306-4d19-b5b1-df51622eee66> (consultato il 28/07/2014).

<sup>605</sup> Il sito di YouTube lo definisce come "uno strumento sviluppato per consentire ai titolari di copyright di identificare e gestire facilmente il copyright dei propri contenuti su YouTube. I video caricati su YouTube vengono esaminati e confrontati con un *database* di file che abbiamo ricevuto dai proprietari di contenuti. Spetta al titolare del copyright decidere come procedere nel caso in cui i contenuti di un video di YouTube corrispondano a una delle sue opere. In tal caso, il video riceve una [rivendicazione di Content ID](https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=it)", disponibile su <https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=it> (consultato il 28/07/2014).

<sup>606</sup> G. MARINO, *Youtube e copyright, il Tribunale di Torino aggiunge un nuovo capitolo alla saga*, in *L'ora legale*, 21 luglio 2014, disponibile su <http://oralegale.corriere.it/2014/07/21/youtube-e-copyright-il-tribunale-di-torino-aggiunge-un-nuovo-capitolo-alla-saga/> (consultato il 29/07/2014).

Bergamo, essa ha dato occasione alla Cassazione penale di pronunciarsi in merito alla questione delle ingiunzioni cautelari indirizzate agli ISP.

Il caso riguarda il sito di *file sharing* svedese “www.thepiratebay.org”, il quale consentiva lo scambio di materiale protetto da diritto d’autore mediante il ricorso a protocolli *peer-to-peer*. Come già chiarito nel primo capitolo, tali sistemi consentono la condivisione di file audiovisivi mediante l’interconnessione tra utenti, i quali sono al contempo fornitori e fruitori dei contenuti scambiati. In tale complessa architettura, ogni utilizzatore ha pari grado ed acquista tanto un ruolo passivo (attività di *download*), quanto un ruolo attivo (attività di *upload*) nello scambio dei file<sup>607</sup>.

Il GIP di Bergamo, una volta stabilita la responsabilità del gestore del sito per favoreggiamento della violazione del diritto d’autore, ne aveva ordinato il sequestro preventivo ed aveva disposto che tutti gli internet service provider operanti sul territorio nazionale inibissero ai propri utenti l’accesso a tale indirizzo, conformemente a quanto disposto dagli articoli 14 e 15 comma 3 d.lgs. 70/2003<sup>608</sup>. In sede di riesame, poi, tale ordinanza era stata annullata: il giudice, pur riconoscendo la sussistenza di *fumus commissi delicti* in relazione all’attività svolta dal sito, aveva rilevato un vizio nella disposizione del sequestro preventivo. Le misure cautelari nel processo penale sono rigidamente tipizzate, pertanto non sarebbe possibile ordinare un provvedimento cautelare in casi diversi da quelli previsti. Nello specifico, il sequestro preventivo è connotato da una natura reale, risolvendosi nell’apposizione di un vincolo sulla *res*: a parere del Tribunale del Riesame, tale carattere mal si sarebbe conciliato con l’ordine del GIP rivolto agli ISP, il quale avrebbe modificato l’ambito di incidenza del provvedimento da quello reale a quello obbligatorio<sup>609</sup>.

Oggetto poi di ulteriore ricorso, l’ordinanza del Tribunale di Bergamo ha dato corso ad una pronuncia della Cassazione penale. In primo luogo, la Suprema Corte ha confermato la sussistenza di *fumus commissi delicti* in ordine alla violazione del diritto di riproduzione delle opere protette. La legge 633/1941 prevede invero due differenti fattispecie relative al reato di diffusione non autorizzata dell’opera: la prima, indicata all’articolo 171, comma 1, lett. *a-bis*) va a colpire la messa a disposizione dell’opera senza scopo di lucro<sup>610</sup>, mentre la seconda, indicata all’articolo 171-*ter*, comma 2, lett.

---

<sup>607</sup> MERLA, *Diffusione abusiva di opere in internet e sequestro preventivo del sito web: il caso “The Pirate Bay”*, cit., pp. 449-450.

<sup>608</sup> Tribunale di Bergamo, 1 agosto 2008.

<sup>609</sup> Tribunale di Bergamo, 24 settembre 2008, in *Diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2009, 260, commentata da G. CORRIAS LUCENTE, *Abnormalità del sequestro preventivo consistente nel divieto di accesso ad un sito web*.

<sup>610</sup> Articolo 171 l. 633/1941: “Salvo quanto disposto dall’art. 171-*bis* e dall’articolo 171-*ter* è punito con la multa da euro 51 a euro 2.065 chiunque, senza averne diritto, a qualsiasi scopo e in qualsiasi forma: *a-bis*) mette a disposizione del pubblico, immettendola in un sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi genere, un’opera dell’ingegno protetta, o parte di essa”.

a-bis), riguarda la trasmissione dell'opera in rete per fini lucrativi<sup>611</sup>. I giudici di merito, prendendo in considerazione le inserzioni pubblicitarie a pagamento, avevano ritenuto di applicare quest'ultima fattispecie.

Tuttavia, la peculiare struttura del sistema *peer-to-peer* porta ad escludere che la disponibilità e la messa in circolazione dell'opera protetta sia riferibile al sito stesso: piuttosto, il reato di cui all'articolo 171-ter, comma 2, lett. a-bis) sarebbe ascrivibile ai soggetti che effettuano l'*upload*<sup>612</sup>. La corte passa quindi alla valutazione dell'eventuale coinvolgimento del sito web nella condotta lesiva degli utenti autori dell'*upload*, la quale sarebbe peraltro esclusa nel caso in cui il sito si limitasse a mettere a disposizione il protocollo di comunicazione tra gli utenti. L'analisi dell'attività concretamente svolta dal sito consente però di evidenziare il fatto che esso ecceda tale ruolo, offrendo un servizio di indicizzazione delle informazioni essenziali al fine di orientare gli utenti verso il *download* dei contenuti<sup>613</sup>. "The Pirate Bay" funge invero da motore di ricerca volto ad indicare agli utenti l'indirizzo IP identificativo del server sul quale è collocato il materiale da scaricare. Nelle parole della Suprema Corte, tale attività costituisce un *quid pluris* rispetto alla mera condotta agnostica, così che il contegno del provider può essere qualificato come concorso nell'illecito altrui *ex* articolo 110 del codice penale. La corte conclude dunque per l'astratta configurabilità del reato di cui all'articolo 171-ter, comma 2, lett. a-bis).

I giudici di legittimità si trovano poi a valutare la legittimità del provvedimento cautelare annullato in sede di riesame, alla luce del principio di tipicità di cui al codice di procedura penale. Per analizzare la questione, la Cassazione osserva come la natura reale del sequestro non comporti necessariamente la sua riferibilità ad una sola *res* materiale. Inoltre, a dire della stessa Relazione al progetto preliminare al codice di procedura penale, tale misura cautelare non mira semplicemente a sottrarre la disponibilità della cosa pertinente al reato a chi la detiene, ma tende piuttosto ad inibire il proseguimento dell'illecito. Appare così evidente che "nel sequestro preventivo c'è

---

<sup>611</sup> Articolo 171-ter l. 633/1941: 2. "È punito con la reclusione da uno a quattro anni e con la multa da da euro 2.582 a euro 15.493 chiunque: a-bis) in violazione dell'art. 16, a fini di lucro, comunica al pubblico immettendola in un sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi genere, un'opera dell'ingegno protetta dal diritto d'autore, o parte di essa".

<sup>612</sup> Cassazione penale sez. III, 23 dicembre 2009 n. 49437, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, 437, commentata da MERLA, *Diffusione abusiva di opere in internet e sequestro preventivo del sito web: il caso "The Pirate Bay"*, in *op. loc. cit.* e L. CUOMO, *La Cassazione affonda la Baia dei pirati*, in *Cassazione penale*, 2011, 1102. In proposito, anche G. NEGRI, *Cassazione: mano pesante sui siti che violano il diritto d'autore*, in *Il Sole 24 Ore*, 23 dicembre 2009, disponibile su <http://www.ilsole24ore.com/art/SoleOnLine4/Norme%20e%20Tributi/2009/12/cassazione-sentenza-diritto-autore.shtml> (consultato il 12/07/2014); G. BOTTÀ, *Cassazione: la Baia si può sequestrare*, in *Puntoinformatico.it*, 24 dicembre 2009, disponibile su <http://puntoinformatico.it/2778015/PI/News/cassazione-baia-si-puo-sequestrare.aspx> (consultato il 12/07/2014).

<sup>613</sup> Secondo parte della dottrina, la figura dell'aggregatore di contenuti (quale ad esempio il sito web in questione) sarebbe comparabile a quella del *content* provider, così che esso potrebbe essere chiamato a rispondere direttamente della diffusione delle opere tutelate. Così MERLA, *Diffusione abusiva di opere in internet e sequestro preventivo del sito web: il caso "The Pirate Bay"*, cit., pp. 451-452.

anche un inevitabile contenuto inibitorio di attività per il solo fatto che per effetto della misura cautelare siano precluse quelle attività che richiedono la disponibilità della cosa”, senza che ciò vada peraltro a compromettere la natura reale del provvedimento<sup>614</sup>. Anche nel caso di specie, pertanto, “c’è indubbiamente un risvolto della misura cautelare che può essere riguardato come un’inibitoria a proseguire in tale attività penalmente illecita. Ma si rimane nell’ambito del sequestro preventivo che investe direttamente la disponibilità del sito web e che, solo come conseguenza, ridonda anche in inibizione di attività”. L’inibitoria aggiuntiva, dunque, non compromette il *numerus clausus* delle misure cautelari.

Se sino a questo punto la posizione espressa dalla corte appare ragionevole e condivisibile, le cose cambiano non appena i giudici di legittimità prendono in considerazione la legittimità del provvedimento inibitorio diretto agli internet service provider. L’organo decidente, infatti, ritiene che l’ordine di impedire l’accesso al sito incriminato sia giustificabile sulla base del dettato degli articoli 14 comma 3, 15 comma 3 e 16 comma 3 del d.lgs. 70/2003, i quali prevedono che l’Autorità Giudiziaria possa prevedere, anche in via d’urgenza, che il prestatore impedisca o ponga fine alle violazioni commesse. A parere della corte tali disposizioni, in combinato disposto con l’articolo 17 del decreto di recepimento, attribuirebbero all’autorità giudiziaria penale un potere inibitorio “avente il contenuto di un ordine ai provider dei servizi suddetti di precludere l’accesso alla rete informatica Internet al solo fine di impedire la prosecuzione della perpetrazione del reato di cui all’art. 171 ter, comma 2, lett. a-bis)”. Tale potere sarebbe temperato unicamente dal principio di proporzionalità tra limitazione dell’accesso e perseguimento dei reati, di cui all’articolo 5, comma 2, lett. b) del d.lgs. 70/2003. Come anticipato, tale conclusione appare fortemente criticabile: se, da un lato, essa riconosce l’assenza di un dovere di sorveglianza preventiva, l’ampia portata del provvedimento inibitorio cui offre legittimazione rischia di reintrodurre tale dovere in via indiretta. Seguendo questa via, infatti, il ruolo del provider non si risolve in una mera collaborazione con l’autorità, quanto piuttosto nella predisposizione di un’effettiva sorveglianza preventiva finalizzata ad impedire la trasmissione di contenuti illeciti mediante i propri server<sup>615</sup>. Peraltro, se si considera che il sistema di filtraggio imposto agli ISP è facilmente aggirabile dagli utenti mediante il ricorso a *proxy* stranieri o a DNS differenti rispetto a quelli automaticamente forniti dal provider, si finisce per mettere in discussione la stessa proporzionalità del provvedimento<sup>616</sup>. I costi della prevenzione della pirateria online, dunque, anziché essere sostenuti dai titolari dei

---

<sup>614</sup> Cassazione penale sez. III, 23 dicembre 2009 n. 49437, cit.

<sup>615</sup> Così MERLA, *Diffusione abusiva di opere in internet e sequestro preventivo del sito web: il caso “The Pirate Bay”*, cit., p. 461. Di diversa opinione sembra invece CUOMO, *La Cassazione affonda la Baia dei pirati*, cit., p. 1110, il quale, rivendicando la liceità dell’inibitoria rivolta agli internet provider, non sembra rilevare la sua incompatibilità con il principio dell’assenza di un dovere di controllo preventivo.

<sup>616</sup> Così CUOMO, *La Cassazione affonda la Baia dei pirati*, cit., 1111 e MERLA, *Diffusione abusiva di opere in internet e sequestro preventivo del sito web: il caso “The Pirate Bay”*, cit., p. 460.

diritti, sarebbero attribuiti ai service provider, i quali vedrebbero così ostacolata la propria libertà d'impresa<sup>617</sup>. In proposito, l'AiIP – Associazione Italiana Internet Provider ha osservato come l'unico provvedimento cautelare emanabile in questa fattispecie sarebbe stato il sequestro del sito stesso mediante rogatoria internazionale<sup>618</sup>. Rimane aperta, infine, la questione della liceità della tecnologia *peer-to-peer* in sé, la quale, in astratto, permetterebbe anche lo scambio di materiale perfettamente lecito (ad esempio perché oggetto di apposita licenza o perché già caduto in pubblico dominio)<sup>619</sup>. Incontestata è invero l'idea secondo cui un provvedimento così ingerente rischia di limitare la circolazione delle informazioni ed il libero sviluppo della cultura.

La Procura della Repubblica di Bergamo ha poi dato conferma tanto del sequestro preventivo, quanto dell'inibizione dell'accesso al sito da parte degli internet provider: nello specifico, si è disposto l'oscuramento del sito mediante il filtraggio dei nomi di dominio e dell'indirizzo IP statico associato ai nomi stessi, sia presenti che futuri. Questa indeterminazione temporale del provvedimento finisce per rendere ancora più pressante il rischio dell'imposizione in via surrettizia di un dovere di sorveglianza sui contenuti, con le relative problematiche in materia di libertà fondamentali.

#### VI.9 Il caso Google c. Vividown.

La Cassazione penale ha occasione di pronunciarsi sul profilo della responsabilità degli internet service provider anche in occasione del procedimento Google c. Vividown.

I fatti prendono avvio l'8 settembre 2006, quando viene caricato sul portale Google video<sup>620</sup> il filmato di un giovane ragazzo disabile ripreso mentre viene maltrattato da alcuni compagni di scuola. Molte erano state le segnalazioni degli utenti circa la natura lesiva del video, ma l'effettiva rimozione del filmato aveva avuto luogo solo il 7 novembre 2006, a seguito di un'apposita segnalazione da parte della polizia postale. Il Pubblico Ministero di Milano aveva così avviato un procedimento penale contro i dirigenti dell'azienda Google Italy, ai quali venivano contestati i reati di concorso in diffamazione aggravata secondo gli articoli 110, 40 comma 2, 385 commi 1 e 3 del codice penale e di illecito trattamento di dati personali relativi allo stato di salute a

---

<sup>617</sup> MERLA, *Diffusione abusiva di opere in internet e sequestro preventivo del sito web: il caso "The Pirate Bay"*, cit., p. 461. Si osservi peraltro come tale traslazione dei costi risulti ancora più ingiusta se si osserva come i provvedimenti emanati nei confronti degli ISP prescindano da un giudizio di responsabilità in capo agli stessi.

<sup>618</sup> AiIP comunicato stampa del 29.12.09, *L'SOS dei provider: Improprio il blocco degli accessi*, in *Il Sole 24 Ore, Norme e Tributi*, 31 dicembre 2009, 31, così come citato da MERLA, *Diffusione abusiva di opere in internet e sequestro preventivo del sito web: il caso "The Pirate Bay"*, cit., p. 460.

<sup>619</sup> CUOMO, *La Cassazione affonda la Baia dei pirati*, cit., 1111.

<sup>620</sup> Google Video è un servizio offerto dall'azienda Google Inc. il quale, fino al 2011, consentiva l'*upload* di video da parte degli utenti privati, mettendoli a disposizione del pubblico. A partire dal 2011 però, Google video ha cessato di offrire il servizio di *hosting*, consentendo unicamente la ricerca di video nel web. Uno dei principali motivi che ha portato Google Video a sospendere il suo servizio di *hosting* è stata l'acquisizione di YouTube da parte della casa madre. Vedi [http://it.wikipedia.org/wiki/Google\\_Video](http://it.wikipedia.org/wiki/Google_Video) (consultato il 13 luglio 2014).

scopo di lucro, secondo il disposto dell'articolo 167 del Codice in materia di protezione dei dati personali.

Il giudice di prima istanza aveva innanzitutto escluso la responsabilità penale dei dirigenti Google per concorso nel reato di diffamazione, stante l'assenza di un dovere giuridico di controllo sui contenuti. Secondo l'accusa, Google, nella sua qualità di *content provider* (e non di mero fornitore di *hosting*), aveva l'obbligo di effettuare un controllo preventivo sui contenuti trasmessi; l'omissione delle misure necessarie a tal fine, vigente la parificazione di azione ed omissione ad opera dell'articolo 40 del codice penale, avrebbe dunque determinato la sua responsabilità in tal senso. Il giudice di Milano però, rilevando l'impossibilità tecnica di un controllo preliminare dei contenuti, aveva concluso per la sua non imponibilità e per la conseguente inesistenza di un dovere di prevenzione in capo a Google<sup>621</sup>. Il giudice aveva però ritenuto sussistenti gli elementi posti alla base della seconda accusa: una volta considerata applicabile la legge italiana, stabilito che il video in questione conteneva dati personali attinenti alla salute del soggetto leso e verificato che Google, in concorso con gli autori del video, aveva operato un trattamento illecito di tali dati, il giudice aveva sancito la responsabilità del provider per il reato contestato. Pur considerando inesigibile un dovere di Google di richiedere di volta in volta l'autorizzazione degli interessati circa il trattamento dei dati personali, l'organo giudicante aveva ritenuto sussistente il secondo capo d'imputazione, in quanto il provider non aveva posto in essere le cautele necessarie a prevenire la violazione: in particolare, si contestava a Google l'omissione di qualsiasi avvertimento rivolto agli utenti, relativo al rispetto della normativa sulla privacy. Il tribunale aveva così condannato i dirigenti di Google a sei mesi di reclusione (con pena sospesa).

Il costrutto logico posto alla base di tale decisione non convince<sup>622</sup>; ciò che tuttavia appare maggiormente interessante ai nostri fini riguarda il riconoscimento da parte del

---

<sup>621</sup> Tribunale di Milano, 24 febbraio 2010, in *Rivista di diritto industriale*, 2010, 328, commentata da V. FRANCESCHELLI, *Sul controllo preventivo del contenuto dei video immessi in rete e i provider. A proposito del caso Google/Vivi Down*, in *op. loc. cit.*; C. ROSSELLO, *Riflessioni de jure condendo in materia di responsabilità del provider*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, 617; G. SARTOR, M. VIOLA DE AZEVEDO CUNHA, *Il caso Google-Vividown tra protezione dei dati e libertà di espressione on-line*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, 645; F. DI CIOMMO, *Programmi-filtro e criteri di imputazione/esonero della responsabilità on-line. A proposito della sentenza Google/Vivi Down*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, 829; F. G. CATULLO, *Ai confini della responsabilità penale: che colpa attribuire a Google*, in *Giurisprudenza di merito*, 2011, 159; E. ALBAMONTE, *La responsabilità penale dell'internet provider tra libertà di comunicazione e tutela dei singoli*, in *Questione giustizia*, 2010, 184; A. MANNA, *I soggetti in posizione di garanzia*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, 779; V. PEZZELLA, *Google Italia, diffamazione e riservatezza: il difficile compito del provider (e del giudice)*, in *Giurisprudenza di merito*, 2010, 2232; A. MANNA, *La prima affermazione, a livello giurisprudenziale, della responsabilità penale dell'internet provider: spunti di riflessione tra diritto e tecnica*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 1840; R. LOTIERZO, *Il caso Google-Vividown quale emblema del difficile rapporto degli internet providers con il codice della privacy*, in *Cassazione penale*, 2010, 3995.

<sup>622</sup> Come osservato da SARTOR, VIOLA DE AZEVEDO CUNHA, *Il caso Google-Vividown tra protezione dei dati e libertà di espressione on-line*, cit., pp. 657-658, l'omissione di tali cautele da parte del provider non è sufficiente a determinare la sua responsabilità penale. Quest'ultima, infatti, può derivare unicamente

giudice di un ruolo attivo dell'intermediario, tale da determinare la disapplicazione della disciplina delle esenzioni di responsabilità. La difesa di Google si era fondata sull'applicabilità del *safe harbor* previsto per gli *host provider* dall'articolo 16 d.lgs. 70/2003; il giudice, però, aveva ritenuto che, vista la natura "attiva" del ruolo di Google nell'ambito dei servizi offerti, esso avrebbe dovuto piuttosto essere considerato come un *content provider*, al quale, pertanto, non sarebbe stato possibile applicare la normativa sulle esenzioni di responsabilità. Il giudice milanese aveva ricavato la natura di *host provider* attivo di Google da una molteplicità di fattori: innanzitutto, esso aveva indicizzato ed organizzato i contenuti al fine di renderli più facilmente accessibili dagli utenti; in aggiunta, il provider aveva associato ai contenuti messaggi pubblicitari a pagamento e aveva promosso il caricamento di nuovo materiale senza controlli, al fine di incrementare la fetta di mercato controllata ed ottenere così maggiore profitto. Non sembra però accettabile la soluzione secondo cui la natura lucrativa dell'attività svolta sia tale da qualificare Google come *content provider*<sup>623</sup>. In primo luogo, è necessario notare come l'equazione mero profitto-ruolo attivo del provider appaia in contrasto con la stessa pronuncia della Corte di Giustizia nelle cause riunite da C-236/08 a C-238/08 Google c. Louis Vuitton Malletier, la quale sancisce che "[o]ccorre osservare che 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 2000/30"<sup>624</sup>. Inoltre, come brillantemente osservato da parte della dottrina, una ricostruzione di questo tipo travisa

---

dalla violazione di un obbligo previsto dalla legge, il quale difficilmente può essere riscontrato nella disciplina sul trattamento dei dati personali. L'articolo 17 del Codice privacy prevede infatti che i soggetti che trattano i dati personali devono attenersi alle precauzioni indicate dall'Autorità Garante; tale dettato normativo non può riferirsi dunque al dovere richiamato dal giudice. L'articolo 13, comma 1 del Codice privacy dispone invece che "L'interessato o la persona presso la quale sono raccolti i dati personali sono previamente informati oralmente o per iscritto circa: a) le finalità e le modalità del trattamento cui sono destinati i dati; b) la natura obbligatoria o facoltativa del conferimento dei dati; c) le conseguenze di un eventuale rifiuto di rispondere (...)". Nemmeno tale disposto pare quindi applicabile alla fattispecie in oggetto, essendo gli *uploader* del video perfettamente consapevoli della modalità di distribuzione dei dati. A parere di MANNA, *La prima affermazione, a livello giurisprudenziale, della responsabilità penale dell'internet provider: spunti di riflessione tra diritto e tecnica*, cit., 1864, inoltre "una responsabilità per *omissionem* incontra ostacoli insormontabili, per cui l'unica via praticabile, allo stato, della normativa sembra, viceversa, essere quella di un concorso di persone nel reato, ove al provider si imputi una condotta di partecipazione a livello *attivo* e con un dolo particolarmente carico, anziché ricorrere ad una controversa figura di dolo, quale il dolo eventuale".

<sup>623</sup> Al riguardo, MANTELERO, *La responsabilità online: il controllo nella prospettiva dell'impresa*, cit., p. 409 ritiene che a tal fine non rilevi nemmeno il riferimento alla giurisprudenza statunitense, la quale individua nel profitto economico un elemento da cui desumere il concorso nell'illecito di violazione del copyright. In questi casi, infatti, la giurisprudenza USA richiede una stretta connessione tra la violazione ed il profitto, il quale, peraltro, è soltanto uno degli elementi necessari al fine di determinare la responsabilità.

<sup>624</sup> Corte di Giustizia, cause riunite da C-236/08 a C-238/08 Google c. Louis Vuitton Malletier, par. 116.

il ruolo degli intermediari di internet nell'ambito del web 2.0<sup>625</sup>. Se è vero infatti che Google ottiene grandi profitti dalla sua attività, è necessario osservare come tali vantaggi per l'azienda corrispondano ad altrettante esternalità positive per lo sviluppo del web e la circolazione delle conoscenze: gli operatori telematici intervengono sui contenuti forniti dagli utenti e ne consentono la consultazione e l'arricchimento, così che questi possano divenire "conoscenza sociale"<sup>626</sup>. In un'architettura di questo tipo, in cui il provider concilia il suo vantaggio economico con gli altri interessi coinvolti, non pare opportuno attribuire al soggetto intermediario i rischi della sua attività, secondo il principio *cuius commoda eius et incommoda*<sup>627</sup>. La sua responsabilità andrebbe dunque valutata anche alla luce delle esenzioni di cui alla direttiva e-Commerce<sup>628</sup>.

La sentenza, oggetto di successiva impugnazione, è stata poi parzialmente riformata dalla Corte d'Appello di Milano, la quale ha concluso per l'assoluzione degli imputati in relazione al secondo capo d'accusa<sup>629</sup>. In primo luogo il giudice ha confermato la decisione di primo grado relativa all'accusa di concorso nel reato di diffamazione, offrendo peraltro alcune precisazioni in merito alla motivazione. A parere della Corte d'Appello, il presupposto indispensabile per ravvisare una responsabilità omissiva in capo al provider è costituito dalla sussistenza del dovere giuridico di impedire l'evento dannoso, il quale, a sua volta, coincide con l'attribuzione all'intermediario di una posizione di garanzia e con la concreta possibilità di effettuare un controllo preventivo sui contenuti caricati. Come specificato dal giudice di secondo grado, però, nessuno dei due elementi pare sussistere: il primo, in particolare, è escluso dall'assenza di una

---

<sup>625</sup> SARTOR, VIOLA DE AZEVEDO CUNHA, *Il caso Google-Vividown tra protezione dei dati e libertà di espressione on-line*, cit., pp. 663 ss.

<sup>626</sup> SARTOR, VIOLA DE AZEVEDO CUNHA, *Il caso Google-Vividown tra protezione dei dati e libertà di espressione on-line*, cit., p. 667. Secondo l'autore, inoltre, l'assenza di un dovere di controllo preventivo sui contenuti non risponderebbe al problema dell'impossibilità tecnica e materiale dello stesso, bensì sarebbe finalizzato a garantire la libertà d'espressione e la libera circolazione delle informazioni escludendo un ruolo censorio del provider.

<sup>627</sup> SARTOR, VIOLA DE AZEVEDO CUNHA, *Il caso Google-Vividown tra protezione dei dati e libertà di espressione on-line*, cit., pp. 663 ss. Di parere contrario, invece, ROSSELLO, *Riflessioni de jure condendo in materia di responsabilità del provider*, cit., p. 628, il quale ritiene che i "larghi margini di profitto in oggi lucrati dagli operatori dei servizi della società dell'informazione" giustifichino il ricorso ad un modello di responsabilità "in termini di *responsabilità professionale qualificata per colpa presunta*".

<sup>628</sup> L'articolo 1, comma 5, lett. b) della direttiva sul commercio elettronico, che esclude l'applicabilità di tale normativa ai servizi della società dell'informazione oggetto della disciplina sulla tutela della privacy, rende dubbia la compatibilità delle esenzioni di responsabilità ivi contenute con la fattispecie in esame. Tuttavia, SARTOR, VIOLA DE AZEVEDO CUNHA, *Il caso Google-Vividown tra protezione dei dati e libertà di espressione on-line*, cit., p. 669, propongono un'interpretazione tale per cui i provider non possono andare esenti da responsabilità per l'illecito trattamento dei dati personali da essi stessi estratti o richiesti, mentre non risponderanno dell'elaborazione di contenuti caricati dagli utenti e contenuti dati di terzi.

<sup>629</sup> Corte d'Appello di Milano, 27 febbraio 2013, in *Cassazione penale*, 2013, 3244, commentata da F. G. CATULLO, *Atto secondo dell'affaire Google Vivi down: società della registrazione e consenso sociale*, in *op. loc. cit.*; E. BASSOLI, *Esclusa la responsabilità penale di Google per violazione di dati personali da parte di materiale multimediale immesso da terzi*, in *Rivista penale*, 2013, 558; E. FALLETTI, *Google v. Vivi Down, Atto II: il service provider assolto anche per violazione della privacy*, in *Il corriere giuridico*, 2013, 295.



specifica previsione in tal senso, stante l'impossibilità di applicare in via analogica la disciplina dettata in materia di stampa agli intermediari online<sup>630</sup>, alla luce del divieto di analogia in *malam partem* vigente nel diritto penale<sup>631</sup>. Né tantomeno tale qualifica parrebbe deducibile dalle disposizioni in materia di tutela dei dati personali, le quali hanno ad oggetto condotte differenti rispetto a quelle in questione. A dire del giudice di secondo grado, inoltre, la possibilità di effettuare un controllo efficace sarebbe esclusa sia dall'ingente mole dei dati trasmessi, sia dalle conseguenze negative sulle funzionalità del servizio che l'imposizione di filtri preventivi determinerebbe.

Passando poi alla valutazione del secondo capo d'imputazione, il giudice esclude la sussistenza degli elementi essenziali del reato, pur accertati dal giudice di prime cure. Innanzitutto, la Corte d'Appello rigetta l'idea secondo la quale la responsabilità penale dell'intermediario possa derivare dall'omissione dell'informazione corretta, puntuale e doverosa degli utenti circa la disciplina sul trattamento dei dati personali. Essa osserva infatti che, alla luce dell'articolo 167 del Codice privacy la responsabilità penale non sembra poter derivare dalla violazione dell'articolo 13 del codice stesso<sup>632</sup>. Inoltre, la corte esclude che il concetto di "titolarità del trattamento dei dati sensibili" possa fare riferimento all'intermediario che elabora un video "per finalità autonome e concorrenti con quelle perseguite da chi quel video realizzava". Da ciò consegue il principio per cui il dovere di richiedere il consenso per il trattamento dei dati personali non spetti al provider, quanto piuttosto agli *uploader* del contenuto lesivo. Risolutiva a tal proposito non sarebbe nemmeno la circostanza per cui il video sia stato collocato a lungo nelle classifiche dei video preferiti dagli utenti, giacché il reato di illecito trattamento dei dati personali sensibili non può essere facilmente riscontrato per mezzo di un procedimento informatico. La corte esclude altresì la sussistenza dell'elemento soggettivo da parte dell'imputato, ritenendo che il giudice di primo grado abbia confuso l'elemento del dolo specifico con il profitto economico perseguito da Google: i due profili devono essere

---

<sup>630</sup> Disciplina dettata dall'articolo 57 c.p. "Salva la responsabilità dell'autore della pubblicazione e fuori dei casi di concorso, il direttore o il vice-direttore responsabile, il quale omette di esercitare sul contenuto del periodico da lui diretto il controllo necessario ad impedire che col mezzo della pubblicazione siano commessi reati è punito, a titolo di colpa, se un reato è commesso, con la pena stabilita per tale reato, diminuita in misura non eccedente un terzo" e dall'articolo 57-bis c.p. "Nel caso di stampa non periodica, le disposizioni di cui al precedente articolo si applicano all'editore, se l'autore della pubblicazione è ignoto o non imputabile, ovvero allo stampatore, se l'editore non è indicato o non è imputabile".

<sup>631</sup> In questo senso si era espressa ampia parte della dottrina in relazione alla pronuncia di primo grado. Per tutti, PEZZELLA, *Google Italia, diffamazione e riservatezza: il difficile compito del provider (e del giudice)*, cit., p. 2255, il quale rileva la contraddittorietà della sentenza di primo grado, nella parte in cui esclude la sussistenza di un obbligo di garanzia in capo al provider in relazione al reato di diffamazione e ne afferma invece l'esistenza in relazione alla fattispecie di illecito trattamento dei dati personali.

<sup>632</sup> La Corte d'Appello osserva che l'articolo 167 del Codice privacy, tipizzando rigidamente la condotta penalmente rilevante, non fa riferimento alla violazione dell'articolo 13 citato dal giudice di prima istanza. Non sembra dunque possibile riscontrare la responsabilità penale dell'intermediario per l'omissione delle cautele di cui all'articolo 13 Codice privacy. Peraltro, l'eventuale violazione dell'articolo 13 Codice privacy non viene sanzionata dall'articolo 167, quanto dall'articolo 161 del codice in questione, il quale prevede unicamente una sanzione amministrativa. Cfr. nota 566 a proposito dell'applicabilità dell'articolo 13 alla fattispecie in commento.

tenuti ben distinti, mancando sia una connessione specifica tra l'illecito ed il vantaggio conseguito dal provider, sia l'associazione di un annuncio pubblicitario al video in questione. L'assenza di dolo specifico pare ravvisabile anche in considerazione del fatto che, con ragionevole certezza, i dirigenti di Google non erano a conoscenza né del caricamento del video contestato, né del fatto che esso trattasse illecitamente dati sensibili di terzi<sup>633</sup>. Ciò che ai fini di questa trattazione risulta di maggior interesse è invece il passaggio, meno rilevante ai fini della decisione, in cui la Corte d'Appello analizza la distinzione tra *content* e *host* provider. Essa, pur escludendo *tout court* la responsabilità di Google per i reati contestati, conferma l'interpretazione giurisprudenziale maggioritaria secondo cui le esenzioni di responsabilità del d.lgs. 70/2003 non possono essere applicate ai provider che offrano servizi ulteriori rispetto a quelli che qualificano le tradizionali attività di mere *conduit*, *caching* e *hosting*. In particolare, la corte di merito riscontra tali elementi ulteriori nei servizi di filtraggio, rimozione, individuazione ed indicizzazione dei contenuti e la loro eventuale associazione a contenuti pubblicitari, concludendo per la necessità di valutare la condotta del provider alla luce degli ordinari criteri di responsabilità. Essa ribadisce comunque l'assenza di un dovere di sorveglianza preventiva sui contenuti caricati dagli utenti sui server dell'intermediario.

Il procedimento logico seguito dal giudice di secondo grado e le conclusioni cui esso conduce vengono confermati anche dalla Suprema Corte in occasione della pronuncia del 3 febbraio 2014<sup>634</sup>. La Cassazione coglie l'opportunità per offrire un importante punto fermo nell'interpretazione del regime di responsabilità degli intermediari, non solo per quanto riguarda la disciplina della privacy, ma in generale in relazione agli illeciti commessi per mezzo dei contenuti trasmessi. In primo luogo essa, analizzando le disposizioni in materia di tutela dei dati personali e la normativa sul commercio elettronico, rileva l'assenza di un dovere del provider di sorvegliare sulle informazioni

---

<sup>633</sup> Riguardo invece alla questione del dolo eventuale costituito dalla "voluta disattenzione" nell'informativa dei clienti, la corte osserva che l'articolo 167 Codice privacy richiede l'intenzionalità del soggetto volta al raggiungimento di un profitto, escludendo così la rilevanza del mero dolo eventuale.

<sup>634</sup> Corte di Cassazione, sezione penale, 3 febbraio 2014. In proposito, D. Converso, *Google-Vividown: la Cassazione cade sulla qualifica di titolare del trattamento*, in *Medialaws.eu*, 17 febbraio 2014, disponibile su <http://www.medialaws.eu/google-vividown-la-cassazione-cade-sulla-qualifica-di-titolare-del-trattamento/> (consultato il 14/07/2014); R. Salvi, *La Corte di Cassazione sul caso Google vs Vivi Down: l'host provider non governa il mare magnum della rete*, in *Diritto.it*, 18 marzo 2014, disponibile su <http://www.diritto.it/docs/36069-la-corte-di-cassazione-sul-caso-google-vs-vivi-down-l-host-provider-non-governa-il-mare-magnum-della-rete?page=2> (consultato il 14/07/2014); P. Zarzaca, *La sentenza di assoluzione della Cassazione nel caso Vividown*, in *Leggioggi.it*, 11 febbraio 2014, disponibile su <http://www.leggioggi.it/2014/02/11/la-sentenza-di-assoluzione-della-cassazione-nel-caso-vivi-down/> (consultato il 14/07/2014); A. Ingrassia, *La sentenza della Cassazione sul caso Google*, in *Penalecontemporaneo.it*, 6 febbraio 2014, disponibile su <http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-19-/-/2817-la-sentenza-della-cassazione-sul-caso-google/> (consultato il 14/07/2014); C. Tamburrino, *Vividown, le motivazioni della Cassazione*, in *Puntoinformatico.it*, 4 febbraio 2014, disponibile su <http://punto-informatico.it/3986331/PI/News/vividown-motivazioni-della-cassazione.aspx> (consultato il 14/07/2014).

trasmesse e/o di informare i suoi utenti circa la normativa vigente sul trattamento dei dati personali. Essa osserva poi che, nel disciplinare la figura dell'*host* provider, l'articolo 16 del d.lgs. 70/2003 esclude che "il gestore del servizio di *hosting* (abbia) alcun controllo sui dati memorizzati (e) contribuisc(a) in alcun modo alla loro scelta, alla loro ricerca o alla formazione del file che li contiene, essendo tali dati interamente ascrivibili all'utente destinatario del servizio che li carica sulla piattaforma messa a sua disposizione". Dall'analisi delle condizioni di esenzione di responsabilità previste dall'articolo 16, la corte deduce che il legislatore abbia inteso porre come presupposto della responsabilità dell'intermediario la sua conoscenza dell'illecito e la sua eventuale inerzia rispetto alla rimozione delle informazioni di cui si conosce la lesività. In altre parole fintanto che il "dato illecito è sconosciuto al service provider, questo non può essere considerato quale titolare del trattamento, perché privo di qualsivoglia potere decisionale sul dato stesso; quando, invece, il provider sia a conoscenza del dato illecito e non si attivi per la sua immediata rimozione o per renderlo comunque inaccessibile esso assume a pieno titolo la qualifica di titolare del trattamento". A tal proposito, gli ermellini rilevano che il provider aveva provveduto a rimuovere il contenuto lesivo immediatamente a seguito della comunicazione da parte dell'autorità competente. Per concludere, i giudici di legittimità rifiutano la qualificazione di *host* provider attiva voluta dai giudici di merito, osservando che "il provider si è limitato a fornire ospitalità ai video inseriti dagli utenti, senza fornire alcun contributo nella determinazione del contenuto dei video stessi". La corte dimostra una spiccata sensibilità nel percepire le implicazioni derivanti da una poco cauta estensione della responsabilità dei provider e, implicitamente, giudica gli elementi rilevati dalle corti di merito come insufficienti al fine di determinare la disapplicazione del regime favorevole delle esenzioni. A parere della corte, infatti, la neutralità della condotta del provider potrebbe venire meno unicamente a seguito della "determinazione dei contenuti" da parte dell'intermediario stesso, ossia nell'unica situazione in cui esso svolge la funzione di un *content* provider. Come è stato sottolineato in dottrina, la pronuncia della Suprema Corte pare dunque fissare tre punti essenziali<sup>635</sup>: innanzitutto, essa si esprime per l'impossibilità di imporre ai provider l'obbligo giuridico di impedire il compimento di illeciti, stante l'impossibilità di un controllo preventivo. Inoltre, essa ribadisce il principio per cui i servizi ulteriori rispetto al mero *hosting* non fanno venire meno l'applicabilità delle esenzioni di responsabilità del d.lgs. 70/2003, salvo che essi non comportino la conoscenza dei contenuti da parte degli intermediari o il loro intervento su di essi. Infine, la corte rileva che la responsabilità del provider per l'illecito altrui possa ipotizzarsi solo a partire dal momento in cui il provider acquisisce conoscenza della natura illecita dei contenuti ospitati. Peraltro, conformemente alla linea interpretativa maggioritaria, la motivazione della decisione pare voler affermare che solo una

---

<sup>635</sup> INGRASSIA, *La sentenza della Cassazione sul caso Google*, cit.

comunicazione dell'autorità competente può determinare il livello di conoscenza sufficiente a far sorgere responsabilità penale<sup>636</sup>.

Lodevole è quindi l'operato della corte, la quale, fissando queste coordinate essenziali nel fumoso paradigma applicativo del regime di responsabilità degli ISP, ha il doppio merito di chiarire i relativi parametri e di limitare in modo significativo i doveri attribuiti agli intermediari, limitando così l'onerosità della condotta ad essi richiesta.

## VII. Osservazioni conclusive

Anche all'utente più inesperto appare palese quanto il mondo di internet sia mutato negli ultimi anni. Se alle sue origini le informazioni ed i contenuti venivano forniti in via unidirezionale dagli operatori e dagli intermediari del web, al giorno d'oggi questi sono oggetto di un continuo scambio tra provider ed utenti. Il singolo navigatore della rete, invero, ha a sua disposizione un'infinità di siti web sui quali caricare nuovi contenuti o arricchire quelli già presenti mediante commenti, recensioni o apprezzamenti. Questo sviluppo "verso e da il basso" della rete ha determinato la definitiva affermazione di nuove tipologie di *hosting* provider i quali, oltre ad ospitare i contenuti sui propri server, offrono servizi aggiuntivi quali, ad esempio, l'organizzazione dei contenuti o l'associazione di questi ad annunci pubblicitari. Questi nuovi intermediari vanno così a costituire una categoria "atipica" di *hosting* provider (c.d. *host* provider attivi), che ben si differenzia dal modello originale che il legislatore comunitario aveva in mente al momento della redazione della direttiva.

Dottrina e giurisprudenza si sono dunque interrogate circa la compatibilità di tali servizi ulteriori con il regime dell'esenzione di responsabilità di cui al d.lgs. 70/2003, in quanto, come è stato più volte affermato, esso presuppone la neutralità della condotta del provider. Il punto di partenza per la risoluzione del problema pare essere il "considerando" 42 della direttiva e-Commerce, il quale limita le deroghe al modello di responsabilità ivi delineato ai soli casi in cui sia possibile rilevare la conoscenza o il controllo del prestatore circa le informazioni trasmesse. Una parte minoritaria della dottrina, ritenendo che il "considerando" 42 fosse applicabile unicamente a *mere conduit* e *caching* provider, ha contestato la sua rilevanza ai fini della risoluzione del problema. Tuttavia, è necessario osservare come la stessa Corte di Giustizia vi abbia fatto esplicito riferimento nell'ambito delle cause riunite da C-236/08 a C-238/08 Google c. Louis Vuitton Malletier.

La giurisprudenza italiana pare essersi orientata in modo tendenzialmente uniforme verso la disapplicazione del regime delle esenzioni: essa ha individuato nei servizi ulteriori via via sottoposti alla sua attenzione altrettanti elementi idonei ad escludere l'attitudine neutrale dei provider. In modo orientativamente uniforme, le corti nazionali

---

<sup>636</sup> INGRASSIA, *La sentenza della Cassazione sul caso Google*, cit.

hanno riconosciuto tali elementi squalificanti, ad esempio, nell'associazione automatica ai contenuti di annunci pubblicitari, nella riserva del diritto di rimozione degli eventuali file lesivi o nel servizio di suggerimento automatico degli elementi correlati. A ben vedere, però, tali elementi non sembrano indicare la sussistenza di conoscenza e controllo, così che essi non comporterebbero la disapplicazione della normativa favorevole.

I giudici nazionali non sembrano dunque aver attribuito il giusto peso alle condizioni di deroga: nella maggior parte dei casi, essi hanno condotto un'analisi superficiale delle attività concretamente svolte e, sulla base della mera fornitura di servizi aggiuntivi, hanno optato per il ricorso ai criteri tradizionali di valutazione della responsabilità. Come osservato, un'interpretazione di questo tipo confligge con lo stesso obiettivo cui tende la direttiva, ossia con l'esclusione della responsabilità oggettiva degli internet provider. L'orientamento giurisprudenziale prevalente in Italia, infatti, disapplicando il regime di esenzione in tutti i casi in cui l'intermediario non si limiti al solo *hosting*, finisce per attribuire direttamente la responsabilità dell'illecito agli ISP del web 2.0.

Inoltre, l'approccio *case by case* cui è costretta la giurisprudenza nazionale rischia di far cadere nuovamente gli intermediari in una situazione di incertezza, in cui essi non siano in condizione di prevedere sino a che punto possano intervenire sui contenuti ospitati. Nel medio termine, una situazione di questo tipo determinerebbe una riduzione dei servizi offerti dai provider e un netto rallentamento nell'evoluzione del web.

La soluzione a tali complesse problematiche non può che essere un nuovo intervento da parte del legislatore comunitario, il quale aggiorni i criteri di identificazione dell'*host* provider così da rendere il regime delle esenzioni di responsabilità compatibile con l'attuale stato di evoluzione di internet. Come già osservato in relazione alla normativa comunitaria, la disciplina nazionale non lascia poi il campo scevro da ambiguità. L'esempio più significativo riguarda la nozione di "conoscenza" di cui all'articolo 16 d.lgs. 70/2003, che ha sollevato aspri contrasti in dottrina e ha dato occasione alla giurisprudenza di partorire decisioni troppo sbilanciate a favore dei titolari di copyright<sup>637</sup>. Ancora una volta sarebbe dirimente l'intervento del legislatore comunitario, il quale, come soluzione migliore, potrebbe collocare la nozione di "conoscenza dell'illecito" entro un sistema di *notice and take down*. In questo modo sarebbero definitivamente colmate le lacune che, a dire della dottrina maggioritaria, hanno finito per dimezzare la normativa italiana di recepimento. Nell'attesa di un risolutivo intervento comunitario non si può che auspicare l'affermazione di consuetudini del modo del web, tali da imporre ai soggetti interessati la redazione di notifiche le più precise possibili, in modo tale da facilitare la collaborazione dell'intermediario e prevenire così il ricorso alla via giudiziale.

---

<sup>637</sup> Cf. quanto statuito nel caso "About Elly" del Tribunale di Roma e nei casi RTI c. Italia On Line e RTI c. Google del Tribunale di Milano.

## Capitolo 4. Il nuovo regolamento Agcom: punti critici e novità rispetto alle proposte precedenti

### I. Le prime proposte di regolamento Agcom

L'analisi della normativa nazionale e comunitaria in materia di responsabilità degli internet provider e della sua controversa applicazione giurisprudenziale rende palese come i punti critici e le lacune delle medesime siano tali da mettere a rischio lo stesso bilanciamento di interessi plasmato dal legislatore. Se, da un lato, il compito di studiare un più preciso ed oculato sistema di *safe harbor* per gli ISP spetterebbe al legislatore comunitario, dall'altro la stessa direttiva e-Commerce, agli articoli 12 comma 3, 13 comma 3 e 14 comma 3, "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" e all'articolo 14 comma 3 aggiunge "la possibilità, per gli Stati membri, di definire procedure per la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime".

In Italia tale potere è stato avvocato dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (c.d. A.G.Com, istituita con L. 31 luglio 1997, n. 249), la quale, individuando il fondamento al suo potere normativo nelle pieghe dell'ordinamento, ha emanato un Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore entrato in vigore il 31 marzo 2014<sup>638</sup>, preceduto da due schemi di regolamento non approvati.

Nella sua prima proposta di Regolamento, l'Autorità aveva delineato nei suoi tratti essenziali una procedura di rimozione dei contenuti illeciti in cinque fasi: avviata con la segnalazione della presenza del contenuto lesivo al gestore del sito da parte del titolare del diritto, questa, in caso di mancata rimozione del materiale, proseguiva con l'apertura della fase dinnanzi all'Autorità e la verifica dei fatti di causa da parte di quest'ultima attraverso il contraddittorio tra le parti. Nel caso in cui Agcom non avesse optato per l'archiviazione, il procedimento si concludeva poi con l'adozione del provvedimento consistente nell'ordine di immediata rimozione del contenuto lesivo, sul cui rispetto l'Autorità avrebbe dovuto monitorare.

Il secondo tentativo viene invece sintetizzato nella proposta di Regolamento di cui alla Delibera n. 398/11/CONS e prevede misure di *enforcement* volte alla rimozione selettiva dei contenuti lesivi mediante un procedimento articolato in due fasi distinte, una pre-amministrativa ed una dinnanzi all'Autorità<sup>639</sup>. La prima, svolgentsi innanzi al fornitore di servizi, si fonda su un sistema di *notice e counter-notice* ben attento al

---

<sup>638</sup> Allegato A alla Delibera n. 680/13/CONS del 12 dicembre 2013, Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70.

<sup>639</sup> Allegato A alla Delibera n. 398/11/CONS del 6 luglio 2011, Schema di Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica.

rispetto del contraddittorio fra le parti. Essa viene attivata mediante la segnalazione della presenza di un contenuto lesivo al gestore del sito o al fornitore del servizio da parte del titolare dei diritti; se tale richiesta, redatta sulla base di un modello predisposto dall'Autorità, risulta fondata, il destinatario può procedere con la rimozione del contenuto dandone, ove possibile, previa comunicazione all'*uploader*, così che questi possa presentare le sue eventuali controdeduzioni. Peraltro, ove l'*uploader* ritenga che il contenuto sia stato rimosso ingiustificatamente, questi può presentare opposizione al fornitore del servizio mediante la compilazione di un apposito modulo. Ove possibile, inoltre, il fornitore deve dare notizia dell'opposizione al segnalante, così che esso possa presentare le proprie controdeduzioni. Se del caso, poi, il gestore del sito dispone il ripristino del contenuto entro quattro giorni dall'opposizione. Nel caso invece in cui il contenuto non sia stato rimosso entro quattro giorni dalla prima richiesta, il segnalante può investire della questione l'Agcom o, in alternativa, decidere di adire l'Autorità giudiziaria. Si badi peraltro che questa seconda fase del procedimento non può essere attivata se la fase pre-amministrativa non si sia conclusa o se un eguale procedimento sia già pendente dinnanzi al giudice ordinario. La Direzione verifica, sulla base di una prima cognizione dei fatti, tanto l'ammissibilità, quanto la fondatezza della pretesa, tenendo in dovuta considerazione le eccezioni e le limitazioni al diritto d'autore indicate nello stesso regolamento<sup>640</sup>. Qualora non ritenga di dover procedere con l'archiviazione del procedimento, la Direzione trasmette gli atti all'organo collegiale per l'adozione del provvedimento finale. A seguito di ulteriore esame degli atti, dunque, quest'ultimo, ove non disponga l'archiviazione, può ordinare ai gestori dei siti localizzati in Italia di rimuovere selettivamente i contenuti lesivi o di cessare la trasmissione o ritrasmissione dei programmi diffusi in violazione delle norme sul diritto d'autore. Nel caso in cui i soggetti destinatari dei provvedimenti siano localizzati all'estero, l'Autorità può richiamarli al rispetto della Legge sul diritto d'autore, richiedere la rimozione selettiva dei contenuti lesivi o darne segnalazione all'Autorità giudiziaria nel caso in cui la violazione persista.

Tuttavia, a causa dei numerosi punti deboli della disciplina in questione<sup>641</sup>, nemmeno lo schema di regolamento proposto con la delibera Delibera n. 398/11/CONS è riuscito a

---

<sup>640</sup> L'art 10 comma 1 fa riferimento all'uso didattico e scientifico, all'esercizio del diritto di cronaca, di commento, di critica e di discussione nei limiti dello scopo informativo e dell'attualità, l'assenza della finalità commerciale e dello scopo di lucro, l'occasionalità della diffusione e la qualità e la quantità del contenuto diffuso rispetto all'opera integrale che non pregiudichi il normale sfruttamento dell'opera.

<sup>641</sup> Come osservato nel documento Osservazioni del Centro NEXA for Internet & Society sullo schema di regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica di cui all'allegato A) alla delibera n. 398/11/CONS del 6 luglio 2011, non sembra innanzitutto che questo nuovo procedimento possa garantire maggiormente la tutela della proprietà intellettuale rispetto a quanto già consentito mediante il ricorso agli strumenti civili e penali già esistenti. Inoltre, il sistema di *notice and take down* delineato, fra le altre cose, non prevede termini sufficientemente lunghi per presentare le proprie difese nè prevede strumenti di reazione da parte dell'Autorità all'eventuale rimozione ingiustificata dei contenuti.

vedere la luce.

## II. Il Regolamento entra in vigore: la disciplina prevista

A seguito del fallimento dei primi due tentativi di approvazione di un regolamento volto alla tutela del diritto d'autore, l'Autorità è stata travolta da un fervente dibattito tra gli studiosi del tema. Essa dunque, tenendo conto degli elementi emersi in sede di audizione parlamentare, di interlocuzione alla Commissione europea e nell'ambito di un *workshop* appositamente organizzato dall'Autorità, ha provveduto ad elaborare un nuovo schema di regolamento<sup>642</sup>. Tale proposta è stata poi avallata dal Consiglio dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e, il 12 dicembre 2013, è stato approvato il Regolamento Agcom in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica, entrato in vigore, nonostante le pesanti critiche, il 31 marzo 2014<sup>643</sup>.

Questo regolamento si muove su un doppio binario, in quanto mira da un lato ad incentivare la diffusione e l'offerta legale delle opere digitali<sup>644</sup>, mentre dall'altro opera sul piano della vigilanza, dell'accertamento e della cessazione della violazione del diritto d'autore<sup>645</sup>. Nella prima parte, invero, il Regolamento fissa alcune finalità di promozione della fruizione legale delle opere tutelate e, a tal fine, istituisce un apposito comitato composto, fra gli altri, dai rappresentanti delle categorie interessate, ossia

---

<sup>642</sup> Delibera n. 452/13/CONS, Consultazione pubblica sullo schema di regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, p. 6.

<sup>643</sup> Allegato A alla Delibera n. 680/13/CONS del 12 dicembre 2013, Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70. La comunità scientifica ha espresso una pesante critica del Regolamento sin da prima della sua entrata in vigore. Si vedano, fra i molti, F. SARZANA, *Agcom e regolamento ammazza-web. Non sono ammessi interventi né repliche*, in *IlFattoQuotidiano.it*, 15 gennaio 2014, disponibile su <http://www.ilfattoquotidiano.it/2014/01/15/agcom-e-regolamento-ammazza-web-non-e-ammesso-dibattito/> (consultato il 22/07/2014); F. SARZANA, *Antipirateria, come pagherà Agcom la nuova unità operativa?*, in *IlFattoQuotidiano.it*, 20 febbraio 2014, disponibile su <http://www.ilfattoquotidiano.it/2014/02/20/antipirateria-come-paghera-lagcom-la-nuova-unita-operativa/888118/> (consultato il 22/07/2014); G. SCORZA, *Agcom può fare davvero antipirateria a costo zero?*, in *Corriere delle comunicazioni*, 17 febbraio 2014, disponibile su [http://www.corrierecomunicazioni.it/ict-law/25843\\_scorza-agcom-puo-fare-davvero-antipirateria-a-cost-zero.htm](http://www.corrierecomunicazioni.it/ict-law/25843_scorza-agcom-puo-fare-davvero-antipirateria-a-cost-zero.htm) (consultato il 22/07/2014); Critica al riguardo anche l'Associazione dei Provider Indipendenti (Assoprovider), *Regolamento ammazza internet dell'Agcom. I provider internet di Assoprovider-Confindustria esprimono la loro viva preoccupazione*, disponibile su <http://www.assoprovider.it/news-assoprovider/268-regolamento-ammazza-internet-dell-agcom-i-provider-internet-di-assoprovider-confcommercio-esprimono-la-loro-viva-preoccupazione.html> (consultato il 22/07/2014).

<sup>644</sup> Per "opera digitale", oggetto dei provvedimenti legittimati dal Regolamento, si intenda "un'opera, o parti di essa, di carattere sonoro, audiovisivo, fotografico, videoludico, editoriale e letterario, inclusi i programmi applicativi e i sistemi operativi per elaboratore, tutelata dalla Legge sul diritto d'autore e diffusa su reti di comunicazione elettronica" di cui all'articolo 1, lett. p) del Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore in allegato alla Delibera n. 680/13/CONS del 12 dicembre 2013.

<sup>645</sup> Delibera n. 452/13/CONS, Consultazione pubblica sullo schema di regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, p. 7.



consumatori, autori, artisti ed editori. Il capo terzo del regolamento prevede invece le procedure specificamente attivabili dinanzi all'Autorità nei confronti non tanto dei *content* provider, quanto degli intermediari online che rendono accessibili le informazioni diffuse. La procedura ivi prevista può essere attivata unicamente sulla base di un'istanza del soggetto legittimato, il quale può richiedere ad Agcom la rimozione di un contenuto presuntivamente in violazione della legge sul diritto d'autore mediante la compilazione di un modulo messo a disposizione sul sito web dell'Autorità e l'allegazione di tutti i documenti utili a dare prova della sua effettiva titolarità del diritto. Il procedimento dinanzi ad Agcom non può essere attivato qualora, tra le stesse parti ed in relazione al medesimo oggetto, sia pendente una causa dinanzi al giudice ordinario; peraltro, qualora una causa ordinaria sia instaurata in un momento successivo, la Direzione servizi media dell'Autorità, informata tempestivamente dal soggetto istante, trasmette gli atti all'Autorità Giudiziaria Ordinaria e ne dà notizia ai soggetti interessati.

Una volta avviato il procedimento decisorio, l'Autorità deve darne comunicazione ai prestatori di servizi, all'*uploader*, qualora individuato, ed ai gestori della pagina web. Tale comunicazione deve contenere l'esatta identificazione dei contenuti lesivi, l'indicazione delle disposizioni che si ritengono violate, una sommaria esposizione dei fatti e degli accertamenti svolti, l'indicazione dell'ufficio competente e del rappresentante cui indirizzare eventuali osservazioni ed il termine di conclusione del provvedimento. Essa deve contenere altresì l'avvertimento che ai soggetti destinatari della comunicazione è lasciata la possibilità di adeguarsi spontaneamente alla richiesta dell'istante, ottenendo così l'archiviazione del procedimento. Entro cinque giorni dalla ricezione della comunicazione è possibile per i controinteressati comunicare alla Direzione ogni elemento utile ai fini dell'accertamento della violazione. Al termine del procedimento la Direzione trasmette all'organo collegiale una proposta di archiviazione o di adozione dei provvedimenti del caso. Qualora l'Autorità non ritenga sussistente la violazione del diritto d'autore, questa chiede l'archiviazione del procedimento; in caso contrario, essa, nel rispetto dei principi di proporzionalità, gradualità e adeguatezza, dispone che i prestatori di servizi, nonché, ove identificabili, l'*uploader* ed i gestori della pagina web, pongano fine alla violazione o la impediscano mediante l'attuazione dei provvedimenti da essa disposti. In particolare, se un provider collocato sul territorio italiano ospita sui suoi *server* specifici contenuti lesivi, l'Autorità ordinerà a quest'ultimo la rimozione selettiva del materiale in questione; qualora invece l'*hosting* provider dia luogo a violazioni massicce o sia collocato al di fuori del territorio nazionale, l'organo collegiale ordinerà la disabilitazione dell'accesso al sito. A tali provvedimenti deve essere aggiunto il potere dell'Autorità di ordinare ai prestatori intermediari di reindirizzare le richieste di accesso al sito web lesivo verso una pagina internet appositamente creata. Tali provvedimenti devono essere adottati dall'organo collegiale entro un massimo di 35 giorni dalla ricezione dell'istanza del soggetto

legittimato e, in caso di inottemperanza a tali ordini, l'Autorità può applicare una sanzione amministrativa pecuniaria fino a 250.000 euro.

In casi poi di particolare gravità, caratterizzati da serie lesioni a violazione dei diritti economici o qualora vi sia una violazione massiccia, è possibile attivare un procedimento abbreviato, parallelo a quello ordinario, nell'ambito del quale i provvedimenti adottati dall'Autorità devono essere emanati entro 12 giorni dall'istanza e la loro ottemperanza deve essere perfezionata entro 2 giorni.

Il capo IV procede poi con l'indicazione delle misure a tutela del diritto d'autore sui servizi media e, diversamente dal capo III, dispone che il provvedimento conclusivo sia diretto all'autore della violazione, e non al mero soggetto intermediario. Anche in questo caso il soggetto legittimato che ritenga che il fornitore di servizi media abbia introdotto nel suo palinsesto contenuti lesivi della legge sul diritto d'autore o dell'articolo 32-*bis* del T.U., può presentare istanza all'Autorità e richiedere la rimozione dei contenuti o l'inibizione dell'ulteriore diffusione. Al pari del procedimento di cui al capo III, anche questo non può essere instaurato qualora sia già pendente una causa con gli stessi elementi oggettivi e soggettivi dinnanzi al giudice ordinario; il procedimento sarà poi oggetto di archiviazione qualora l'A.G.O. venga adita in un momento successivo. Il fornitore dei servizi media deve essere messo a conoscenza, mediante una comunicazione che contenga gli stessi elementi individuati al capo III, dell'avvio del procedimento istruttorio, che deve attivarsi entro sette giorni dalla ricezione della istanza. La fase di accertamento si chiude poi alternativamente con l'archiviazione, nel caso in cui l'Autorità non ritenga sussistente la violazione, oppure con la diffida dei fornitori dei servizi media di trasmettere i programmi lesivi o di rimuovere gli stessi dal catalogo. Tali ordini devono essere adempiuti entro tre giorni dalla loro notifica e devono essere emanati dall'Autorità entro 35 giorni dalla ricezione delle istanze. Ancora una volta, l'inottemperanza comporta l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria. Rimane poi aperta la possibilità di adottare un formale richiamo nei confronti dei soggetti di cui all'articolo 1-*ter*, comma 8 T.U. i quali abbiano violato con i loro palinsesti l'articolo 32-*bis* del Testo unico.

Il regolamento si chiude infine con l'indicazione della possibilità di fare ricorso al giudice amministrativo avverso i provvedimenti emanati da Agcom in forza della normativa in commento.

### III. Gli instabili fondamenti normativi del Regolamento Agcom

Al fine di inquadrare in modo appropriato le problematiche poste dal Regolamento Agcom in commento, è necessario in primo luogo analizzare le questioni di legittimità relative allo stesso potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti.

Come autorevolmente osservato in dottrina, il nostro ordinamento attribuisce alle Autorità amministrative una funzione di garanzia, volta ad impedire che le libertà

fondamentali di loro competenza siano esclusivo appannaggio del decisore politico<sup>646</sup>. Questo ruolo di garanzia non può che esprimersi attraverso una scelta ideologica fra valori, che funge da parametro cui ispirarsi per la composizione dei conflitti fra i diritti in gioco. Solo a seguito di tale scelta *lato sensu* politica interviene la fase tecnica, nell'ambito della quale si esplica lo studio delle modalità applicative della decisione operata a monte<sup>647</sup>. Tale funzione, espressiva di volontà politica, mal si concilia con l'inerzia che ha contraddistinto l'operato del legislatore, il quale, trovandosi a dover disciplinare materie complesse, si è limitato ad istituire le Autorità amministrative e ad individuarne i compiti in modo estremamente generico<sup>648</sup>. Così, in assenza di precise indicazioni di fonte primaria, le Autorità indipendenti hanno finito per attribuirsi un potere tanto regolativo, quanto esecutivo e giudicante. Ciò, inevitabilmente, finisce per sollevare pesanti questioni di legittimità costituzionale, poiché le fattispecie attributive del potere regolamentare alle Autorità indipendenti si risolvono in "norme in bianco sulla competenza"<sup>649</sup>. Un'attribuzione di poteri di questo tipo, nei termini in cui non disciplina specificamente le funzioni delle Autorità, appare invero in netto contrasto con i principi costituzionali della gerarchia delle fonti e della riserva di legge.

In base al primo principio, il regolamento è una fonte secondaria del diritto in un rapporto di necessaria subordinazione alla legge, la quale deve fissare i limiti ed i vincoli della normazione secondaria<sup>650</sup>. Tale subordinazione, peraltro, sarebbe da

---

<sup>646</sup> G. DE MINICO, *Libertà e copyright nella Costituzione e nel diritto dell'Unione*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2014, 1 e G. FERRARI, *Gli organi ausiliari*, Milano, Giuffrè, 1956, pp. 291 ss. Egli dà avvio al suo ragionamento osservando che, in relazione ai diritti soggettivi pubblici, "nello Stato esistono due forze, l'autorità e la libertà, le quali, permanendo in una situazione di reciproco ed insanabile attrito, si rivelano come i due momenti di un inesauribile e sempre rinnovantesi processo dialettico". L'Autore prosegue osservando che "In diritto pubblico, ogni limite ad un potere, ad un organo, ad un'attività richiama di per sé il concetto di *garanzia*, che infatti consiste essenzialmente in un limite": esso conclude poi che "la garanzia di diritto pubblico è uno strumento di tutela affidato ad un organo non agente allo scopo di assicurare la regolarità di determinati atti di un organo agente" ed il legame tra l'organo ausiliario ed il suo principale si esplicita come "un rapporto di collaborazione pertinenziale a scopo di garanzia".

Sul ruolo delle Autorità amministrative nel nostro ordinamento, fra i molti, anche A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, Passigli Editori, 1997.

<sup>647</sup> DE MINICO, *Libertà e copyright nella Costituzione e nel diritto dell'Unione*, cit., p. 3.

<sup>648</sup> DE MINICO, *Libertà e copyright nella Costituzione e nel diritto dell'Unione*, cit., p. 4 e P. PANTALEONE, *Poteri impliciti delle Authorities e "torsioni" del principio di legalità*, in *Astridonline.it*, 2012, disponibile su <http://www.astrid-online.it/Riforma-de3/Interventi/Pasquale-Pantalone.pdf> (consultato il 18/07/2014), il quale osserva che "La difficoltà di creare un sistema completo di regole certe in settori (quali quelli in cui operano le *Authorities*) che richiedono una competenza altamente specialistica e una capacità di adattamento delle norme alle frequenti evoluzioni della realtà economico-sociale ha indotto giocoforza il legislatore ad attribuire alle *Authorities* compiti estremamente generici individuati solo per il tramite di alcuni obiettivi da perseguire".

<sup>649</sup> G. DE MINICO, *Regole. Comando e consenso*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 51 ss.

<sup>650</sup> P. CARETTI, U. DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 489, secondo i quali "Il principio di legalità impone, almeno di regola, che le fonti secondarie presuppongano l'esistenza di specifiche disposizioni di norme primarie o diano loro esecuzione; (...) sta al legislatore ordinario, anche al di là dei casi di riserva di legge, indirizzare il potere normativo secondario; (...) l'accertamento dell'illegittimità delle fonti secondarie per contrasto con le fonti primarie (ma anche con quelle

interpretare in senso attuale e non meramente potenziale, così che al regolamento non possa essere lasciato spazio per innovare l'ordinamento in via primaria: l'eventuale retrocessione del regolamento amministrativo a seguito di un intervento legislativo non sembra pertanto sufficiente a colmare questo vizio<sup>651</sup>. In quest'ottica, gli atti normativi delle Autorità amministrative non paiono rispettare pienamente il principio di gerarchia, giacché sottraggono al legislatore anche la decisione politica a monte.

Le "norme in bianco sulla competenza" sembrano violare, inoltre, il principio della riserva di legge, inteso in senso sia assoluto, sia relativo: se, infatti, la stessa "assolutezza" della riserva esclude a priori uno spazio per la potestà regolamentare, anche la riserva di legge relativa necessita di una previa indicazione legislativa dei principi cui ispirare l'intervento secondario, la quale, in questo caso, verrebbe a mancare<sup>652</sup>. Peraltro, le conseguenze negative del declassamento della normazione primaria peserebbero in particolare nei confronti dei cittadini, i quali vedrebbero ridotte le garanzie di controllo sull'attività normativa, sia nella fase della sua formazione, sia in quella della giustiziabilità successiva. Né tantomeno sembrerebbe possibile colmare tali vizi di legittimità facendo riferimento alla tesi dei poteri impliciti<sup>653</sup>, la quale finirebbe

---

costituzionali) rientra nella competenza degli organi cui spetta giudicare della legittimità degli atti amministrativi"; R. TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 34, secondo il quale "secondo la dottrina tradizionale l'elemento caratteristico dell'attività legislativa sarebbe la natura *politica* delle relative decisioni, mentre la norma secondaria, posta in essere dalle diverse componenti del complesso governo-pubbliche amministrazioni in *quanto titolari di autonomie compresenti dell'ordinamento generale*, sarebbe espressione di un'autonomia fondata nella legge e quindi di attuazione delle *scelte* politiche compiute dalla legge medesima. In quest'ottica le norme di grado primario vengono a costituire il *tessuto di fondo* dell'ordinamento generale di cui le norme di secondo grado (...) rappresentano pertanto l'attuazione e specificazione".

<sup>651</sup> DE MINICO, *Libertà e copyright nella Costituzione e nel diritto dell'Unione*, cit., p. 5.

<sup>652</sup> DE MINICO, *Libertà e copyright nella Costituzione e nel diritto dell'Unione*, cit., p. 5 e S. NICODEMO, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Padova, 2002, pp. 245-249. Riguardo al rapporto tra potestà normativa delle amministrazioni indipendenti e riserva di legge anche L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 324 ss. L'Autrice, innanzitutto, dà conto delle varie posizioni dottrinali in materia: parte della dottrina ritiene che tale regolazione leda il principio della riserva di legge, in quanto quest'ultimo richiede necessariamente un intervento del legislatore che fissi principi e criteri direttivi; altri postulano invece una coincidenza tra la "legittimazione costituzionale delle amministrazioni indipendenti, individuata nelle norme (...) che contemplano l'interesse alla cui realizzazione le amministrazioni sono preposte, e la riserva di legge ivi prevista". Altri ancora ritengono che il nucleo garantista di questo principio "permarrebbe anche nell'ipotesi di istituzione di una amministrazione indipendente", la quale "viene configurata come tecnica di garanzia alternativa" rispetto alla riserva di legge. Dal canto suo, l'Autrice ritiene invece che, essendo la stessa attività delle Autorità volta alla garanzia di interessi costituzionalmente riconosciuti, sarebbe possibile operare una ricostruzione teleologica del contenuto materiale della legge istitutiva. Ciò costituirebbe un punto di partenza per stabilire la potestà regolamentare delle Autorità con il principio della riserva di legge.

<sup>653</sup> Questa teoria consente di attribuire ad un'Autorità amministrativa tutti i poteri necessari a perseguire gli scopi ad essa attribuiti. Essa trova la sua derivazione dalla *implied powers clause* contenuta nella Sezione 8 dell'art. 1 della Costituzione USA, la quale attribuisce al Congresso il potere di emanare tutte le leggi necessarie e opportune per l'esercizio dei poteri enumerati nella stessa Sezione e di tutti quelli espressamente attribuiti dalla Costituzione al Governo degli Stati Uniti. Vedi G. MORBIDELLI, *Poteri impliciti (a proposito della monografia di Cristiano Celone "La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici")*, Milano, Giuffrè, 2012, in

per svuotare di significato il contenuto stesso del principio di legalità<sup>654</sup>. Tale limite, peraltro, sarebbe tanto più rigoroso in quanto ci si riferisca all'avocazione da parte delle *Authorities* di poteri provvedimentali, i quali necessitano di una previsione rigorosa ed altamente specifica<sup>655</sup>.

Come è stato ulteriormente osservato, le "norme in bianco sulla competenza" sembrano contrastare anche con il principio democratico di cui all'articolo 1 della Costituzione, dal quale si può dedurre il fatto che l'esercizio del potere politico debba essere controbilanciato dalla stessa responsabilità politica<sup>656</sup>. Le Autorità amministrative, infatti, esplicando una funzione tanto regolativa quanto applicativa, risultano depositarie

---

[http://www.avcp.it/portal/public/classic/Comunicazione/Eventi/\\_evento/\\_GiuseppeMorbideLLi](http://www.avcp.it/portal/public/classic/Comunicazione/Eventi/_evento/_GiuseppeMorbideLLi) (consultato il 18/07/2014).

<sup>654</sup> PANTALEONE, *Poteri impliciti delle Authorities e "torsioni" del principio di legalità*, cit., il quale esclude che i poteri normativi delle Autorità possano andare esenti dal rispetto del principio di legalità: tale conclusione sarebbe a maggior ragione doverosa in considerazione della debole legittimazione democratica delle Autorità e dell'ampia delega normativa operata dal legislatore, le quali renderebbero necessario un controllo ancora più rigoroso. L'Autore giunge a tale conclusione sulla base di un'attenta ricostruzione della dottrina dei poteri impliciti e del principio di legalità dell'azione amministrativa. Il primo, di derivazione statunitense, presuppone l'assenza di una norma giuridica che fondi il potere in questione e dal fatto che quest'ultimo sia legato da un "nesso di strumentalità" con un altro potere espressamente previsto. Il principio di legalità dell'azione amministrativa, inoltre, può essere inteso sia in senso rigoroso, escludendo dunque l'ammissibilità dei poteri impliciti dell'Amministrazione, che in senso "pragmatico", così da legittimare i poteri impliciti che siano strumentali "alla realizzazione del fine esplicito al quale sono collegati". A ciò si ricollega il fenomeno delle Autorità indipendenti, in relazione alle quali le esigenze di funzionalità sono particolarmente sentite e le regole dettate dal legislatore sono indicative dei soli obiettivi da perseguire. Secondo parte della dottrina, questa situazione giustificerebbe l'attribuzione da parte delle Autorità di potestà normative innominate, purchè esse siano funzionali al raggiungimento di scopi sanciti dalla legge. Al contrario, invece, altri ritengono che un'impostazione di questo tipo finirebbe per sottovalutare le posizioni giuridiche dei privati: sarebbe così necessaria un'interpretazione rigorosa del principio di legalità, tale da ridimensionare l'arbitrio delle *Authorities*. L'analisi del concreto esercizio della potestà normativa da parte delle varie Autorità amministrative porta poi l'Autore a concludere che "L'esigenza del rispetto puntuale del principio di legalità dell'azione amministrativa viene notevolmente ridimensionata per soddisfare un'altra esigenza, contrastante con la prima: quella, cioè, di conseguire un effettivo risultato, anche a prescindere dal dato normativo, al fine di rispondere nella maniera più rapida possibile ai nuovi e numerosi bisogni determinati dalle frequenti evoluzioni della realtà economico-sociale. In questo modo, l'interesse pubblico al quale l'attività amministrativa è informata diviene sempre meno un interesse "dato", in quanto non chiaramente cristallizzato nella norma giuridica attributiva del potere, per diventare sempre più spesso uno scopo da perseguire. L'attenuazione della portata precettiva del principio di legalità ha inevitabilmente comportato la (...) indeterminatezza della norma giuridica (...), determinando così lo spostamento della tutela degli interessi individuali dalla norma attributiva del potere al procedimento amministrativo".

<sup>655</sup> S. ALVANINI, A. CASSINELLI, *I (possibili) nuovi poteri di Agcom in materia di diritto d'autore nel settore dei media*, in *Diritto industriale*, 2011, 543, p. 551 e G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Diritto amministrativo*, 2011, 703, secondo il quale la valutazione circa la compatibilità tra la teoria dei poteri impliciti e il principio di legalità renda necessaria una *summa divisio* tra i poteri normativi ed i poteri provvedimentali dell'amministrazione. L'Autore ritiene in particolare che i provvedimenti, i quali ingeriscono attivamente su situazioni soggettive garantite dalla Costituzione, rendono necessaria la concreta tipizzazione del potere in questione, e non la mera indicazione delle sue finalità.

<sup>656</sup> DE MINICO, *Libertà e copyright nella Costituzione e nel diritto dell'Unione*, cit., p. 6. Così anche M. PIERRI, *Autorità indipendenti e dinamiche democratiche*, Galatina, Cedam, 2009, p. 82, la quale mette in luce il punto critico del "controllo esercitabile sui poteri che sfuggono al normale meccanismo della responsabilità politica derivata da una investitura elettiva o parlamentare".

di un ruolo latamente politico; esse però, rimanendo al di fuori del circuito istituzionale rappresentativo della volontà popolare, non sono soggetti politicamente responsabili. In questo modo viene meno il sistema di bilanciamento del potere cui il principio democratico vuole dare realizzazione.

Chiariti dunque i profili di illegittimità che, in generale, riguardano l'attribuzione di potere normativo in capo alle Autorità amministrative indipendenti, è ora necessario verificare se questi risultino superati con riguardo al Regolamento Agcom di recente entrata in vigore: in particolare, si dovrà a questo punto verificare se i poteri regolamentari e provvedimenti rivendicati da Agcom siano effettivamente fondati su una norma di rango primario<sup>657</sup>.

È necessario in primo luogo interrogarsi circa la portata delle competenze attribuite ad Agcom dalla legge n. 633 del 1941, richiamata dalla stessa Autorità a fondamento della propria potestà autoritativa<sup>658</sup>. A tal proposito viene in luce il disposto dell'articolo 182-bis l.d.a.<sup>659</sup>, il quale attribuisce all'Autorità, in coordinamento con la Società Italiana

---

<sup>657</sup> In proposito, ALVANINI, CASSINELLI, *I (possibili) nuovi poteri di Agcom in materia di diritto d'autore nel settore dei media*, cit., pp. 543 ss.; PANTALEONE, *Poteri impliciti delle Authorities e "torsioni" del principio di legalità*, cit., p. 24 ss.; M. SGHERRI, *Profili comunitari e nazionali del diritto d'autore: i nuovi poteri dell'AGCom in materia*, in [https://www.academia.edu/6130666/Profili\\_comunitari\\_e\\_nazionali\\_del\\_diritto\\_dautore\\_i\\_nuovi\\_poteri\\_dell'AGCom\\_in\\_materia](https://www.academia.edu/6130666/Profili_comunitari_e_nazionali_del_diritto_dautore_i_nuovi_poteri_dell'AGCom_in_materia) (consultato il 19/07/2014); Nexa Center for Internet & Society, Politecnico di Torino, Consultazione pubblica sullo schema di regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, pp. 14 ss.

<sup>658</sup> Delibera n. 452/13/CONS, Consultazione pubblica sullo schema di regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70.

<sup>659</sup> Articolo 182-bis l. n. 633/1941: 1. "All'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ed alla Società italiana degli autori ed editori (SIAE) è attribuita, nell'ambito delle rispettive competenze previste dalla legge, al fine di prevenire ed accertare le violazioni della presente legge, la vigilanza: a) sull'attività di riproduzione e duplicazione con qualsiasi procedimento, su supporto audiovisivo, fonografico e qualsiasi altro supporto nonché su impianti di utilizzazione in pubblico, via etere e via cavo, nonché sull'attività di diffusione radiotelevisiva con qualsiasi mezzo effettuata; b) sulla proiezione in sale cinematografiche di opere e registrazioni tutelate dalla normativa sul diritto d'autore e sui diritti connessi al suo esercizio; c) sulla distribuzione, la vendita, il noleggio, l'emissione e l'utilizzazione in qualsiasi forma dei supporti di cui alla lettera a); d) sui centri di riproduzione pubblici o privati, i quali utilizzano nel proprio ambito o mettono a disposizione di terzi, anche gratuitamente, apparecchi per fotocopia, xerocopia o analogo sistema di riproduzione. d-bis) sull'attività di fabbricazione, importazione e distribuzione degli apparecchi e dei supporti di cui all'art. 71-septies. 2. La SIAE, nei limiti dei propri compiti istituzionali, si coordina, a norma del comma 1, con l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. 3. Per lo svolgimento dei compiti indicati nel comma 1, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni può conferire funzioni ispettive a propri funzionari ed agire in coordinamento con gli ispettori della SIAE. Gli ispettori possono accedere ai locali dove vengono svolte le attività di riproduzione, duplicazione, vendita, emissione via etere e via cavo o proiezione cinematografica, nonché le attività di esse connesse; possono altresì accedere ai locali dove vengono svolte le attività di cui alla lettera e) del comma 1. Possono richiedere l'esibizione della documentazione relativa all'attività svolta, agli strumenti e al materiale in lavorazione, in distribuzione, in fase di utilizzazione attraverso l'emissione o la ricezione via etere e via cavo o la proiezione cinematografica, nonché quella relativa agli apparecchi e supporti di registrazione di cui all'articolo 71-septies. Nel caso in cui i suddetti locali non siano luoghi aperti al pubblico, stabilimenti industriali o esercizi commerciali o emittenti radiotelevisive, l'accesso degli ispettori deve essere autorizzato dall'autorità giudiziaria". Questo articolo è stato introdotto nella l.d.a. dall'articolo 11, l. 18 agosto 2000,

Autori ed Editori (c.d. SIAE), tanto poteri di vigilanza quanto poteri ispettivi, i quali sono oggetto di una disciplina dettagliata. Tuttavia, Agcom offre un'interpretazione eccessivamente lata di questa disposizione, finendo per auto-attribuirsi poteri provvedimentali ed autoritativi da questa non supportati ed andando a ledere le competenze riconosciute in capo a SIAE dalla stessa norma<sup>660</sup>.

In primo luogo, il riconoscimento di una posizione subalterna della SIAE rispetto ad Agcom non sembra essere fondata: l'articolo 181 della l.d.a. riconosce alla Società il potere di esercitare altri compiti connessi alla protezione delle opere d'ingegno in base al suo statuto, il quale, all'articolo 2, prevede tra le sue funzioni quella di "assicurare la migliore tutela" dei diritti di autori ed intermediari<sup>661</sup>. Oltre a delegittimare l'ingerenza dell'Autorità, tale disposto renderebbe altresì più semplice fondare un potere autoritativo di SIAE piuttosto che di Agcom<sup>662</sup>. In aggiunta, se è vero che dai lavori parlamentari emerge una volontà iniziale di attribuire i poteri di cui all'articolo 182-*bis* unicamente all'Autorità, è necessario osservare come la volontà maggioritaria si sia poi mossa nel senso di estendere tali funzioni anche alla suddetta società<sup>663</sup>. Rimane dunque da chiedersi se l'articolo 182-*bis* l.d.a. risulti fondativo del potere di Agcom di emanare provvedimenti nei confronti degli ISP. L'Autorità offre una lettura finalistica dell'articolo in questione sulla base della già citata teoria dei poteri impliciti: la norma invero, nell'attribuire ad Agcom una funzione di vigilanza, specifica che essa mira alla prevenzione e all'accertamento delle violazioni della l. 633/1941. Da tale disposizione,

---

n. 248 "Nuove norme di tutela del diritto d'autore" (Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 206 del 4 settembre 2000).

<sup>660</sup> ALVANINI, CASSINELLI, *I (possibili) nuovi poteri di Agcom in materia di diritto d'autore nel settore dei media*, cit., p. 549.

<sup>661</sup> Statuto della Società Italiana degli Autori ed Editori, Approvato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 9 novembre 2012, Articolo 2 - Finalità e funzioni: 1. La Società svolge le seguenti funzioni: a) esercita l'attività di intermediazione, comunque attuata sotto ogni forma diretta o indiretta di intervento, mediazione, mandato di autori o loro eredi, rappresentanza e anche cessione per l'esercizio dei diritti di rappresentazione, di esecuzione, di recitazione, di riproduzione e di radiodiffusione, ivi compresa la comunicazione attuata attraverso ogni mezzo tecnico delle opere tutelate; al predetto fine, la Società cura la concessione, in nome proprio e per conto e nell'interesse dei propri Associati e Mandanti, di licenze e autorizzazioni per l'utilizzazione economica di opere protette dalla legge, e cura altresì la riscossione e la ripartizione dei proventi che comunque derivino dall'utilizzazione delle opere stesse, adottando procedure idonee alla tempestiva individuazione dei destinatari dei diritti riscossi; b) assicura la migliore tutela dei diritti di cui alla lettera a) e la protezione e lo sviluppo delle opere dell'ingegno (...).

<sup>662</sup> ALVANINI, CASSINELLI, *I (possibili) nuovi poteri di Agcom in materia di diritto d'autore nel settore dei media*, cit., p. 549. Gli autori osservano che, dall'indagine conoscitiva che ha preceduto la delibera 668/10/CONS, emerge che, a parere di Agcom, SIAE sia depositaria di mere finalità privatistiche e che ad essa spetti il ruolo di coordinare l'attività attribuita ad Agcom in materia di diritto d'autore. Al contrario, all'Autorità spetterebbe una competenza generale in materia di vigilanza e protezione dei diritti di proprietà intellettuale, coerenti con il perseguimento di fini pubblici. A parere degli Autori, tuttavia, tale distinzione sarebbe eccessivamente semplicistica, vista la natura pubblicistica di alcune funzioni attribuite a SIAE (vedi ad es. la tenuta di pubblici registri) e il riconoscimento di SIAE, da parte di costante giurisprudenza, come ente pubblico economico.

<sup>663</sup> ALVANINI, CASSINELLI, *I (possibili) nuovi poteri di Agcom in materia di diritto d'autore nel settore dei media*, cit., p. 549.

quindi, Agcom deduce il potere di prevenzione degli illeciti attuabili in materia di diritto d'autore<sup>664</sup>.

Come emerge da quanto già osservato, tale lettura non sembra condivisibile. La teoria dei poteri impliciti, infatti, a maggior ragione se riferita a poteri provvedimentali, non appare conforme al principio di legalità. Inoltre, la previsione da parte dell'articolo 23 della Costituzione di una riserva di legge in ordine a poteri provvedimentali e sanzionatori rende ancora più pressante la necessità di indicazioni specifiche da parte del legislatore. Pertanto, in considerazione del fatto che la norma primaria si limita a disciplinare nel dettaglio i soli poteri ispettivi, una lettura finalistica dell'articolo 182-*bis* deve intendersi come lesiva del principio di legalità<sup>665</sup>.

L'analisi della fondatezza delle basi legislative richiamate da Agcom a fondamento della sua potestà autoritativa deve quindi proseguire con l'esame di quanto previsto dalla direttiva e-Commerce e dal relativo decreto di recepimento italiano. Come è stato più volte chiarito, la direttiva 2000/31/CE, al terzo comma degli articoli 12, 13 e 14, legittima la possibilità per gli Stati membri di prevedere che Autorità amministrative o giudiziarie esigano dal prestatore di porre fine alle violazioni. Il decreto nazionale di recepimento, peraltro, recepisce *in toto* tale disposizione, omettendo di operare una scelta tra l'attribuzione di tale potere all'amministrazione o al potere giurisdizionale. Ciononostante, l'Agcom ha ricavato da tale disposizione la sua legittimazione ad intervenire nei confronti degli intermediari online, pur lasciando impregiudicata la possibilità di un intervento dell'Autorità giudiziaria<sup>666</sup>. Questa conclusione, in assenza di una presa di posizione tanto del legislatore nazionale, quanto di quello comunitario, appare quantomeno avventata, a maggior ragione se si considera che le successive direttive 2001/29/CE (c.d. Infosoc sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore nella società dell'informazione) e 2004/48/CE (c.d. IPRED sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale) optano per una "giurisdizionalizzazione" degli interventi nei confronti degli intermediari<sup>667</sup>. Come è stato poi criticamente rilevato in dottrina<sup>668</sup>, una lettura nel senso qui esplicitato della normativa sul commercio elettronico costituirebbe una forzatura interpretativa. L'Agcom, infatti, rinnegando la sua natura di Autorità amministrativa indipendente, riconosce un possibile fondamento per il suo potere normativo nel riferimento all'autorità amministrativa di cui alla direttiva e al

---

<sup>664</sup> ALVANINI, CASSINELLI, *I (possibili) nuovi poteri di Agcom in materia di diritto d'autore nel settore dei media*, cit., p. 550.

<sup>665</sup> ALVANINI, CASSINELLI, *I (possibili) nuovi poteri di Agcom in materia di diritto d'autore nel settore dei media*, cit., p. 551.

<sup>666</sup> ALVANINI, CASSINELLI, *I (possibili) nuovi poteri di Agcom in materia di diritto d'autore nel settore dei media*, cit., p. 552.

<sup>667</sup> Nexa Center for Internet & Society, Politecnico di Torino, Consultazione pubblica sullo schema di regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, p. 8.

<sup>668</sup> Intervento di F. CARDARELLI nell'ambito del convegno "*Internet e libertà di espressione: c'è bisogno di nuove leggi?*", tenutosi il 31 marzo 2014, Camera dei Deputati, Roma.



decreto 70/2003. Quest'interpretazione è però fuorviante, giacché viene meno il riferimento alla funzione di esercizio dei poteri pubblici intesi in senso ampio (e non alla mera funzione di vigilanza attribuita alle Autorità amministrative indipendenti) che verosimilmente era fermo nella mente dell'estensore originario.

La legge 31 luglio 1997, n. 249 ("Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo") prevede inoltre che l'Agcom possa adottare regolamenti, ma limita tali poteri al solo settore delle telecomunicazioni, escludendo dunque l'ambito del diritto d'autore<sup>669</sup>. La legge 14 novembre 1995 n. 481 invece, che istituisce le Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, prevede poteri di regolazione e controllo in capo alle stesse nei settori di loro competenza. Tale attribuzione, però, ha ad oggetto unicamente il settore delle telecomunicazioni, così da escludere ancora una volta un potere regolamentare dell'Autorità nell'ambito del diritto d'autore<sup>670</sup>. Ancora, il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259 (Codice delle comunicazioni elettroniche) esclude dal suo ambito di applicazione, al suo articolo 2, comma 2 le disposizioni in materia di servizi che forniscono contenuti trasmessi utilizzando reti e servizi di comunicazione elettronica. Il suddetto codice, dunque, può dirsi rivolto unicamente ai mezzi, e non al contenuto delle comunicazioni<sup>671</sup>.

L'Agcom pone poi a fondamento della sua competenza il d.lgs. 44/2010 (c.d. "decreto Romani") il quale, in recepimento della direttiva 2007/65/CE in materia di "Servizi di media audiovisivi", introduce un nuovo articolo 32-*bis* nel Testo unico dei servizi di

---

<sup>669</sup> Legge 31 luglio 1997, n. 249, recante "Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo", pubblicata nel Supplemento ordinario n. 154/L alla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana del 31 luglio 1997, n. 177. Si vedano ad esempio gli artt. 6, lett. b), n. 3) "vigila sulle modalità di distribuzione dei servizi e dei prodotti, inclusa la pubblicità in qualunque forma diffusa, fatte salve le competenze attribuite dalla legge a diverse autorità, e può emanare regolamenti, nel rispetto delle norme dell'Unione europea, per la disciplina delle relazioni tra gestori di reti fisse e mobili e operatori che svolgono attività di rivendita di servizi di telecomunicazioni"; n. 5) "in materia di pubblicità sotto qualsiasi forma e di televendite, emana i regolamenti attuativi delle disposizioni di legge e regola l'interazione organizzata tra il fornitore del prodotto o servizio o il gestore di rete e l'utente, che comporti acquisizione di informazioni dall'utente, nonché l'utilizzazione delle informazioni relative agli utenti"; n. 12) "verifica che la pubblicazione e la diffusione dei sondaggi sui mezzi di comunicazione di massa siano effettuate rispettando i criteri contenuti nell'apposito regolamento che essa stessa provvede ad emanare"; lett. c) n. 2) "garantisce l'applicazione delle norme legislative sull'accesso ai mezzi e alle infrastrutture di comunicazione, anche attraverso la predisposizione di specifici regolamenti".

<sup>670</sup> Legge 14 novembre 1995, n. 481, recante "Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità" pubblicata nel Supplemento ordinario n. 136 alla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana del 18 novembre 1995, n. 270. Si veda in proposito l'articolo 2 commi 5 e 6: "Le Autorità operano in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione; esse sono preposte alla regolazione e al controllo del settore di propria competenza. Le Autorità, in quanto autorità nazionali competenti per la regolazione e il controllo, svolgono attività consultiva e di segnalazione al Governo nelle materie di propria competenza anche ai fini della definizione, del recepimento e della attuazione della normativa comunitaria".

<sup>671</sup> Intervento di F. CARDARELLI nell'ambito del convegno "Internet e libertà di espressione: c'è bisogno di nuove leggi?", tenutosi il 31 marzo 2014, Camera dei Deputati, Roma.

media audiovisivi e radiofonici (D. Lgs. 31 luglio 2005, n. 177). L'articolo 32-bis T.U. sancisce il potere dell'Autorità di emanare le disposizioni regolamentari necessarie al fine di garantire l'osservanza dei limiti fissati dall'articolo e fissa un potere provvedimentale di Agcom nelle materie transfrontaliere<sup>672</sup>. In realtà tale fondamento pare vacillare: il decreto Romani ha ad oggetto la disciplina dei servizi media audiovisivi, la quale, sin dal principio, non sembra aver dimostrato una particolare attinenza con il diritto d'autore<sup>673</sup>. Invero, il Testo unico sui servizi di media audiovisivi, all'articolo 2, esclude dall'applicazione della disciplina "i servizi prestati nell'esercizio di attività precipuamente non economiche e che non sono in concorrenza con la radiodiffusione televisiva, quali i siti Internet privati e i servizi consistenti nella fornitura o distribuzione di contenuti audiovisivi generati da utenti privati a fini di condivisione o di scambio nell'ambito di comunità di interesse"; ciò limiterebbe i poteri di Agcom ai soli siti web che, offrendo un vero e proprio palinsesto, si pongono in una posizione concorrenziale rispetto ai media televisivi. È evidente che una limitazione di questo tipo non viene rispettata dal Regolamento Agcom emanato, il quale mira al perseguimento di ogni tipo di violazione del diritto d'autore, anche se operata mediante mere sequenze di immagine.

Lo stesso decreto Romani, peraltro, sembra evidenziare profili di illegittimità costituzionale per eccesso di delega: il d.lgs. 44/2010 è stato infatti emanato in forza della legge comunitaria 2009, la quale ha attribuito al Governo il potere di recepire una serie di direttive UE, tra le quali la nr. 65 dell'11 dicembre 2007, introducendo le occorrenti modificazioni alle discipline in gioco "ai fini di un migliore coordinamento con le discipline vigenti per i singoli settori interessati dalla normativa da attuare". Come osservato in dottrina, però, la disciplina di *enforcement* del diritto d'autore non sarebbe ascrivibile a tale finalità, risultando così in contrasto con l'articolo 76 della

---

<sup>672</sup> Art. 32-bis. Protezione dei diritti d'autore: 1. "Le disposizioni del presente testo unico non sono in pregiudizio dei principi e dei diritti di cui al decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 68, recante attuazione della direttiva 2001/29/CE, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, e al decreto legislativo 16 marzo 2006, n. 140, recante attuazione della direttiva 2004/48/CE, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale. I fornitori di servizi di media audiovisivi assicurano il pieno rispetto dei principi e dei diritti di cui alla legge 22 aprile 1941, n. 633, e successive modificazioni, indipendentemente dalla piattaforma utilizzata per la trasmissione di contenuti audiovisivi. 2. I fornitori di servizi di media audiovisivi operano nel rispetto dei diritti d'autore e dei diritti connessi, ed in particolare: a) trasmettono le opere cinematografiche nel rispetto dei termini temporali e delle condizioni concordate con i titolari dei diritti; b) si astengono dal trasmettere o ri-trasmettere, o mettere comunque a disposizione degli utenti, su qualsiasi piattaforma e qualunque sia la tipologia di servizio offerto, programmi oggetto di diritti di proprietà intellettuale di terzi, o parti di tali programmi, senza il consenso di titolari dei diritti, e salve le disposizioni in materia di brevi estratti di cronaca. 3. L'Autorità emana le disposizioni regolamentari necessarie per rendere effettiva l'osservanza dei limiti e divieti di cui al presente articolo". (Articolo inserito dall'art. 6 decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 44).

<sup>673</sup> ALVANINI, CASSINELLI, *I (possibili) nuovi poteri di Agcom in materia di diritto d'autore nel settore dei media*, cit., p. 552.

Costituzione, per eccesso di delega<sup>674</sup>. In merito invece ai poteri concretamente attribuiti all'Autorità dal decreto Romani, ci si trova ancora una volta ad escludere che esso possa attribuire ad Agcom il potere di emanare provvedimenti nei confronti degli ISP. Dall'esegesi dell'articolo 32-*bis*, comma 3, emerge che il decreto attribuisce un potere regolamentare in capo all'Autorità esercitabile unicamente nei confronti dei fornitori di servizi di media, i quali, all'articolo 2 T.U., sono definiti come persone fisiche o giuridiche "cui è riconducibile la responsabilità editoriale della scelta del contenuto audiovisivo del servizio di media audiovisivo e ne determina le modalità di organizzazione". Tale definizione determina quindi l'esclusione degli ISP dal novero dei destinatari del potere regolamentare di Agcom. La stessa Autorità, peraltro, nell'ambito dell'indagine conoscitiva del 2010, aveva rilevato che "l'esegesi della norma attributiva della vigilanza sulla tutela del diritto d'autore impone di escludere, *de iure condito*, la possibilità per l'Autorità di intervenire a infliggere una sanzione amministrativa in capo all'autore dell'accertata violazione"<sup>675</sup>.

Diversa è invece la circostanza in cui il fornitore di servizi è situato al di fuori dei confini nazionali, poiché, in tal caso, l'articolo 1-*ter*, comma 8 attribuisce all'Autorità poteri particolarmente ingerenti, i quali vanno dalla sospensione delle ricezioni e delle ritrasmissioni all'ordine di adottare ogni misura necessaria ad inibire la diffusione del contenuto lesivo, e che possono essere esplicati nei confronti di numerosi soggetti.

Stante dunque questa diversità fra i poteri attribuiti a seconda che il fornitore di servizi sia nazionale o meno, è necessario concludere che il fondamento legislativo dei poteri regolamentari ed autoritativi di Agcom non risolve i profili di illegittimità relativi alla potestà normativa delle Autorità indipendenti.

#### IV. Profili critici in termini di bilanciamento di interessi

Prima di entrare nel merito della disciplina specifica dettata dal regolamento, è opportuno osservare come tale atto normativo di Agcom rischi di entrare in conflitto con la futura normativa europea in materia di commercio elettronico attualmente in discussione, nell'ambito della quale la Commissione europea mira ad introdurre un nuovo sistema di *notice and take down* unificato per tutti gli Stati membri<sup>676</sup>. La regolamentazione da parte di Agcom sarebbe quindi eccessivamente tardiva e,

---

<sup>674</sup> ALVANINI, CASSINELLI, *I (possibili) nuovi poteri di Agcom in materia di diritto d'autore nel settore dei media*, cit., p. 553.

<sup>675</sup> Indagine conoscitiva "Il diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica", pubblicata sul sito web dell'Autorità il 12 febbraio 2010 e disponibile all'indirizzo [www.agcom.it](http://www.agcom.it).

<sup>676</sup> Commission Staff Working Document, E-commerce Action Plan 2012-2015. State of Play 2013, disponibile su [http://ec.europa.eu/internal\\_market/e-commerce/docs/communications/130423\\_report-ecommerce-action-plan\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/docs/communications/130423_report-ecommerce-action-plan_en.pdf) (consultato il 19/07/2014).

nell'attuale prospettiva comunitaria, sembra aggravare ancor più la situazione di tendenziale frammentazione delle discipline nazionali<sup>677</sup>.

Ai fini di dare una valutazione della normativa di cui al Regolamento Agcom, è utile fare riferimento alle risposte offerte dal Centro Nexa<sup>678</sup> alle domande poste dall'Autorità nell'ambito della consultazione pubblica sullo schema di regolamento allegato alla delibera n. 452/13/CONS. Lo studio mette subito in evidenza come le definizioni di cui all'articolo 1 appaiano confuse e poco coordinate: a titolo di esempio si può citare la definizione di "gestore della pagina di internet" di cui alla lettera h), la quale però non può che sovrapporsi a quella di "prestatore di servizi della società dell'informazione" di cui alla lettera f) e di "fornitore di servizi di media" di cui alla lettera o). Inoltre, pare particolarmente fumosa la distinzione tra i "fornitori di media audiovisivi", cui è dedicato il capo IV ed i "fornitori di servizi internet", cui si applica il capo III<sup>679</sup>.

Entrando poi nel vivo della trattazione, lo studio del Centro Nexa osserva che le procedure introdotte con il Regolamento, a dispetto delle indicazioni di principio di cui all'articolo 2, comma 2 non risultino idonee a garantire le contrastanti libertà di comunicazione, manifestazione del pensiero ed informazione<sup>680</sup>. La procedura in commento, infatti, oltre a non offrire alcuna garanzia effettiva ai portatori di tali interessi, si concentra esclusivamente sui prestatori intermediari, finendo per attribuire loro oneri eccessivi e per non prendere in adeguata considerazione il ruolo degli autori diretti dell'illecito. Si osservi al riguardo come l'introduzione di un procedimento rivolto specificamente agli intermediari finisca per capovolgere la posizione di favore che il

---

<sup>677</sup> Nexa Center for Internet & Society, Politecnico di Torino, Consultazione pubblica sullo schema di regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, p. 1.

<sup>678</sup> Il Nexa Center for Internet & Society del Politecnico di Torino è un centro di ricerca indipendente che studia il fenomeno di internet sotto il profilo tecnico, giuridico ed economico; <http://nexa.polito.it/about> (consultato il 6/08/2014).

<sup>679</sup> Particolarmente critica nei confronti di tali definizioni è anche la stessa Commissione Europea nell'ambito del documento confidenziale firmato dal suo Vicepresidente Maros Sefcovic, Commissario alle relazioni istituzionali, e svelato dallo Studio legale Sarzana in D. PROIETTI, *Esclusiva : il Documento Confidenziale della Commissione Europea su Regolamento AGCOM e copyright, mai mostrato in precedenza. La Commissione UE contesta formalmente all'AGCOM il pericolo di violazione dei diritti fondamentali, chiedendo garanzie. Ma l'Autorità approva il Regolamento*, in [www.lidis.it](http://www.lidis.it), 17 dicembre 2013, disponibile su [http://www.lidis.it/agcom\\_contestazione\\_commissione\\_europea.htm](http://www.lidis.it/agcom_contestazione_commissione_europea.htm) (consultato il 21/07/2014). In tale documento, la Commissione contesta, fra le altre, la nozione di "gestore di pagina internet", in quanto non presente nella legislazione italiana né in quella comunitaria e di "opera digitale". Non sarebbe sufficientemente chiaro, infatti, se questa si riferisca unicamente alle opere digitali in forma intangibile, escludendo quindi dall'ambito di applicazione del Regolamento, ad esempio, la vendita online di dvd.

<sup>680</sup> Articolo 2, Delibera 680/13/CONS: 2. "Nello svolgimento delle attività di cui al comma 1, l'Autorità opera nel rispetto dei diritti e delle libertà di comunicazione, di manifestazione del pensiero, di cronaca, di commento, critica e discussione, nonché delle eccezioni e delle limitazioni di cui alla Legge sul diritto d'autore. In particolare, l'Autorità tutela i diritti di libertà nell'uso dei mezzi di comunicazione elettronica, nonché il diritto di iniziativa economica e il suo esercizio in regime di concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche, nel rispetto delle garanzie di cui alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea".

legislatore comunitario prima, e nazionale poi, aveva inteso conferire loro mediante il sistema dei *safe harbor*<sup>681</sup>. Inoltre, l'assenza di indicazioni circa una procedura di *notice and take down*, la quale ha visto ridurre la sua rilevanza nel regolamento approvato, fa allontanare la normativa nazionale in tema di responsabilità degli ISP dalle finalità che emergono dalla direttiva e-Commerce<sup>682</sup>.

Si deve poi notare che l'Agcom, a differenza di quanto proposto nello schema di regolamento di cui alla delibera n. 398/11/CONS, ha ommesso di disciplinare la procedura di notifica, rimozione e contraddittorio tra le parti, perdendo così l'occasione di garantire maggior certezza del sistema. Peraltro, la brevità dei termini previsti nell'ambito del procedimento fa emergere come l'interesse dell'Autorità sia più sbilanciato nei confronti della speditezza del sistema, e quindi verso i titolari dei diritti lesi, piuttosto che verso la tutela dei diritti con essi confliggenti, la cui tutela richiederebbe maggiore ponderazione.

Lo studio di Nexa, poi, si interroga circa la completezza delle voci indicate nel modulo di istanza all'Autorità, prendendo a riferimento la *notification* disciplinata dal DMCA. Innanzitutto, si deve notare che il modulo di istanza all'Autorità richiede l'indicazione del mero indirizzo del sito su cui l'opera è collocata, e non anche lo specifico URL identificativo della stessa: tale carenza di specificità, come osservato nel corso della presente trattazione, potrebbe ostacolare la tempestiva difesa del provider. Inoltre, se la dichiarazione di veridicità richiesta nel modello nazionale non sembra esplicitare una grande utilità, l'elemento determinante che garantisce il successo della formulazione statunitense pare risiedere nella previsione di responsabilità patrimoniale per *misrepresentation*. Sotto questo aspetto, la normativa nazionale appare del tutto carente, in quanto omette *in toto* di affrontare il tema dell'abuso delle istanze di rimozione da parte dei soggetti qualificati: l'Autorità dunque, oltre ad auto-attribuirsi potestà non esplicitamente previste da fonti primarie, si astiene dal suo ruolo di garante del pubblico interesse<sup>683</sup>.

---

<sup>681</sup> Nexa Center for Internet & Society, Politecnico di Torino, Consultazione pubblica sullo schema di regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, p. 9.

<sup>682</sup> Si osservi peraltro che la proposta di regolamento in allegato alla Delibera n. 452/13/CONS del 25 luglio 2013 prevedeva, al suo articolo 6, una procedura "preamministrativa" che legittimava il titolare del diritto leso ad inviare una previa richiesta di rimozione al gestore della pagina internet, consentendo anche un riconoscimento delle procedure di autoregolamentazione da quest'ultimo adottate. Le osservazioni della Commissione Europea (vedi nota 680) in merito alla suddetta procedura di *notice and take down* hanno determinato però un'avventata rimozione di tale articolo 6, che ha modificato irrimediabilmente la natura del Regolamento. Così PROIETTI, *Esclusiva : il Documento Confidenziale della Commissione Europea su Regolamento AGCOM e copyright, mai mostrato in precedenza. La Commissione UE contesta formalmente all'AGCOM il pericolo di violazione dei diritti fondamentali, chiedendo garanzie. Ma l'Autorità approva il Regolamento*, cit.

<sup>683</sup> Nexa Center for Internet & Society, Politecnico di Torino, Consultazione pubblica sullo schema di regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, pp. 13 e 23. Così anche F. SARZANA, *Il regolamento Agcom su copyright, a rischio singoli blog, pagine facebook, software open source*, in *Il*

L'analisi del Regolamento procede poi con la valutazione della procedura volta all'emanazione dei provvedimenti dell'Autorità: essa non pare funzionale a guidare la formazione della decisione secondo meccanismi di garanzia, limitandosi piuttosto alla mera fissazione di alcuni passaggi burocratici. A differenza delle previsioni di cui al precedente schema di regolamento, il procedimento non sembra offrire alcuna tutela degli interessi confliggenti, omettendo, ad esempio, di regolare il contraddittorio delle parti in modo serio e puntuale e di prevedere termini congrui all'esercizio del proprio diritto di difesa. Si noti ad esempio che all'internet provider destinatario dell'ordine di rimozione non viene offerta una seria possibilità di difendersi: solo l'autore della violazione, infatti, potrebbe produrre nei tempi rapidi richiesti le prove dell'utilizzo lecito dei contenuti<sup>684</sup>. Ciò non lascia altra scelta al provider se non quella di rimuovere l'opera digitale in questione.

Stante quanto già in precedenza chiarito in merito al fondamento dei poteri di Agcom, è opportuno notare come l'ordine di reindirizzamento delle richieste di accesso al sito web lesivo si risolva in una eliminazione *tout court* della possibilità di acquisire le informazioni ivi ospitate. Tale misura appare eccessivamente drastica, in quanto essa, impedendo l'accesso anche agli eventuali contenuti leciti del sito, comporta inevitabili conseguenze negative in punto di libertà di espressione e di informazione<sup>685</sup>.

Nemmeno la previsione di un procedimento abbreviato sembra soddisfare le istanze di garanzia degli interessi in gioco: non solo, invero, l'Autorità si trova a dover valutare la gravità della violazione sulla base di una "prima sommaria cognizione dei fatti", insufficiente al fine di un'analisi ponderata, ma gli stessi parametri sui quali Agcom si deve fondare appaiono imprecisi e poco oggettivi. Si considerino, ad esempio, i criteri della "significativa quantità delle opere digitali lesive trasmesse" o quello del "carattere ingannevole del messaggio", i quali dovrebbero orientare l'organo direttivo verso l'individuazione del carattere massivo o particolarmente grave della violazione<sup>686</sup>.

---

*blog di Fulvio Sarzana*, disponibile su <http://www.fulviosarzana.it/blog/il-regolamento-agcom-su-copyright-si-applichera-ai-singoli-blog-alle-pagine-facebook-al-software-open-source/> (visualizzato il 21/07/2014).

<sup>684</sup> SARZANA, *Il regolamento Agcom su copyright, a rischio singoli blog, pagine facebook, software open source*, cit.

<sup>685</sup> Nexa Center for Internet & Society, Politecnico di Torino, Consultazione pubblica sullo schema di regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, p. 22.

<sup>686</sup> Nexa Center for Internet & Society, Politecnico di Torino, Consultazione pubblica sullo schema di regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, p. 23. Agcom, peraltro, pare avvedersi dell'eccessiva imprecisione dei criteri dettati, in quanto sostituisce il parametro "la persistenza della messa a disposizione di opere digitali in violazione del diritto d'autore e dei diritti connessi" allegato alla Delibera n. 452/13/CONS del 25 luglio 2013, con il seguente più chiaro criterio: "in relazione al medesimo oggetto e a seguito di una precedente istanza, l'Autorità abbia già ritenuto sussistente la violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi ai sensi dell'articolo 8, comma 2", introdotto nella versione definitiva del Regolamento. Critica a tal riguardo è anche la Commissione Europea nel documento riservato cit. (vedi nota 680), la quale osserva che il criterio del "carattere massivo della

Semplicistica appare invece la previsione in virtù della quale il procedimento abbreviato risulta attivabile anche nel caso in cui l'istanza di rimozione provenga da un'associazione a tutela del diritto d'autore.

L'introduzione di un procedimento alternativo applicabile unicamente ai fornitori dei servizi media audiovisivi pare inoltre risolversi in un'ingiustificata disparità di trattamento fra intermediari della società dell'informazione. Se, infatti, gli internet service provider possono vedere espliciti nei loro confronti gli ingerenti poteri provvedimentali di cui al capo III, i fornitori di media audiovisivi potranno essere unicamente destinatari dei poteri di cui al capo IV, i quali sono costituiti prevalentemente dalla diffida o dal formale richiamo. Stante dunque l'assenza di una valida giustificazione a tale disparità di trattamento, sembra opportuno procedere con l'unificazione dei procedimenti previsti dal Regolamento e limitare il controllo alle sole violazioni commesse dai fornitori di servizi media audiovisivi, i quali, a norma dell'articolo 32-*bis*, sono gli unici possibili destinatari dei poteri regolamentari dell'Autorità garante.

Il regolamento Agcom si pone dunque come uno strumento per il bilanciamento fra il diritto d'autore e gli ulteriori interessi inevitabilmente limitati dalla sua tutela. L'Autorità si è infatti trovata a dover individuare un corretto punto di equilibrio tra il diritto d'autore, fatto valere in particolare nella sua dimensione economica, il diritto del gestore del sito web a diffondere le informazioni ivi contenute e il diritto di accesso a internet degli utenti, il quale, essendo riconosciuto come diritto strumentale all'esercizio di ulteriori libertà fondamentali, viene elevato da alcuni commentatori al rango di diritto costituzionale<sup>687</sup>. Tuttavia, l'analisi della procedura dettata dal Regolamento fa emergere come questa non sia idonea a raggiungere il suo obiettivo, tanto che il bilanciamento concretamente operato è tale da far sorgere ulteriori profili di illegittimità costituzionale.

---

violazione" manca di oggettività, in quanto non sembra compatibile con la caratteristica della facile riproducibilità dei contenuti digitali in internet (si veda PROIETTI, *Esclusiva : il Documento Confidenziale della Commissione Europea su Regolamento AGCOM e copyright, mai mostrato in precedenza. La Commissione UE contesta formalmente all'AGCOM il pericolo di violazione dei diritti fondamentali, chiedendo garanzie. Ma l'Autorità approva il Regolamento*, cit.).

<sup>687</sup> Così R. PISA, *L'accesso a Internet: un nuovo diritto fondamentale?*, in [www.treccani.it/Portale/sito/diritto/approfondimenti/2\\_Pisa\\_internet.html](http://www.treccani.it/Portale/sito/diritto/approfondimenti/2_Pisa_internet.html) (consultato il 20/07/2014) e T. E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a internet*, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/articolorivista/il-diritto-costituzionale-di-accesso-internet> (consultato il 20/07/2014), il quale ritiene che " il diritto di accesso a Internet è una libertà fondamentale il cui esercizio è strumentale all'esercizio di altri diritti e libertà costituzionali: non solo la libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost., ma anche il diritto al *pieno sviluppo della persona umana* e all'*effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese* di cui all'art. 3 Cost., o piuttosto la libertà di impresa di cui all'art. 41 Cost.". L'Autore cita altresì l'esempio virtuoso della Finlandia, "dove è stata approvata una legge, entrata in vigore dal 1° luglio 2010, che definisce un *diritto legale* l'accesso a Internet per tutti gli oltre cinque milioni di cittadini del Paese".

Il Regolamento Agcom non sembra rispettare il principio in base al quale le libertà fondamentali, tra le quali possono essere annoverate le libertà di espressione, alla segretezza delle comunicazioni e all'accesso a internet, devono prevalere su quelle economiche, fra le quali rientra il diritto allo sfruttamento economico delle opere d'ingegno<sup>688</sup>. L'Autorità, invero, a seguito di un processo decisorio che, seppur presidiato dai principi di indipendenza e di imparzialità, non presenta le medesime garanzie del giudizio dinanzi all'A.G.O.<sup>689</sup>, può disporre la rimozione del contenuto o la disabilitazione dell'accesso dell'utente al sito, le quali, con la loro drasticità, non attribuiscono un peso sufficiente agli eventuali usi leciti presenti. Il rischio di limitare la libertà di espressione e il diritto di informazione degli utenti viene annoverato fra le conseguenze negative tollerabili della tutela del diritto d'autore, non consistendo in un peso sufficiente a spostare l'ago della bilancia verso gli interessi degli utenti. L'Autorità dunque, introducendo queste disposizioni, sovverte la gerarchia costituzionale tra libertà fondamentali ed interessi economici.

Ulteriori profili di illegittimità costituzionale possono sorgere con riguardo alla riserva di legge e di giurisdizione in materia di libertà fondamentali<sup>690</sup>. Per quanto riguarda il

---

<sup>688</sup> DE MINICO, *Libertà e copyright nella Costituzione e nel diritto dell'Unione*, cit., p. 11. Così anche G. DE MINICO, *Il dilemma della Rete tra libertà, copyright e il ruolo delle regole*, in *La Repubblica*, 28 aprile 2014, disponibile su [http://www.repubblica.it/economia/affari-e-finanza/2014/04/28/news/il\\_dilemma\\_della\\_rete\\_tra\\_libert%C3%A0\\_copyrigth\\_e\\_il\\_ruolo\\_delle\\_regole-84651139/](http://www.repubblica.it/economia/affari-e-finanza/2014/04/28/news/il_dilemma_della_rete_tra_libert%C3%A0_copyrigth_e_il_ruolo_delle_regole-84651139/) (consultato il 21/07/2014), la quale mette in luce altresì come i rimedi della disabilitazione dell'accesso e della rimozione del contenuto illecito non siano di fatto idonei ad eliminare la pirateria online. L'Autrice fa riferimento all'ordinamento francese, il quale, con una legge del 2010, mira a reprimere la pirateria online mediante un meccanismo di blocco dell'accesso del navigante al sito web: "La sanzione è pesante perchè negare l'accesso impedisce di manifestare il pensiero, imparare, curarsi, incontrarsi online, esercitare sul web i diritti fondamentali. Cosa ancor più grave se si considera che la presunta idoneità a combattere la pirateria è smentita dai fatti: il rapporto Lescure dimostra che i francesi più temerari continuano a scaricare illecitamente dal web, i più cauti si sono dotati di accorgimenti per rendere invisibile il proprio accesso. L'esperienza francese insegna che la punizione più severa rischia di essere una grida manzoniana incapace di scoraggiare l'illecito".

<sup>689</sup> G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 95 e, per tutti, P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, Cedam, 2002, pp. 143 ss. il quale sostiene che "è proprio il principio di *funzionalità* a connotare giuridicamente il nesso logico che unisce azione amministrativa e fine pubblico e che rende *direttamente ed immediatamente* rilevante sul piano giuridico il perseguimento dell'interesse pubblico da parte dell'amministrazione. (...) Tale principio (...) rimane l'unica fonte di regolazione di quei poteri non disciplinati nel dettaglio. In tal senso, il rilievo giuridico della discrezionalità rimane affidato ai principi giuridici che garantiscono il corretto esercizio dei poteri, in relazione ai compiti indicati dalla legge. Attraverso questi principi il g.a. assicura la legalità sostanziale dell'azione amministrativa, nel rispetto delle prerogative e delle responsabilità della pubblica amministrazione".

<sup>690</sup> Si veda l'articolo 21 della Costituzione, il quale, ai commi 2-4 prevede che "2. La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure. 3. Si può procedere a sequestro soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria nel caso di delitti, per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi, o nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescrive per l'indicazione dei responsabili. 4. In tali casi, quando vi sia assoluta urgenza e non sia possibile il tempestivo intervento dell'autorità giudiziaria, il sequestro della stampa periodica può essere eseguito da ufficiali di polizia giudiziaria, che devono immediatamente, e non mai oltre ventiquattro ore, fare denuncia all'autorità giudiziaria. Se questa non lo convalida nelle ventiquattro ore successive, il sequestro s'intende revocato e privo d'ogni effetto".



primo aspetto, il principio della riserva di legge non sarebbe rispettato nemmeno se inteso in senso relativo: esso, infatti, presupporrebbe comunque l'indicazione di criteri direttivi da parte del legislatore, i quali, come osservato nel corso della trattazione, sono del tutto assenti. Nell'emanazione del regolamento in parola, l'Autorità si fa al contempo autore della normativa di secondo grado e decisore politico, con i conseguenti rischi in tema di violazione del principio di gerarchia e del principio di legalità. Sotto il profilo della riserva di giurisdizione, inoltre, bisogna osservare che l'ultima versione del regolamento prevede che il ricorso ad Agcom non sia più preclusivo del trasferimento della lite in sede giudiziale, come già esplicitato in occasione della Delibera n. 452/13/CONS<sup>691</sup>. La mera previsione di un'alternatività tra i due rimedi non è di per sé sufficiente a colmare tale vizio, in quanto la riserva di giurisdizione e il cumulo dei rimedi sono due concetti reciprocamente incompatibili<sup>692</sup>. Né tale conflitto può essere superato in forza dell'argomentazione secondo cui il privato, scegliendo il rimedio amministrativo, rinuncia implicitamente alla tutela garantita mediante la riserva<sup>693</sup>. L'Autorità però non si limita alla previsione di un rimedio cumulativo, bensì esplicita chiaramente la prevalenza del rimedio giurisdizionale ordinario rispetto a quello amministrativo: il Regolamento prevede, invero, tanto l'impossibilità di attivare il procedimento dinnanzi ad Agcom in pendenza di un'eguale causa ordinaria, quanto la sua immediata archiviazione in caso di ricorso successivo. L'Autorità sembrerebbe essersi dunque avveduta del vizio di illegittimità di cui alla prima proposta di regolamento del 2010, il quale prevedeva unicamente un meccanismo di alternatività fra i due rimedi<sup>694</sup>. Tuttavia, non sembrerebbero comunque placate le preoccupazioni di

---

Ad evidenziare questo elemento critico, DE MINICO, *Libertà e copyright nella Costituzione e nel diritto dell'Unione*, cit., p. 10.

<sup>691</sup> Delibera n. 452/13/CONS: "Considerato che l'azione dell'Autorità è principalmente finalizzata a fornire strumenti di rapido intervento nei confronti dei fenomeni massivi di violazioni del diritto d'autore online. Inoltre, l'intervento dell'Autorità si propone come alternativo, e non sostitutivo, rispetto a quello dell'autorità giudiziaria, essendo prevista l'archiviazione del procedimento laddove una delle parti adisca l'autorità giudiziaria".

<sup>692</sup> DE MINICO, *Libertà e copyright nella Costituzione e nel diritto dell'Unione*, cit., p. 14.

<sup>693</sup> DE MINICO, *Libertà e copyright nella Costituzione e nel diritto dell'Unione*, cit., p. 14.

<sup>694</sup> Allegato B alla Delibera n. 668/10/CONS del 17 dicembre 2010, Lineamenti di provvedimento concernente l'esercizio delle competenze dell'autorità nell'attività di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica, p. 13, che reca "Affinché la funzione di garanzia dell'Autorità sia realmente efficace è necessario che essa si snodi attraverso una procedura estremamente semplice nei modi e celere e certa nei tempi. Solo in tal modo si riuscirebbe a garantire ai titolari dei diritti una forma di protezione alternativa (e non sostitutiva) rispetto a quella già offerta dall'Autorità giudiziaria. Ferma restando, infatti, l'azione di repressione, anche sul piano penale, dello sfruttamento a scopo di lucro di opere dell'ingegno, di appannaggio esclusivo della magistratura inquirente, il legislatore ha voluto introdurre meccanismi alternativi di prevenzione e reazione agli illeciti, che però devono essere basati su strumenti ragionevoli e proporzionati, contro chi consente di usufruire (anche solo per finalità meramente private), senza averne diritto, di opere creative".

In senso radicalmente opposto va invece l'intervento di F. CARDARELLI nell'ambito del convegno "*Internet e libertà di espressione: c'è bisogno di nuove leggi?*", tenutosi il 31 marzo 2014, Camera dei Deputati, Roma, il quale esclude che la regola dell'alternatività prevista nell'ultima versione del regolamento sia idonea a sanare i profili di illegittimità del regolamento in relazione al rispetto della

parte della dottrina, la quale aveva denunciato che l'attribuzione di un potere inibitorio in capo ad un'Autorità amministrativa genera la riduzione dei termini di consolidamento del provvedimento, poiché, una volta scaduti i termini per l'impugnativa di annullamento, si preclude la possibilità per il controinteressato di adire l'autorità giudiziaria<sup>695</sup>. Né, tantomeno, sarebbe risolta la problematica per cui l'attribuzione di nuove competenze alle Autorità amministrative indipendenti comporta uno spostamento della tutela giurisdizionale dal giudice ordinario al giudice amministrativo per "blocchi di materie": tale attribuzione di competenze, infatti, non solo necessita di un'apposita previsione di legge ai sensi dell'articolo 103 della Costituzione, ma è stata altresì fortemente ridimensionata dalla pronuncia della Corte costituzionale n. 204/2004<sup>696</sup>. Si noti peraltro che il giudice amministrativo deputato al controllo degli atti emanati da Agcom avrebbe un potere di cognizione limitato al controllo di legittimità dell'azione amministrativa, e non esteso anche al merito della controversia<sup>697</sup>.

Non meno rilevante appare inoltre il profilo del principio di separazione dei poteri, il quale risulta deliberatamente violato da un modello giuridico che attribuisce al medesimo soggetto tanto il potere normativo quanto quello para-giurisdizionale. In questo modo, il potere rivendicato da Agcom viene sottratto all'ulteriore controllo derivante dal frazionamento del potere statale, il quale, negli stati democratici, è posto a garanzia contro eventuali derive autoritative.

Profili di incompatibilità emergerebbero anche con riguardo al diritto comunitario, in quanto il bilanciamento di interessi concretamente effettuato non sembra rispettare i criteri dettati dal *balancing test*. Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, invero, tale test può dirsi soddisfatto solo qualora le limitazioni

---

riserva di giurisdizione. Innanzitutto, l'Autore ritiene che, ove l'ordinamento preveda la possibilità di avvalersi di una tutela alternativa a quella giurisdizionale, sia necessaria una previsione *ad hoc* mediante una fonte di rango primario. A tal fine non sarebbe dunque sufficiente una mera disposizione regolamentare. In secondo luogo, la disciplina del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica di cui al D.P.R. 1199/1971, che rappresenta il modello dell'alternatività alla tutela giurisdizionale, non si limita a disporre la prevalenza di quest'ultima sul ricorso straordinario, ma prevede altresì la possibilità per il soggetto intimato e per l'Amministrazione resistente che siano in disaccordo con la tecnica del ricorso straordinario, di richiedere la trasposizione della causa dinnanzi al giudice amministrativo (articolo 10 D.P.R. 1199/1971). A parere dell'Autore, questo aspetto non sarebbe considerato nell'ultima versione del regolamento: la proposta di cui alla delibera 398/11/CONS prevedeva infatti, ai suoi articoli 6 e 7, la possibilità per il soggetto segnalante e per il gestore del sito di adire direttamente l'Autorità giudiziaria, ma quest'ultima ipotesi è stata espunta dalla versione finale del regolamento.

<sup>695</sup> M. BERTANI, *Internet e la "amministrativizzazione" della proprietà intellettuale*, in *AIDA*, 2012, 129, p. 158.

<sup>696</sup> Intervento di F. CARDARELLI nell'ambito del convegno "*Internet e libertà di espressione: c'è bisogno di nuove leggi?*", tenutosi il 31 marzo 2014, Camera dei Deputati, Roma, il quale fa l'esempio dell'attribuzione all'Autorità Antitrust della competenza in materia di pubblicità ingannevole. I provvedimenti emanati dall'Autorità in tale disciplina diventano quindi di competenza del giudice amministrativo, quando non lo sarebbero invece *ratione materiae*. Lo stesso vale per il diritto d'autore, il quale diventa competenza del giudice amministrativo, pur non essendolo per legge.

<sup>697</sup> M. BERTANI, *Internet e la "amministrativizzazione" della proprietà intellettuale*, in *AIDA*, 2012, 129, p. 158.

operate nei confronti di un primo diritto siano essenziali, non altrimenti evitabili e proporzionate in termini di costi/benefici; tuttavia, non sembra che i provvedimenti emanabili da Agcom in forza del regolamento presentino tali caratteristiche<sup>698</sup>, in quanto la rimozione del contenuto e la disabilitazione dell'accesso non sembrano sufficientemente flessibili da poter essere graduati in base alle diverse situazioni, e finiscono per far dubitare della loro legittimità anche alla luce del diritto comunitario. Diverso sarebbe stato, invece, se l'Autorità avesse previsto come unico rimedio una sanzione pecuniaria, la quale, per sua stessa natura, risulta facilmente parametrabile ai diversi contesti.

La dubbia legittimità della disciplina prevista da Agcom ha spinto il Movimento di difesa del Cittadino, Altroconsumo, Assintel e Assoprovider-Confcommercio ad impugnare il Regolamento dinnanzi al TAR Lazio e a richiedere una moratoria all'Autorità nell'applicazione della suddetta normativa<sup>699</sup>. Agcom non sembra tuttavia aver accolto tale richiesta ed ha dato subito corso all'applicazione della disciplina: così facendo, l'Autorità si è assunta il rischio delle ricadute negative di un eventuale annullamento in ordine alla legittimità delle decisioni da essa assunte, ai diritti dei consumatori italiani e dei provider attivi sul web e alla regolarità delle spese di Agcom per l'attuazione dei suoi poteri<sup>700</sup>. Il Regolamento dell'Autorità è stato impugnato con ricorso straordinario al Capo dello Stato anche dall'emittente satellitare Sky<sup>701</sup>.

---

<sup>698</sup> DE MINICO, *Libertà e copyright nella Costituzione e nel diritto dell'Unione*, cit., p. 13. Si osservi, ancora, come la Commissione Europea, nell'ambito del documento riservato cit. (vedi nota 680), avesse rilevato l'assenza di meccanismi di garanzia dei diritti fondamentali, chiedendo all'Agcom chiarimenti in proposito (così PROIETTI, *Esclusiva : il Documento Confidenziale della Commissione Europea su Regolamento AGCOM e copyright, mai mostrato in precedenza. La Commissione UE contesta formalmente all'AGCOM il pericolo di violazione dei diritti fondamentali, chiedendo garanzie. Ma l'Autorità approva il Regolamento*, cit.).

<sup>699</sup> F. SARZANA, *Regolamento Agcom sul diritto d'autore. Dopo la decisione odierna del TAR Lazio le Associazioni di consumatori e gli operatori di Tlc di Confcommercio chiedono lo stop all'Autorità*, in *Il blog di Fulvio Sarzana*, disponibile su <http://www.fulviosarzana.it/blog/regolamento-agcom-su-diritto-dautore-dopo-la-decisione-odierna-del-tar-lazio-le-associazioni-di-consumatori-e-gli-operatori-di-tlc-di-confcommercio-chiedono-lo-stop-allautorita/> (consultato il 22/07/2014). Così anche R. NATALE, *#ddaonline: ricorso al TAR del Lazio contro il Regolamento Agcom*, in *Knowledge for business*, 25 febbraio 2014, disponibile su [http://www.key4biz.it/News/2014/02/25/Policy/Ddaonline\\_regolamento\\_agcom\\_diritto\\_dautore\\_Anso\\_Femi\\_Open\\_Media\\_Coalition\\_223296.html](http://www.key4biz.it/News/2014/02/25/Policy/Ddaonline_regolamento_agcom_diritto_dautore_Anso_Femi_Open_Media_Coalition_223296.html) (consultato il 22/07/2014); L. GAROFALO, *Per Scorza il regolamento Agcom è incostituzionale. La parola al Tar*, in *Media Duemila*, 22 aprile 2014, disponibile su <http://www.media2000.it/2014/04/guido-scorza-agcom-non-parlamento-regolamento-incostituzionale/> (consultato il 22/07/2014); C. TAMBURRINO, *Regolamento Agcom alla corte del Tar*, in *Puntoinformatico.it*, 26 febbraio 2014, disponibile su <http://puntoinformatico.it/3999692/PI/News/regolamento-agcom-alla-corte-del-tar.aspx> (consultato il 22/07/2014).

<sup>700</sup> SARZANA, *Regolamento Agcom su diritto d'autore. Dopo la decisione odierna del TAR Lazio le Associazioni di consumatori e gli operatori di Tlc di Confcommercio chiedono lo stop all'Autorità*, cit.

<sup>701</sup> F. SARZANA, *Esclusivo. Sky impugna il regolamento Agcom sul diritto d'autore. Notificato all'Avvocatura di Stato il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Il blog di Fulvio Sarzana*, 11 aprile 2014, disponibile su <http://www.fulviosarzana.it/blog/esclusivo-sky-impugna-il-regolamento-agcom-sul-diritto-dautore-notificato-allavvocatura-di-stato-il-ricorso-straordinario-al-presidente-della-repubblica/> (consultato il 22/07/2014).

## V. I provvedimenti emanati in forza del regolamento Agcom

Stante l'incerta legittimità della disciplina delineata nel Regolamento, il giudizio definitivo non può che conseguire alla valutazione dell'applicazione operata nel concreto da parte di Agcom. Alcuni commentatori paventano infatti il rischio che la suddetta Autorità possa dare corso ad un'applicazione eccessivamente rigida delle norme nazionali in tema di diritto d'autore<sup>702</sup>. E nonostante Agcom abbia sempre sostenuto che il Regolamento miri unicamente alla rimozione dei siti palesemente dediti alla pirateria<sup>703</sup>, quest'ultimo ha presto mostrato il suo vero volto.

La prima richiesta di rimozione ha avuto ad oggetto una fotografia pubblicata su un sito web volto a promuovere il turismo in Puglia. Il sito, tuttavia, si è adeguato alla richiesta dell'istante prima del perfezionamento della decisione dell'Autorità, così da determinare l'archiviazione del procedimento<sup>704</sup>. Il primo provvedimento vero e proprio, pubblicato sul sito di Agcom, è stato emanato invece nei confronti del sito internet "cineblog-01.net"<sup>705</sup>. La società Inthelfilm s.r.l. e la Federazione Tutela Contenuti Audiovisivi e Multimediali (FAPAV) hanno infatti dato corso ad un procedimento dinnanzi all'Autorità lamentando la presenza sul sito web in questione di una serie di opere digitali in presunta violazione degli articoli 2, comma 1, n. 6), 12, 13, 16 e 78-ter, lett. a) e d), della legge n. 633/41, di cui i soggetti istanti detenevano i diritti d'autore. La Direzione Servizi Media ha rilevato l'assenza di condizioni ostative all'avvio del procedimento e ha disposto l'applicazione dei termini abbreviati di cui all'articolo 9 del Regolamento, in considerazione sia della quantità massiva delle violazioni sussistenti, sia della provenienza dell'istanza da una delle associazioni indicate nella medesima normativa. Una volta verificata la titolarità dei diritti in capo ai soggetti istanti e rilevata

---

<sup>702</sup> A. LONGO, *Dopo le prime denunce per Agcom cominciano i primi guai*, in *Il Sole 24 Ore*, il 27 aprile 2014, disponibile su <http://www.ilsole24ore.com/art/tecnologie/2014-04-25/dopo-prime-denunce-agcom-cominciano-primi-guai--100719.shtml?uuid=ABgggeDB> (consultato il 21/07/2014).

<sup>703</sup> Si vedano ad esempio l'intervento del commissario Agcom Francesco Posteraro, disponibile su [http://www.corrierecomunicazioni.it/it-world/28143\\_posteraro-per-tutelare-il-copyright-puntare-su-autoregolamentazione.htm](http://www.corrierecomunicazioni.it/it-world/28143_posteraro-per-tutelare-il-copyright-puntare-su-autoregolamentazione.htm) (consultato il 22/07/2014) e l'intervista al presidente dell'Autorità Angelo Marcello Cardani di cui all'articolo F. SARZANA, *Agcom, il presidente Cardani e i 'pirati' del web*, in *IlFattoQuotidiano.it*, 30 novembre 2013, disponibile su <http://www.ilfattoquotidiano.it/2013/11/30/agcom-il-presidente-cardani-e-i-pirati-del-web/796381/> (consultato il 22/07/2014).

<sup>704</sup> F. SARZANA, *Regolamento Agcom: altro che pirateria! Basta una foto per chiudere un sito?*, in *IlFattoQuotidiano.it*, 15 aprile 2014, disponibile su <http://www.ilfattoquotidiano.it/2014/04/15/regolamento-agcom-altro-che-pirateria-basta-una-foto-per-chiudere-un-sito/952490/> (consultato il 22/07/2014) e M. PENNISI, *Agcom, la caccia ai pirati è iniziata*, in *Diariopernondimenticare.blogspot.it*, disponibile su <http://diariopernondimenticare.blogspot.it/2014/04/agcom-la-caccia-ai-pirati-e-iniziata.html> (consultato il 22/07/2014).

<sup>705</sup> Delibera n. 41/14/CSP, Provvedimento ai sensi degli articoli 8, commi 2 e 4, e 9, comma 1, lett. d), del regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, di cui alla delibera n. 680/13/CONS.(Proc. n. 02/DDA/FP).

l'assenza di limitazioni ed eccezioni al diritto d'autore tali da legittimare l'utilizzo delle opere in questione, l'Autorità ha ritenuto sussistenti i presupposti per l'emanazione di un provvedimento di disabilitazione dell'accesso al sito "cineblog-01.net". In particolare Agcom, prendendo atto del fatto che la pagina web lesiva dei diritti d'autore era collocata su un server straniero, ha disposto l'attuazione del provvedimento mediante la disabilitazione dell'accesso al sito da parte dei *mere conduit* provider nazionali. Questo primo provvedimento fa sorgere però dei dubbi: il sito in questione risulta infatti essere un'identica versione dei siti "cineblog01.net" o "cineblog01.tv" in relazione ai quali, al tempo dell'emanazione del provvedimento Agcom, già pendeva un procedimento penale della Procura della Repubblica di Roma<sup>706</sup>. Incerta rimane dunque anche la prevalenza dell'azione dell'Autorità Giudiziaria Ordinaria rispetto a quella amministrativa. Il procedimento penale è peraltro sfociato nell'emanazione di un'ordinanza cautelare da parte del GIP di Roma Costantino de Robbio, il quale, il 14 luglio 2014, ha disposto il sequestro preventivo di 25 importanti siti web con funzioni di *cyberlocker*, ossia di siti che forniscono *hosting* a contenuti digitali, per violazione dell'articolo 171-ter, comma 2<sup>707</sup>. Questo provvedimento mette in evidenza l'inutilità del regolamento Agcom sotto un duplice punto di vista: innanzitutto, esso dimostra che le norme vigenti in tema di diritto d'autore sono già sufficienti a perseguire la pirateria online, senza che siano necessarie a tal fine ulteriori misure di enforcement; in secondo luogo, questa misura cautelare mette in risalto il fallimento dello stesso procedimento elaborato da Agcom, in quanto uno dei siti oggetto di sequestro nell'ordinanza in commento era già stato oggetto di archiviazione da parte dell'Autorità<sup>708</sup>.

---

<sup>706</sup> F. SARZANA, *Agcom: lo "sceriffo" del web non aspetta nemmeno i termini previsti dal suo stesso regolamento e ordina ai provider il blocco dei siti*, in *Il blog di Fulvio Sarzana*, disponibile su <http://www.fulviosarzana.it/blog/agcom-lo-sceriffo-del-web-non-aspetta-nemmeno-i-termini-previsti-dal-suo-stesso-regolamento-e-ordina-ai-provider-il-blocco-dei-siti/> (consultato il 22/07/2014); PENNISI, *Agcom, la caccia ai pirati è iniziata*, cit.

<sup>707</sup> Ha sollevato perplessità l'estensione del sequestro preventivo al sito "Mega.co.nz", erede dello scomparso Megaupload, il quale, a differenza degli altri siti di *streaming*, offre un servizio di *cloud storage* mettendo a disposizione degli utenti un *hard disk* remoto con 50 GB di memoria. Questo servizio non presenta dunque la medesima vocazione alla pirateria degli altri *cyberlocker*, in quanto offre un servizio suscettibile di sostanziali usi leciti, al pari di Dropbox o Google Drive. Così F. SARZANA, *Procura della Repubblica di Roma. Operazione "Eyemoon". Mega.co.nz e altri 24 portali sequestrati. Kim Dotcom e l'oligarca russo Alishir Usmanov tra i target*, in [www.fulviosarzana.it](http://www.fulviosarzana.it) (consultato il 28/07/2014); G. FROSIO, *Intermediary liability news from Italy: Courts block Mega and Mail.ru and force Youtube to proactively monitor its platform for copyright infringement*, in *The Center for Internet and Society*, disponibile su <https://cyberlaw.stanford.edu/blog/2014/07/intermediary-liability-news-italy-courts-block-mega-and-mailru-and-force-youtube> (consultato il 28/07/2014); P. OTTOLINA, *Operazione anti-pirateria, bloccati anche il nuovo Mega di Kim Dotcom e Mail.ru*, in *Corriere della Sera*, disponibile su <http://malditech.corriere.it/2014/07/18/operazione-anti-pirateria-bloccati-anche-il-nuovo-mega-di-kim-dotcom-e-mail-ru/> (consultato il 28/07/2014); F. VENDRAME, *Mega oscurato, maxi operazione anti-pirateria*, in *Web News*, disponibile su <http://www.webnews.it/2014/07/21/mega-oscurato-maxi-operazione-anti-pirateria/> (consultato il 28/07/2014).

<sup>708</sup> SARZANA, *Procura della Repubblica di Roma. Operazione "Eyemoon". Mega.co.nz e altri 24 portali sequestrati. Kim Dotcom e l'oligarca russo Alishir Usmanov tra i target*, cit.

Il volto minaccioso del Regolamento Agcom emerge anche con riguardo al procedimento avviato contro il sito web "risorsedidattiche.net", il quale metteva a disposizione gratuitamente schede didattiche destinate all'insegnamento ai bambini della scuola elementare<sup>709</sup>. Il procedimento trae origine a seguito della richiesta di rimozione dal sito web citato di dieci mappe concettuali relative a vari argomenti didattici, avviata da un soggetto privato detentore dei relativi diritti. Entro i termini previsti, l'*host* provider Aruba aveva dichiarato la sua estraneità ai fatti ed aveva comunicato di aver contattato il gestore del sito in questione: quest'ultimo, dopo aver rimosso le due opere digitali effettivamente caricate sulla sua piattaforma, si era rifiutato di rimuovere le restanti otto. Queste ultime, infatti, erano presenti sul sito unicamente per mezzo di *link* che rinviavano direttamente al sito originario e, a dire del soggetto resistente, ciò non poteva costituire un'effettiva violazione del diritto d'autore. L'Autorità quindi, rilevando l'assenza delle condizioni per ritenere sussistente l'illecito, aveva disposto l'archiviazione degli atti. Questa fattispecie, pur concludendosi con un lieto fine, dimostra chiaramente il potenziale lesivo del Regolamento in questione: lungi dal perseguire unicamente i siti web dediti alla pirateria, invero, questo procedimento avrebbe potuto condurre all'oscuramento di un sito che, mediante collegamenti ipertestuali, contribuisce alla diffusione di strumenti per l'insegnamento e la crescita culturale.

Altrettanto preoccupanti sono poi i numerosi procedimenti conclusi con l'adeguamento spontaneo dei destinatari alla richiesta di rimozione: tali fattispecie hanno visto coinvolti molto spesso portali dedicati alla promozione culturale o allo sviluppo del turismo, i quali, minacciati dallo spettro dell'avvio di un procedimento amministrativo nei loro confronti, si sono visti costretti a rimuovere i contenuti prima che l'Autorità stessa ne avesse accertato l'illiceità. Si citino, a titolo di esempio, la richiesta di rimozione di una fotografia dal sito [www.repubblica.it](http://www.repubblica.it)<sup>710</sup>, l'istanza di rimozione del video "Casa Zampini e Ivo Pannaggi" dal sito <http://www.beniculturali.marche.it><sup>711</sup> o, ancora quella relativa al video di carattere informativo "Volante 113 Firenze: arresto nomadi per furto in appartamento" dalla sezione video del sito web de "La Repubblica"<sup>712</sup>.

---

<sup>709</sup> Delibera n. 67/14/CSP, Archiviazione ai sensi dell'articolo 8, comma 1, del Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, di cui alla Delibera n. 680/13/CONS (Proc. n. 14/DDA/AP - risorsedidattiche.net). In proposito, F. SARZANA, *Agcom se la prende con i bambini delle elementari. Ordine di rimozione per Iliade, Odissea e babilonesi su risorsedidattiche.net*, in Il blog di Fulvio Sarzana, in <http://www.fulviosarzana.it/blog/agcom-se-la-prende-con-i-bambini-delle-elementari-ordine-di-rimozione-per-iliade-odissea-e-babilonesi-su-risorsedidattiche-net/> (consultato il 22/07/2014).

<sup>710</sup> Determina n. 06/14/DDA, Archiviazione dell'istanza DDA/15 ai sensi dell'art. 7 comma 3, del regolamento allegato alla delibera n. 680/13/CONS (Proc. n. 01/DDA/FP).

<sup>711</sup> Determina n. 07/14/DDA, Archiviazione dell'istanza DDA/18 ai sensi dell'art. 7, comma 3, del Regolamento allegato alla Delibera n. 680/13/CONS (Proc. n. 07/DDA/CA).

<sup>712</sup> Determina n. 24/14/DDA, Archiviazione dell'istanza DDA/72 ai sensi dell'art. 7, comma 3, del Regolamento allegato alla delibera n. 680/13/CONS (Proc. n. 31/DDA/MCA).

## VI. Osservazioni conclusive

Quanto finora osservato ci porta a concludere che l'ordinamento italiano ha perso la sua occasione di attribuire chiarezza alla disciplina della responsabilità degli ISP. La sola istituzione che ha affrontato il problema risulta infatti essere l'Autorità garante per le comunicazioni, la quale, auto-attribuendosi poteri normativi in materia di diritto d'autore, oltre a sollevare molteplici profili di illegittimità costituzionale, ha prepotentemente schiacciato le prerogative degli intermediari del web e degli utenti della rete. L'Autorità, omettendo qualsiasi disciplina in ordine al procedimento di notifica, rimozione ed eventuale ripristino del contenuto, ha determinato la netta prevalenza del diritto d'autore tanto sulle fondamentali libertà di espressione ed informazione, quanto sulle libertà economiche degli internet provider, che alle prime sono funzionali.

Questi profili critici sono stati chiaramente messi in luce in occasione del convegno "Internet e libertà di espressione: c'è bisogno di nuove leggi?", tenutosi il 31 marzo 2014 presso la Camera dei Deputati, che ha visto partecipare sia rappresentanti dei consumatori e degli stessi internet provider, sia importanti esponenti della comunità scientifica. In questo contesto sono emerse vigorosamente le voci critiche delle associazioni dei consumatori, nella persona del Responsabile delle Relazioni Istituzionali di Altroconsumo Marco Pierani e del Vicepresidente Nazionale del Movimento Difesa del Cittadino Francesco Luongo, i quali, come visto, hanno impugnato il Regolamento Agcom dinnanzi al Tar. In modo fortemente critico si è poi espresso Dino Bortolotto, Presidente di Assoprovider, il quale ha evidenziato come l'Autorità, esercitando il suo potere provvedimentale nei confronti degli internet provider, rischia di schiacciare le libertà economiche degli imprenditori attivi sul web. L'Agcom infatti, oltre ad imporre una condotta attiva agli ISP, pur estranei all'attività illecita, li minaccia con lo spettro di una sanzione fino a 250.000 euro, da applicarsi qualora essi non eseguano tale compito alla perfezione. L'applicazione di una sanzione tanto salata e lo stesso costo di un'assicurazione per eliminare il rischio potrebbero comportare l'esclusione dal mercato degli imprenditori più deboli, determinando così una concentrazione delle imprese nel settore delle comunicazioni: emerge dunque chiaramente il paradosso di un Regolamento che, pur emanato dall'Autorità per la garanzia delle comunicazioni, finisce per compromettere la pluralità dei suoi stessi intermediari.

L'unica via di uscita da questo paradosso emerge dallo stesso intervento del Presidente di Agcom Angelo Marcello Cardani nell'ambito del seminario «Il diritto di autore *online*: modelli a confronto», svoltosi il 24 maggio 2013 presso la Camera dei deputati, il quale ha affermato che «qualora il Parlamento intervenisse per adottare una riforma della legge che tutela il diritto d'autore per adeguarla alla nuova realtà tecnologica e di mercato, l'Autorità sarebbe lieta di cedere il passo, ed eventualmente conformare la

propria azione alle previsioni del legislatore»<sup>713</sup>. Si noti a tal proposito che i disegni di legge presentati in Parlamento sono molteplici e contano fra essi anche proposte serie e lungimiranti, di cui costituiscono un esempio i DDL presentati dal Senatore PD Felice Casson e dalla Deputata M5S Mirella Liuzzi<sup>714</sup>. Entrambe le proposte prevedono una modifica della legge n. 633/1941 che colga i vantaggi della rivoluzione digitale e contemperì in modo soddisfacente i diritti degli autori con le libertà fondamentali degli utenti del web, esplicitando a tal fine una triplice finalità. In primo luogo, tali proposte mirano ad una circoscrizione delle violazioni online perseguite penalmente, escludendo da tale novero le attività senza scopo di lucro. Inoltre, esse mirano ad una più seria repressione delle attività di pirateria massiva attraverso l'individuazione dei soggetti che concretamente conseguono i profitti dell'illecito, facendo ricorso alla tecnica del c.d. "follow the money"; al contempo, esse puntano alla massima apertura degli usi leciti delle opere protette da diritto d'autore per finalità didattiche, scientifiche, di ricerca, di critica e di discussione, contribuendo così alla promozione di nuove tecniche di insegnamento e alla diffusione di *user generated content* creativi. Parallelamente, le proposte in commento riconoscono per la prima volta le prerogative del consumatore in materia, estendendo agli utenti legittimi delle opere protette da diritto d'autore l'applicazione delle tutele previste dal Codice del Consumo in materia di pratiche commerciali scorrette e clausole vessatorie. Il DDL Liuzzi, rilevando l'assenza di una disposizione di legge chiara sul punto, pone poi l'accento sull'individuazione di un'inequivoca competenza in materia di violazione del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica al Dipartimento della pubblica sicurezza del Ministero dell'interno, individuando così l'autorità amministrativa competente per assicurare un coordinamento con l'autorità giudiziaria nella repressione degli illeciti online. È opportuno concludere dunque con un invito rivolto al legislatore a riappropriarsi della sua potestà normativa, emanando una legge che, distaccandosi definitivamente da una concezione analogica del diritto d'autore, valuti le problematiche attuali in modo conforme alla realtà dei fatti e tenga in dovuta considerazione la posizione degli intermediari online e, conseguentemente, le libertà fondamentali dei cittadini.

---

<sup>713</sup> Il testo dell'intervento è disponibile su <http://www.agcom.it/documents/10179/540051/Documento+Generico+24-05-2013+37/554d22df-80b4-485c-880f-b99e5dedeefb?version=1.0> (consultato il 6/08/2014).

<sup>714</sup> Disegno di Legge presentato al Senato da Felice Casson (PD), S.1147, Modifiche alla legge 22 aprile 1941, n. 633, in materia di tutela degli utenti e repressione delle violazioni del diritto d'autore ai fini di lucro nelle reti di comunicazione elettronica e Disegno di Legge presentato alla Camera da Mirella Liuzzi (M5S), C. 1639, Modifiche alla legge 22 aprile 1941, n. 633, in materia di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio.



## Conclusioni

Lo studio sin qui condotto fa emergere chiaramente il fatto che il sistema di responsabilità degli Internet Service Provider proposto dall'ordinamento statunitense si distingue dal modello recepito in sede comunitaria e nazionale per la sua maggior efficienza. Focalizzandosi sulla specifica materia della responsabilità per violazione del diritto d'autore, la normativa del DMCA riesce a prendere in dovuta considerazione l'intera gamma di interessi coinvolti e detta con un grado di sufficiente chiarezza le condizioni di esenzione da responsabilità degli ISP. Lodevole è innanzitutto la decisione di limitarsi a prevedere dei *safe harbor*, anziché predeterminare legislativamente il regime di responsabilità degli ISP: vista la complessità degli interessi in gioco, la cristallizzazione di un punto di equilibrio si dimostrerebbe, invero, quantomeno inadeguata. Vincente appare poi la previsione di un meccanismo di notifica (i cui requisiti essenziali sono indicati dal legislatore), rimozione, contro-notifica ed eventuale ripristino del materiale presunto come illecito; tale procedimento, unitamente alla previsione di responsabilità per *misrepresentation*, costituisce il vero punto di forza della normativa statunitense. Quest'ultima presenta però anche alcuni elementi di debolezza. In primo luogo, gli strumenti della contro-notifica e della responsabilità per notifica temeraria potrebbero talvolta apparire come contrappesi insufficienti al rischio di lesione della libertà di espressione, configurabile a seguito della rimozione del contenuto da parte dell'ISP. Spesso, infatti, i privati si trovano in una posizione di svantaggio economico rispetto ai *copyright holder* e, per evitare di sostenere i costi di un'eventuale azione legale, potrebbero rinunciare alle loro prerogative; peraltro, tale rischio rende ancor più palese la sua gravità se si considera che la normativa statunitense sul copyright nasce come una limitazione alla più nobile tutela del *free speech*. La disciplina dettata dal DMCA pecca inoltre di precisione nella parte in cui fa riferimento ai criteri di *actual* e *red flag knowledge*. Tuttavia, il *case law* è intervenuto in modo proficuo affermando standard interpretativi uniformi che, in virtù del principio dello *stare decisis*, hanno conferito alla normativa la precisione mancante. È però necessario osservare che, seppure un elevato standard interpretativo ben si concilia con il requisito dell'*actual knowledge*, esso non risulta altrettanto soddisfacente in relazione a quello del *red flag knowledge*: annullando ogni distinzione tra i due distinti requisiti di conoscenza, tale standard non pare idoneo a rispettare la volontà del Congresso. Criticabile è poi l'introduzione per via giurisprudenziale della *willful blindness* come nuovo requisito di conoscenza dell'illecito in capo all'ISP, in quanto tale novità, collocandosi in una posizione di potenziale conflitto con il divieto di imporre ai provider un dovere di monitoraggio, rischia di indebolire l'equilibrio del DMCA. L'intero sistema dei *safe harbor* è poi stato messo in crisi dall'avvento delle nuove tecnologie, in particolare dall'evoluzione dei sistemi *peer-to-peer*. In relazione agli illeciti commessi per mezzo di tali nuovi servizi, le corti si sono invero orientate verso una tendenziale disapplicazione delle clausole di esenzione da responsabilità dei

provider, preferendo invece l'applicazione della dottrina della *inducement of copyright infringement*. Seppure il dettato del DMCA sembri principalmente legato ad un modello di online providers meno evoluto, il superamento in via giurisprudenziale del precedente Sony Betamax e del sistema dei *safe harbor* risulta quantomeno avventato. È auspicabile dunque un più cauto approccio da parte delle corti statunitensi ed un'ulteriore specificazione della dottrina dell'*inducement*, tale da renderla più compatibile con l'equilibrato modello dei *safe harbor*.

La presente ricerca fa emergere, in aggiunta come la trasposizione del modello USA in sede comunitaria per mezzo della direttiva 2000/31/CE non sia stata parimenti soddisfacente. Inserito nel contesto di un approccio orizzontale in ordine alle violazioni commissibili online, tale sistema, pur riproducendo il meccanismo delle esenzioni da responsabilità ed il divieto di imporre un dovere generale di monitoraggio sui contenuti trasmessi, presenta lacune tali da metterne in discussione l'intero funzionamento. In primo luogo, la direttiva non prevede un sistema di notifica, contro-notifica e rimozione del contenuto illecito, né prevede una responsabilità da notifica temeraria che disincentivi all'abuso dei rimedi previsti. Inoltre, la direttiva e-Commerce prevede una vaga nozione di conoscenza dell'attività illecita e non fissa i requisiti essenziali della comunicazione relativa all'esistenza di un contenuto lesivo. Tale incertezza, incidendo sulla stessa libertà di iniziativa economica degli ISP, finisce per incentivare questi ultimi ad una rimozione indiscriminata del materiale online al fine di ridimensionare il rischio di incorrere in responsabilità, con pesanti ricadute sulla libertà di espressione degli utenti. Una disciplina di questo tipo distoglie dall'autorità pubblica la delicata funzione di riconoscere la natura illecita dei contenuti online, per attribuirli agli intermediari della rete, che assumono dunque il ruolo di censori privati, i quali, pur peccando delle necessarie garanzie di imparzialità e delle fondamentali conoscenze giuridiche, si trovano a dover determinare il punto di giusto equilibrio tra diritto d'autore e libertà di espressione.

A differenza di quanto avviene nel sistema statunitense, la Corte di Giustizia ha abdicato alla sua funzione di indirizzo ed ha tendenzialmente ommesso di offrire chiarezza alla lacunosa normativa comunitaria. Riguardo al conflitto tra diritti di proprietà intellettuale e tutela dei dati personali, la corte si è limitata ad indicare la (scontata) necessità di un bilanciamento tra gli interessi fondamentali coinvolti, senza peraltro fissare criteri uniformi per il raggiungimento di un punto di equilibrio e per garantire il rispetto del principio di responsabilità richiamato. La Corte di Giustizia non entra poi nel merito della questione relativa al contrasto tra l'emanabilità di provvedimenti inibitori a carattere permanente e il divieto di imporre un dovere generale di monitoraggio sui contenuti. Essa si limita ad applicare testualmente il disposto dell'articolo 15 della direttiva e, con la pilatesca decisione del caso UPC Telekabel, perde l'occasione di esprimersi circa la legittimità di un ordine che imponga un dovere specifico di monitoraggio. La corte ripropone lo standard interpretativo fino a

quel punto seguito e, ribadendo il principio del giusto equilibrio, rimanda al provider il compito di individuarlo nel concreto. Solo con riguardo alla nuova figura degli *host* provider attivi la corte prende una posizione esplicita riguardo alla valutazione dell'attività da essi concretamente svolta ed al requisito della conoscenza dell'illecito. Tuttavia, la posizione espressa dalla corte rispetto a tale ultima questione appare eccessivamente severa, così da mettere a rischio lo stesso rispetto dei diritti fondamentali coinvolti.

L'analisi sin qui condotta rende quindi evidente tanto la necessità di un intervento del legislatore comunitario volto a precisare la disciplina della responsabilità degli intermediari, quanto quella di un mutamento radicale dell'approccio cauto sin qui assunto dalla Corte di Giustizia.

La normativa italiana, dal canto suo, traspone in maniera quasi pedissequa il dettato normativo comunitario ed utilizza con cautela gli stessi rinvii alle decisioni del legislatore nazionale; tale scelta, seppur timida e scarsamente risolutiva delle lacune di cui s'è detto, è stata in gran parte imposta dalla necessità di non mettere in discussione le scelte politiche del legislatore comunitario, volte ad escludere un regime di responsabilità oggettiva in capo agli ISP. Eppure, un'attenta analisi delle novità introdotte dal d.lgs. 70/2003 fa emergere come il nostro ordinamento abbia offerto un decisivo chiarimento circa la nozione di conoscenza dell'illecito, facendo corrispondere quest'ultima alla comunicazione dell'autorità competente. Solo a seguito di tale comunicazione, invero, sorge il dovere dell'intermediario di procedere alla rimozione del contenuto illecito. Una soluzione di questo tipo, limitando i profili di incertezza del regime di responsabilità degli intermediari, ridimensiona il ruolo censorio di questi ultimi ed assicura il ripristino della funzione decisoria in capo all'autorità pubblica. La presente ricerca ha però evidenziato come il decreto di recepimento non completi tale felice precisazione con disposizioni che ne consentano il corretto funzionamento: manca infatti qualsiasi indicazione circa l'identificazione dell'autorità effettivamente competente, la specificazione del tempo massimo che deve intercorrere tra la richiesta e l'effettiva rimozione del contenuto nonché l'indicazione del procedimento di rimozione ed eventuale ripristino dei contenuti. I dubbi interpretativi, colmati con riguardo a comunicazione e conoscenza dell'illecito, si spostano dunque sul piano della fase attiva del procedimento. Si deve inoltre rilevare che quest'interpretazione della normativa nazionale non è pacificamente riconosciuta in dottrina, né è stata recepita dalla giurisprudenza nazionale. Le corti, al contrario, si sono orientate verso un'interpretazione estensiva del requisito della conoscenza dell'illecito ed hanno individuato il dovere di rimozione del contenuto da parte del provider a seguito di qualsiasi tipo di comunicazione da parte dei soggetti interessati. Rispetto alla questione degli *host* provider attivi, gli organi giurisdizionali hanno invece operato una tendenziale disapplicazione delle esenzioni di responsabilità, considerando rilevante a tal fine la mera fornitura di servizi aggiuntivi dai quali, peraltro, non è possibile inferire

la sussistenza di conoscenza e controllo dei contenuti. I soggetti giudicanti, dunque, non hanno prestato la dovuta attenzione ai criteri di deroga dalla disciplina di esenzione da responsabilità di cui al "considerando" 42 della direttiva, ritenendo sufficiente a tal fine la mera offerta di servizi ulteriori rispetto al mero *hosting*. L'approccio *case by case* seguito dalla giurisprudenza nell'individuazione degli elementi fondativi della deroga rischia poi di comportare una riduzione dei servizi offerti dagli intermediari e rallentare così lo sviluppo di internet.

Urge quindi un intervento legislativo che conferisca precisione alla normativa e limiti i rischi discendenti dalle ambiguità del regime di responsabilità. Tale intervento, vista la portata transnazionale di internet, non può che provenire dal legislatore comunitario, il quale, oltre ad introdurre un sistema di notifica, rimozione e ripristino del contenuto che sia rispettoso del principio del contraddittorio, aggiorni le condizioni di esenzione da responsabilità in modo da renderle compatibili con i nuovi modelli di internet provider operativi nel web 2.0.

L'analisi del Regolamento Agcom in materia di diritto d'autore fa emergere come tale atto normativo, omettendo di definire una procedura di *notice and take down*, non solo non aiuti a risolvere ambiguità e lacune della normativa nazionale, ma rappresenti la perdita dell'occasione di intervenire risolutivamente sulla disciplina del copyright da parte delle autorità amministrative. Lo studio delle fonti normative indicate dall'Agcom a fondamento del suo potere regolamentare fa emergere innanzitutto come tale ricostruzione non regga: l'Autorità indipendente risulta dunque priva di poteri normativi in punto di diritto d'autore ed il Regolamento emanato appare conseguentemente viziato di legittimità costituzionale. Inoltre, le regole operazionali concretamente previste dalla normativa sottendono una scelta "politica" sbilanciata nei confronti degli interessi economici dei titolari dei diritti d'autore, così da evidenziare profili di illegittimità della normativa Agcom tanto sotto il profilo costituzionale del bilanciamento tra libertà fondamentali e prerogative economiche, quanto sotto quello della compatibilità con il *balancing test* affermato da costante giurisprudenza comunitaria.

Come emerge con nitidezza da questa analisi, è necessario che gli organi legislativi nazionali e comunitari si riappropriino della funzione ad essi assegnata, così da evitare tanto incauti orientamenti giurisprudenziali, quanto inique regolamentazioni della materia da parte di Autorità prive di legittimazione. La natura transnazionale di internet dovrebbe spingere il legislatore comunitario a fare il primo passo: operando un equo bilanciamento tra i diritti coinvolti, esso dovrà lasciarsi alle spalle l'approccio analogico alla materia del diritto d'autore ed adeguare il suo intervento alla realtà dei fatti. A parere di chi scrive, tale obiettivo potrebbe essere più facilmente raggiunto mediante una disciplina che, preso atto della particolare complessità del bilanciamento di interessi nella materia del copyright, differenzi la responsabilità degli ISP a seconda che essa riguardi la violazione di un diritto d'autore o un altro tipo di illecito. Nel primo caso, il legislatore dovrebbe integrare il sistema dei *safe harbor* con un meccanismo di notifica

dell'illecito, indicando specificamente gli elementi essenziali ai fini dell'efficacia della comunicazione. Per ovviare alle problematiche in punto di libertà di espressione sollevate dal sistema di *notice and take down* statunitense, peraltro, il legislatore dovrebbe preferire un meccanismo di doppia notifica, in cui la rimozione del contenuto illecito, lungi dal configurarsi come un requisito per l'immunità, possa essere imposta unicamente dal giudice. Sulla base di questo nuovo modello normativo, al soggetto che lamenti una violazione di copyright deve essere data la possibilità di inviare apposita notifica all'ISP, il quale, a sua volta, la dovrà inoltrare all'utente *uploader* del materiale senza peraltro effettuare una *disclosure* dei dati in suo possesso. A questo punto, all'utente deve essere garantita la possibilità di inviare al soggetto istante (per mezzo del provider) una contro-notifica in cui rivendichi la legittimità del contenuto allegato. A questo punto, il titolare del copyright che rimanga persuaso della natura lesiva del materiale potrà adire il giudice e dare avvio ad una causa giurisdizionale. In un sistema di questo tipo, in cui la rimozione del contenuto illecito può essere imposta unicamente a seguito di una decisione dell'organo giudicante, il rischio di abusi appare già di per sé ridimensionato, così da non rendere necessaria la previsione di una responsabilità per notifica temeraria. È tuttavia necessario osservare come, se da un lato, un modello di questo tipo riesca ad individuare un equo bilanciamento fra i diritti dei copyright holder, la libertà di informazione degli utenti e la libera iniziativa economica degli intermediari, dall'altro, esso non sia facilmente applicabile ad altre tipologie di illecito, che, al contrario, potrebbero richiedere una repentina rimozione del contenuto palesemente lesivo. Ecco dunque che un sistema così strutturato, limitato alla responsabilità per violazione di copyright, sarebbe tale da garantire il giusto grado di certezza del diritto ed assicurare al tempo stesso il rispetto degli interessi in gioco e lo sviluppo della rete.

## Bibliografia

ALBAMONTE E., *La responsabilità penale dell'internet provider tra libertà di comunicazione e tutela dei singoli*, in *Questione giustizia*, 2010, 184.

ALVANINI S., CASSINELLI A., *I (possibili) nuovi poteri di Agcom in materia di diritto d'autore nel settore dei media*, in *Diritto industriale*, 2011, 543.

ANGELOPOULOS C., *CJEU in UPC Telekabel Wien: A totally legal court order... to do the impossible*, in <http://kluwercopyrightblog.com/>, 3 aprile 2014.

ASSOCIAZIONE DEI PROVIDER INDIPENDENTI (Assoprovider), *Regolamento ammazza internet dell'Agcom. I provider internet di Assoprovider-Confcommercio esprimono la loro viva preoccupazione*, disponibile su <http://www.assoprovider.it/news-assoprovider/268-regolamento-ammazza-internet-dell-agcom-i-provider-internet-di-assoprovider-confcommercio-esprimono-la-loro-viva-preoccupazione.html> (consultato il 22/07/2014).

AUTERI P., FLORIDIA G., MANGINI V., OLIVIERI G., RICOLFI M., SPADA P., *Diritto industriale: proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2012.

BASSOLI E., *Esclusa la responsabilità penale di Google per violazione di dati personali da parte di materiale multimediale immesso da terzi*, in *Rivista penale*, 2013, 558.

BELLAN A., *Per una reasonable liability: critiche alla responsabilità oggettiva dei provider e tutela dei diritti su internet*, in *Diritto industriale*, 2012, 243.

BELLIA M., BELLOMO G. A. M., MAZZONCINI M., *La responsabilità civile dell'Internet Service Provider per violazioni del diritto d'autore*, in *Diritto industriale*, 2012, 346.

BELLI G., *La responsabilità civile dei service providers*, in *La responsabilità civile*, 2011, 693.

BERTANI M., *Diritti d'autore e connessi*, in *La proprietà intellettuale*, a cura di L. C. UBERTAZZI, Torino, Giappichelli, 2011, XII, pp. 221-405 (*Trattato di diritto privato dell'Unione Europea* diretto da G. AJANI, G. A. BENACCHIO).

BERTONI A. e M. L. MONTAGNANI, *Il ruolo degli intermediari Internet tra tutela del diritto d'autore e valorizzazione della creatività in rete*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2013, 537.

BONADIO E., *Trade marks in online marketplaces: the CJEU's stance in L'Oreal v. ebay*, in *Computer and Telecommunications Law Review*, 37 (2012).

BOTTÀ G., *Cassazione: la Baia si può sequestrare*, in *Puntoinformatico.it*, 24 dicembre 2009, disponibile su <http://punto-informatico.it/2778015/PI/News/cassazione-baia-si-puo-sequestrare.aspx> (consultato il 12/07/2014).

BUGIOLACCHI L., *La responsabilità dell'host provider alla luce del d.lgs. 70/2003: esgesi di una disciplina dimezzata*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2005, 188.

BUGIOLACCHI L., *(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 *Responsabilità civile e previdenza*, 2010, 1568.

BUGIOLACCHI L., *Principi e questioni aperte in materia di responsabilità extracontrattuale dell'internet provider. Una sintesi di diritto comparato*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2000, 829.

BUGIOLACCHI L., *Evoluzione dei servizi di hosting provider, conseguenze sul regime di responsabilità e limiti dell'attuale approccio case by case*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2013, 1996.

BUGIOLACCHI L., *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 *Responsabilità civile e previdenza*, 2003, 293.

BURK D. L., *Toward an Epistemology of ISP Secondary Liability*, in *Philosophy & Technology* (2011), disponibile su SSRN: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1920050](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1920050) (consultato il 21/08/2014).

CARETTI P., DE SIERVO U., *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 2006.

CARRIER M. A., *SOPA, PIPA, ACTA, TPP: An Alphabet Soup of Innovation-Stifling Copyright Legislation and Agreements*, in *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, 21 (2013).

CASO R., *Il conflitto tra diritto d'autore e protezione dei dati personali: appunti dal fronte euro-italiano*, in *Diritto di internet*, 2008, 459.

CASO R., *Lineamenti normativi del copyright statunitense e del diritto d'autore italiano*, in G. PASCUZZI, R. CASO, *I diritti sulle opere digitali*, Cedam, 2002.

CASSANO G., *Il diritto dell'internet: il sistema di tutela della persona*, Milano, Giuffrè, 2005.

CASSANO G., I. P. CIMINO, *Il nuovo regime di responsabilità dei providers: verso la creazione di un novello "censore telematico"*, in *I contratti*, 2004, 88.

CASSANO G., CONTALDO A., *La natura giuridica e la responsabilità civile degli Internet Service Providers (ISP): il punto sulla giurisprudenza*, in *Corriere giuridico*, 2009, 1206.

CASSANO G., IASELLI M., *Caso "About Elly": la responsabilità dell'internet service provider*, in *Corriere del merito*, 2011, 922.

CATULLO F. G., *Ai confini della responsabilità penale: che colpa attribuire a Google*, in *Giurisprudenza di merito*, 2011, 159.

CATULLO F. G., *Atto secondo dell'affaire Google Vivi down: società della registrazione e consenso sociale*, in *Cassazione penale*, 2013, 3244.

CHANG L., *The Red Flag Test Under DMCA §512(C)*, in *28 Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 195 (2010).

CHIAROLLA M., *Nota a Trib. Roma 16 dicembre 2009*, in *Foro italiano*, 2010, 1348.

CITARELLA G., *Algoritmi e responsabilità civile*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2013, 234.



COLANGELO M., *Internet e sistemi di filtraggio tra enforcement del diritto d'autore e tutela dei diritti fondamentali: un commento ai casi Scarlet e Netlog*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, 580.

COLANGELO G., *La responsabilità del service provider per violazione indiretta del diritto d'autore nel caso Yahoo! Italia*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2012, 894.

COMANDÈ G., SICA S., *Il commercio elettronico: profili giuridici*, Torino, Giappichelli, 2001.

COMANDÈ G., *Al via l'attuazione della direttiva sul commercio elettronico, ma...serve un maggiore coordinamento*, in *Danno e responsabilità*, 2003, 808.

Commission Staff Working Document, E-commerce Action Plan 2012-2015. State of Play 2013, disponibile su [http://ec.europa.eu/internal\\_market/e-commerce/docs/communications/130423\\_report-ecommerce-action-plan\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/docs/communications/130423_report-ecommerce-action-plan_en.pdf) (consultato il 19/07/2014).

CONVERSO D., *Google-Vividown: la Cassazione cade sulla qualifica di titolare del trattamento*, in *Medialaws.eu*, 17 febbraio 2014, disponibile su <http://www.medialaws.eu/google-vividown-la-cassazione-cade-sulla-qualifica-di-titolare-del-trattamento/> (consultato il 14/07/2014).

CORDELL N., BRIDGMAN BAKER P., *ISPs and site blocking orders: the current case law surrounding the liability of ISPs in online copyright infringement*, in *Intellectual Property Magazine*, 16 (2014).

CORRIAS LUCENTE G., *Abnormalità del sequestro preventivo consistente nel divieto di accesso ad un sito web*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2009, 260.

CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2013.

COSTANZO P., *I newsgroup al vaglio dell'Autorità Giudiziaria (ancora a proposito della responsabilità degli attori d'Internet)*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1998, 811.

CUOMO L., *La Cassazione affonda la Baia dei pirati*, in *Cassazione penale*, 2011, 1102.

D'ARRIGO R., *La responsabilità degli intermediari nella nuova disciplina del commercio elettronico*, in *Danno e responsabilità*, 2004, 253.

DE CATA M., *La responsabilità civile dell'Internet Service Provider*, Milano, Giuffrè, 2010.

DE CATA M., *Il caso "Peppermint". Ulteriori riflessioni anche alla luce del caso "Promusicae"*, in *Rivista di diritto industriale*, 2008, 404.

DELFINI F., *La responsabilità dei prestatori intermediari nella direttiva 2000/31/CE e nel d.lgs. n. 70/2003*, in *Rivista di diritto privato*, 2004, 55.

DE MINICO G., *Libertà e copyright nella Costituzione e nel diritto dell'Unione*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2014, 1.

DE MINICO G., *Regole. Comando e consenso*, Torino, Giappichelli, 2005.

DE MINICO G., *Il dilemma della Rete tra libertà, copyright e il ruolo delle regole*, in *La Repubblica*, 28 aprile 2014, disponibile su [http://www.repubblica.it/economia/affari-e-finanza/2014/04/28/news/il\\_dilemma\\_della\\_rete\\_tra\\_libert\\_copyright\\_e\\_il\\_ruolo\\_delle\\_regole-84651139/](http://www.repubblica.it/economia/affari-e-finanza/2014/04/28/news/il_dilemma_della_rete_tra_libert_copyright_e_il_ruolo_delle_regole-84651139/) (consultato il 21/07/2014).

DESTITO V. S., DEZZANI G., SANTORIELLO C., *Il diritto penale delle nuove tecnologie*, Padova, Cedam, 2007.

DI AGOSTA E., *Il caso Pirate Bay arriva alla Cedu: spunti per una riflessione sulla responsabilità degli internet service provider, tra libertà d'espressione e reati in materia di copyright*, in *Cassazione penale*, 2013, 3375.

DI BENEDETTO D., *Il caso eBay: un esempio di regole dettate dalla prassi che integrano la legge*, in *Rassegna di diritto civile*, 2010, 45.

DI CIOMMO F., *Programmi-filtro e criteri di imputazione/esonero della responsabilità on-line. A proposito della sentenza Google/Vivi down*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, 830.

DI CIOMMO F., *Programmi-filtro e criteri di imputazione/esonero della responsabilità on-line. A proposito della sentenza Google/Vivi Down*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, 829.

DI MAJO A., *La responsabilità del provider tra prevenzione e rimozione*, in *Corriere giuridico*, 2012, 551.

DUBUISSON T. O., *When the World Wide Web Becomes the World Wild Web: PIPA, SOPA, OPEN Act, CISPA and the "Internet Revolution"* (2012), disponibile su SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2373906> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2373906> (consultato il 7/04/2014).

ELKIN-KOREN N., *Making Technology Visible: Liability of Internet Service Providers for Peer-to-Peer Traffic*, in *New York University Journal of Legislation & Public Policy*, 15 (2006).

FACCI G., *La responsabilità del provider*, in C. ROSSELLO, G. FINOCCHIARO, E. TOSI, *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale*, Torino, Giappichelli, 2003.

FACCI G., *La responsabilità extracontrattuale dell'internet provider*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2002, 265.

FALLETTI E., *Google v. Vivi Down, Atto II: il service provider assolto anche per violazione della privacy*, in *Il Corriere giuridico*, 2013, 295.

FALZEA A., *Fatto di conoscenza*, in *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1985.

FARRELL H., *The United States is isolated in the Trans-Pacific Partnership negotiations* (2013), disponibile su <http://www.washingtonpost.com/blogs/monkey-cage/wp/2013/11/18/the-united-states-is-isolated-in-the-trans-pacific-partnership-negotiations/> (consultato il 7/04/2014).

FEDER J. M., *Is Betamax Obsolete?: Sony Corp. of America v. Universal city Studios, Inc. in the Age of Napster*, in *Creighton Law Review*, 859 (2004).

FERRARI G., *Gli organi ausiliari*, Milano, Giuffrè, 1956.

FICHTNER R. e STRADER T., *Automated Takedown Notices and Their Potential to Generate Liability under Section 512(f) of the Digital Millenium Copyright Act*, in *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 51 (2011).

FINLAY-HUNT F., *Aimster, Grokster, and Viacom's Vision of Knowledge in the New Digital Millennium*, in *Columbia Business Law Review*, 906 (2013).

FLOR R., *Tutela penale ed autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di internet. Un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, Milano, Cedam, 2010.

FLOR R., *Social networks e violazioni penali dei diritti d'autore. Quali prospettive per la responsabilità del fornitore del servizio?*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2012, 647.

FRANCESCHELLI V., *Sul controllo preventivo del contenuto dei video immessi in rete e i provider. A proposito del caso Google/Vivi Down*, in *Rivista di diritto industriale*, 2010, 328.

FROSINI T. E., *Il diritto costituzionale di accesso a internet*, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/articolorivista/il-diritto-costituzionale-di-accesso-internet> (consultato il 20/07/2014).

FROSIO G., *Intermediary liability news from Italy: Courts block Mega and Mail.ru and force Youtube to proactively monitor its platform for copyright infringement*, in *The Center for Internet and Society* (2014), disponibile su <https://cyberlaw.stanford.edu/blog/2014/07/intermediary-liability-news-italy-courts-block-mega-and-mailru-and-force-youtube> (consultato il 28/07/2014).

GAMBINI M., *Le responsabilità civili dell'Internet Service Provider*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

GAMBINI M., *La responsabilità civile dell'internet service provider*, in *Giurisprudenza di merito*, 2006, 29.

GAROFALO L., *Per Scorza il Regolamento Agcom è incostituzionale. La parola al Tar*, in *Media Duemila*, 2 aprile 2014, disponibile su <http://www.media2000.it/2014/04/guido-scorza-agcom-non-parlamento-regolamento-incostituzionale/> (consultato il 22/07/2014).

GIANI L., *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, Giapichelli, 2002.

GIOIA M., *Nuovo Galateo di Melchiorre Gioia: 3 Appendici*, 1848.

GIOVANELLA F., *YouTube attracca (per ora) in un porto sicuro. In tema di responsabilità del service provider*, in *Danno e responsabilità*, 2011, 240.

GIOVANELLA F., *La responsabilità per linking a files audiovisivi contraffatti e l'incerta natura del motore di ricerca*, in *Danno e responsabilità*, 2011, 847.

GIOVE L., COMELLI A., *Responsabilità del provider per mancata rimozione di link a materiale illecito*, in *Diritto industriale*, 2012, 75.

GOLDMAN E., *The OPEN Act: significantly flawed, but more salvageable than SOPA/PROTECT-IP*, in *Law & Disorder/Civilisation & Discontents* (2011), disponibile su <http://arstechnica.com/tech-policy/2011/12/the-open-act-significantly-flawed-but-more-salvageable-than-sopaprotect-ip/> (consultato il 8/04/2014).

GOLDSTEIN P., *Copyright and the First Amendment*, in *70 Columbia. Law Review*, 983 (1970).

GOLDSTEIN P., *Service Provider Liability for acts committed by users; what you don't know can hurt you*, in *Journal of Computer & Information Law*, 591 (2000).

GUIDOBALDI L., *YouTube e la diffusione di opere protette dal diritto d'autore: ancora sulla responsabilità dei providers tra hoster attivi, conoscenza dell'illecito e obbligo di sorveglianza*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, 278.

HASSANABADI A., *Viacom v. YouTube - All Eyes Blind: The Limits of the DMCA in a Web 2.0 World*, in *26 Berkeley Technology Law Journal*, 405 (2011).

HERRINGTON T. K., *The Interdependency of Fair Use and the First Amendment*, in *Computers and Composition*, 15 (1998).

IASELLI M., *Internet sotto accusa: una decisione del Tribunale di Roma contro Yahoo! che farà discutere*, in *Leggioggi.it*, 25 marzo 2011, disponibile su <http://www.leggioggi.it/2011/03/25/internet-sotto-accusa-una-sentenza-del-tribunale-di-roma-contro-yahoo-che-fara-discutere/> (consultato il 7/06/2014).

INGRASSIA A., *La sentenza della Cassazione sul caso Google*, in *Penalecontemporaneo.it*, 6 febbraio 2014, disponibile su

<http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/19-/-/2817-la-sentenza-della-cassazione-sul-caso-google/> (consultato il 14/07/2014).

IZZO U., *Alle origini del copyright e del diritto d'autore*, Roma, Carocci, 2010.

IZZO U., *Alle radici della diversità tra copyright e diritto d'autore*, in G. PASCUZZI, R. CASO, *I diritti sulle opere digitali*, Cedam, 2002.

JULIÀ-BARCELÓ R. & KOELMAN K. J., *Intermediary Liability In The E-Commerce Directive: So Far So Good, But It's Not Enough!*, in *Computer Law & Security Report*, 231 (2000).

KAMINSKI M., *The TPP and Copyright*, in *Concurring Opinions* (2013), disponibile su <http://www.concurringopinions.com/archives/2013/11/the-tpp-and-copyright.html> (consultato il 7/04/2014).

LAZZARA P., *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, Cedam, 2002.

LE MERLE M., *The Impact of U.S. Internet Copyright Regulations on Early-Stage Investment: A Quantitative Study*, BOOZ & CO. 17 (2011), disponibile su <http://www.booz.com/media/uploads/BoozCo-Impact-US-Internet-Copyright-Regulations-Early-Stage-Investment.pdf> (consultato il 7/04/2014).

LEMLEY M., MENELL P. S., MERGES R. P., SAMUELSON P., *Software and internet law*, New York, Aspen, 2003.

LONGHINI S., *Dura lex, sed lex: la legge è uguale per tutti...anche su internet!*, in *Il diritto d'autore*, 2010, 123.

LONGO A., *Dopo le prime denunce per Agcom cominciano i primi guai*, in *Il Sole 24 Ore*, il 27 aprile 2014, disponibile su <http://www.ilsole24ore.com/art/tecnologie/2014-04-25/dopo-prime-denunce-agcom-cominciano-primi-guai--100719.shtml?uuid=ABgggeDB> (consultato il 21/07/2014).

LOTIERZO R., *Il caso Google-Vividown quale emblema del difficile rapporto degli internet providers con il codice della privacy*, in *Cassazione penale*, 2010, 3995.

MANNA A., *I soggetti in posizione di garanzia*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, 779.

MANNA A., *La prima affermazione, a livello giurisprudenziale, della responsabilità penale dell'internet provider: spunti di riflessione tra diritto e tecnica*, *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 1840.

MANTA I. D. , *The Puzzle of Criminal Sanctions for Intellectual Property Infringement* (2011), disponibile su <http://ssrn.com/abstract=1675206> (consultato il 25/08/2014).

MANTELERO A., *L'ingegneria interpretativa della Corte di Giustizia delle Comunità europee in soccorso della tutela online del diritto d'autore*, in *Giurisprudenza italiana*, 2008, 1422.

MANTELERO A., *La responsabilità online: il controllo nella prospettiva dell'impresa*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, 405.

MANTELERO A., *Caso R.T.I. c. Yahoo: il Tribunale di Milano insiste sull'idea di hosting attivo. Repetita iuvant?*, disponibile su <http://ictlawanddataprotectionit.wordpress.com/2011/09/17/caso-r-t-i-c-yahoo-il-tribunale-di-milano-insiste-sullidea-di-hosting-attivo-repetita-iuvant/> (consultato il 8/07/2014).

MARGONI T., PERRY M., *Deep Pockets, Packets, and Harbors*, in *Ohio State Law Journal*, 1195 (2013).

MARINO G., *Youtube e copyright, il Tribunale di Torino aggiunge un nuovo capitolo alla saga*, in *L'ora legale*, 21 luglio 2014, disponibile su <http://oralegale.corriere.it/2014/07/21/youtube-e-copyright-il-tribunale-di-torino-aggiunge-un-nuovo-capitolo-alla-saga/> (consultato il 29/07/2014).

MARTIN B., NEWHALL J., *Criminal Copyright Enforcement Against Filesharing Services*, in *North Carolina Journal of Law and Technology*, 101 (2013).

MARTINI E., *Il Tribunale di Torino sulla responsabilità dell'Internet Service Provider*, in *Lexology*, disponibile su <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=5adb6c7f-c306-4d19-b5b1-df51622eee66> (consultato il 28/07/2014).

MERGES R. P., MENELL P. S., LEMLEY M., *Intellectual property in the new technological age*, New York, Aspen, 2003.

MERLA F., *Diffusione abusiva di opere in internet e sequestro preventivo del sito web: il caso "The Pirate Bay"*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, 448.

MICOZZI F. P., *L'ordinanza "About Elly" e la direttiva 2000/31/CE*, in *Leggioggi.it*, 31 marzo 2011, disponibile su <http://www.leggioggi.it/2011/03/31/ordinanza-about-elly-e-la-direttiva-200031ce/> (consultato il 7/06/2014).

MONTI A., *La network neutrality e la responsabilità dei provider*, 28 febbraio 2009, disponibile su <http://www.ictlex.net/?p=1017> (consultato il 3/07/2014).

MONTANARI A., *Prime impressioni sul caso SABAM c. Netlog NV: gli Internet Service Provider e la tutela del diritto d'autore online*, in *Diritto commerciale internazionale*, 2012, 1075.

MONTANARI A., *Questions and answers on AdWords' cases*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2012, 141.

MONTANARI A., *Contratto di AdWords e profili di responsabilità. Osservazioni a margine di Corte di Giustizia 23 marzo 2010, cause riunite da C-236/08 a C-238/08*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2011, 524.

MORBIDELLI G., *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Diritto amministrativo*, 2011, 703.

MORBIDELLI G., *Poteri impliciti (a proposito della monografia di Cristiano Celone "La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici"*, Giuffrè ed., Milano, 2012), in [http://www.avcp.it/portal/public/classic/Comunicazione/Eventi/\\_evento/\\_GiuseppeMorbidelli](http://www.avcp.it/portal/public/classic/Comunicazione/Eventi/_evento/_GiuseppeMorbidelli) (consultato il 18/07/2014).

MUCCI F., *La comunità europea e il diritto d'autore. Sfida digitale e aspetti culturali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1998.

MULA D., *Responsabilità del motore di ricerca nel caso About Elly: fraintendimenti informatici a base di un'ordinanza (revocata) dal contenuto anomalo*, in *dimt.it*, disponibile su <http://www.dimt.it/2013/09/14/responsabilita-del-motore-di-ricerca-nel-caso-about-elly-fraintendimenti-informatici-a-base-di-unordinanza-revocata-dal-contenuto-anomalo/> (consultato il 4/07/2014).



NATALE R., *#ddaonline: ricorso al TAR del Lazio contro il Regolamento Agcom*, in *Knowledge for business*, 25 febbraio 2014, disponibile su [http://www.key4biz.it/News/2014/02/25/Policy/Ddaonline\\_regolamento\\_agcom\\_diritto\\_d\\_autore\\_Anso\\_Femi\\_Open\\_Media\\_Coalition\\_223296.html](http://www.key4biz.it/News/2014/02/25/Policy/Ddaonline_regolamento_agcom_diritto_d_autore_Anso_Femi_Open_Media_Coalition_223296.html) (consultato il 22/07/2014).

NEGRI G., *Cassazione: mano pesante sui siti che violano il diritto d'autore*, in *Il Sole 24 Ore*, 23 dicembre 2009, disponibile su <http://www.ilsole24ore.com/art/SoleOnline4/Norme%20e%20Tributi/2009/12/cassazione-sentenza-diritto-autore.shtml> (consultato il 12/07/2014).

NEXA CENTER FOR INTERNET & SOCIETY, Politecnico di Torino, Consultazione pubblica sullo schema di regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, disponibile su [http://nexa.polito.it/nexacenterfiles/nexa\\_consultazione\\_agcom\\_452\\_13.pdf](http://nexa.polito.it/nexacenterfiles/nexa_consultazione_agcom_452_13.pdf) (consultato il 19/07/2014).

NICODEMO S., *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Padova, Cedam, 2002.

NIMMER M., *Does Copyright Abridge First Amendment Guarantees of Free Speech and Press?*, in *17 UCLA Law Review*, 1180 (1970).

OTTOLINA P., *Operazione anti-pirateria, bloccati anche il nuovo Mega di Kim Dotcom e Mail.ru*, in *Corriere della Sera*, disponibile su <http://malditech.corriere.it/2014/07/18/operazione-anti-pirateria-bloccati-anche-il-nuovo-mega-di-kim-dotcom-e-mail-ru/> (consultato il 28/07/2014).

PANTALEONE P., *Poteri impliciti delle Authorities e "torsioni" del principio di legalità*, in *Astridonline.it*, 2012, disponibile su <http://www.astrid-online.it/Riforma-de3/Interventi/Pasquale-Pantalone.pdf> (consultato il 18/07/2014).

PAPA A., *La complessa realtà della Rete tra "creatività" dei fornitori di servizi internet ed esigenze regolatorie pubbliche: la sottile linea di demarcazione tra provider di servizi "content" e di "hosting attivo"*, in *Economia e diritti del terziario*, 2012, 222.

PASCUZZI G., *I diritti sulle opere dell'ingegno nell'era digitale*, in G. PASCUZZI, R. CASO, *I diritti sulle opere digitali*, Cedam, 2002.

- PASQUINO T., *Servizi telematici e criteri di responsabilità*, Milano, Giuffrè, 2003.
- PATTERSON L. R., *Free Speech, Copyright, and Fair Use*, in *Vanderbilt Law Review*, 40 (1987).
- PATTERSON L. R., *Understanding Fair Use*, in *55 Law and Contemporary Problems*, 249 (1992).
- PENNEY S., *Crime, Copyright and the Digital Age* (2004), disponibile su <http://ssrn.com/abstract=439960> (consultato il 25/08/2014).
- PENNISI M., *Agcom, la caccia ai pirati è iniziata*, in *Diariopernondimenticare.blogspot.it*, disponibile su <http://diariopernondimenticare.blogspot.it/2014/04/agcom-la-caccia-ai-pirati-e-iniziata.html> (consultato il 22/07/2014).
- PETRUSO R., *Fatto illecito degli intermediari tecnici della rete e diritto d'autore: un'indagine di diritto comparato*, in *Europa e diritto privato*, 2012, 1175.
- PEZZELLA V., *Google Italia, diffamazione e riservatezza: il difficile compito del provider (e del giudice)*, in *Giurisprudenza di merito*, 2010, 2232.
- PICOTTI L., *I diritti fondamentali nell'uso ed abuso dei social network. Aspetti penali*, in *Giurisprudenza di merito*, 2012, 2522B.
- PIERRI M., *Autorità indipendenti e dinamiche democratiche*, Galatina, Cedam, 2009.
- PIERUCCI A., *La responsabilità extracontrattuale del fornitore di servizi telematici*, in MASCHIO, *Il diritto della nuova economia*, CEDAM, 2002
- PIERUCCI A., *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti della Rete*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2003, 143.
- PINO G., *Assenza di un obbligo generale di sorveglianza a carico degli Internet Service Providers sui contenuti immessi da terzi in rete*, in *Danno e responsabilità*, 2004, 832.
- PIERRUCCIO P., *Diritto d'autore e responsabilità del provider*, in *Giurisprudenza di merito*, 2012, 2591 B.

PISA R., *L'accesso a Internet: un nuovo diritto fondamentale?*, in [www.treccani.it/Portale/sito/diritto/approfondimenti/2\\_Pisa\\_internet.html](http://www.treccani.it/Portale/sito/diritto/approfondimenti/2_Pisa_internet.html) (consultato il 20/07/2014).

PONZANELLI G., *Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli internet service providers*, in S. SICA, P. STANZIONE, *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Milano, Giuffrè, 2002.

PORCHIA O., RANDAZZO B., *Bollettino di informazione sulla giurisprudenza delle corti sovranazionali europee*, disponibile su [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/bollettini/BollettiniCSE/Bollettino\\_Cse\\_201404.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/bollettini/BollettiniCSE/Bollettino_Cse_201404.pdf), punto 7.

PROIETTI D., *Esclusiva : il Documento Confidenziale della Commissione Europea su Regolamento AGCOM e copyright, mai mostrato in precedenza. La Commissione UE contesta formalmente all'AGCOM il pericolo di violazione dei diritti fondamentali, chiedendo garanzie. Ma l'Autorità approva il Regolamento*, in [www.lidis.it](http://www.lidis.it), 17 dicembre 2013, disponibile su [http://www.lidis.it/agcom\\_contestazione\\_commissione\\_europea.htm](http://www.lidis.it/agcom_contestazione_commissione_europea.htm) (consultato il 21/07/2014).

RADCLIFFE M. F., *Grokster: The new law of third party liability for copyright infringement under United States law*, in *Computer Law & Security Report*, 137 (2006).

RADIA R., *Why SOPA Threatens the DMCA Safe Harbor*, in *The Technology Liberation Front* (2011), disponibile su <http://techliberation.com/2011/11/18/why-sopa-threatens-the-dmca-safe-harbor/> (consultato il 7/04/2014).

REESE, R. A., *THE RELATIONSHIP BETWEEN THE ISP SAFE HARBORS AND THE ORDINARY RULES OF COPYRIGHT LIABILITY*, IN *32 Columbia Journal of Law & the Arts*, 427 (2009).

RICCIO G. M., *La responsabilità civile degli internet providers*, Torino, Giappichelli, 2002.

RICCIO G. M., *La responsabilità degli internet providers nel d. lgs. n. 70/2003*, in *Danno e responsabilità*, 2003, 12, 1157.

RICCIO G. M., *Alla ricerca della responsabilità dei motori di ricerca*, in *Danno e responsabilità*, 2011, 758.

RIZZUTO F., *The liability of online intermediari service providers for infringements of intellectual property rights*, in *Computer and Telecommunications Law Review*, 4 (2012).

ROSSELLO C., *Riflessioni de jure condendo in materia di responsabilità del provider*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, 617.

ROSSI G., *Aste online: sulla responsabilità del provider per le aste che si svolgono nel proprio sito si pronuncia la Corte di Giustizia*, in *Contratto e impresa*, 2012, 73.

SALVI R., *La Corte di Cassazione sul caso Google vs Vivi Down: l'host provider non governa il mare magnum della rete*, in *Diritto.it*, 18 marzo 2014, disponibile su <http://www.diritto.it/docs/36069-la-corte-di-cassazione-sul-caso-google-vs-vivi-down-l-host-provider-non-governa-il-mare-magnum-della-rete?page=2> (consultato il 14/07/2014).

SAMMARCO P., *Alla ricerca del giusto equilibrio da parte della Corte di Giustizia UE nel confronto tra diritti fondamentali nei casi di impiego di sistemi tecnici di filtraggio*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2012, 297.

SAMMARCO P., *I diritti televisivi su manifestazioni sportive: natura giuridica e loro tutela da sfruttamento non autorizzato agevolato dalle tecnologie informatiche*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, 746.

SAMMARCO P., *Le partite di calcio in tv e la loro ritrasmissione non autorizzata via web*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, 922.

SAMUELSON P., *Can Online Piracy Be Stopped by Laws?* in *Communications of the ACM*, 25 (2012).

SANNA P., *Il regime di responsabilità dei providers intermediari di servizi della società dell'informazione*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2004, 279.

SARACENO A., *Nota a Trib. Roma 16 dicembre 2009*, in *Giurisprudenza italiana*, 2010, 1323.

SARACENO A., *Note in tema di violazione del diritto d'autore tramite Internet: la responsabilità degli Internet Service Provider*, in *Rivista di diritto industriale*, 2011, 375.

SARTI D., *Privacy e proprietà intellettuale: la Corte di Giustizia in mezzo al guado*, in *AIDA*, 2008, 427.

SARTOR G., VIOLA DE AZEVEDO CUNHA M., *Il caso Google-Vividown tra protezione dei dati e libertà di espressione on-line*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, 645.

SARZANA F., *L'ordinanza Yahoo del Tribunale di Roma sulla rimozione di link che violano il copyright: chiamate in causa anche Google e Microsoft, cosa è successo e cosa sta per succedere: il reclamo di Yahoo*, in [www.fulviosarzana.it](http://www.fulviosarzana.it), disponibile su <http://www.fulviosarzana.it/blog/la-sentenza-yahoo-del-tribunale-di-roma-sulla-rimozione-di-link-che-violano-il-copyright-erano-state-chiamate-in-causa-anche-google-e-microsoft-cosa-e-successo-e-cosa-sta-per-succedere-il-reclam/> (consultato il 7/06/2014).

SARZANA F., *Agcom se la prende con i bambini delle elementari. Ordine di rimozione per Iliade, Odissea e babilonesi su risorsedidattiche.net*, in *Il blog di Fulvio Sarzana*, in <http://www.fulviosarzana.it/blog/agcom-se-la-prende-con-i-bambini-delle-elementari-ordine-di-rimozione-per-iliade-odissea-e-babilonesi-su-risorsedidattiche-net/> (consultato il 22/07/2014).

SARZANA F., *Procura della Repubblica di Roma. Operazione "Eyemoon". Mega.co.nz e altri 24 portali sequestrati. Kim Dotcom e l'oligarca russo Alishir Usmanov tra i target*, in [www.fulviosarzana.it](http://www.fulviosarzana.it) (consultato il 28/07/2014).

SARZANA F., *Il regolamento Agcom su copyright, a rischio singoli blog, pagine facebook, software open source*, in *Il blog di Fulvio Sarzana*, disponibile su <http://www.fulviosarzana.it/blog/il-regolamento-agcom-su-copyright-si-applichera-ai-singoli-blog-alle-pagine-facebook-al-software-open-source/> (visualizzato il 21/07/2014).

SARZANA F., *Agcom e regolamento ammazza-web. Non sono ammessi interventi né repliche*, in *IlFattoQuotidiano.it*, 15 gennaio 2014, disponibile su <http://www.ilfattoquotidiano.it/2014/01/15/agcom-e-regolamento-ammazza-web-non-e-ammesso-dibattito/> (consultato il 22/07/2014).

SARZANA F., *Antipirateria, come pagherà Agcom la nuova unità operativa?*, in *IlFattoQuotidiano.it*, 20 febbraio 2014, disponibile su <http://www.ilfattoquotidiano.it/2014/02/20/antipirateria-come-paghera-lagcom-la-nuova-unita-operativa/888118/> (consultato il 22/07/2014).

SARZANA F., *Regolamento Agcom su diritto d'autore. Dopo la decisione odierna del TAR Lazio le Associazioni di consumatori e gli operatori di Tlc di Confcommercio chiedono lo stop all'Autorità*, in *Il blog di Fulvio Sarzana*, disponibile su <http://www.fulviosarzana.it/blog/regolamento-agcom-su-diritto-dautore-dopo-la-decisione-odierna-del-tar-lazio-le-associazioni-di-consumatori-e-gli-operatori-di-tlc-di-confcommercio-chiedono-lo-stop-allautorita/> (consultato il 22/07/2014).

SARZANA F., *Esclusivo. Sky impugna il regolamento Agcom sul diritto d'autore. Notificato all'Avvocatura di Stato il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Il blog di Fulvio Sarzana*, 11 aprile 2014, disponibile su <http://www.fulviosarzana.it/blog/esclusivo-sky-impugna-il-regolamento-agcom-sul-diritto-dautore-notificato-allavvocatura-di-stato-il-ricorso-straordinario-al-presidente-della-repubblica/> (consultato il 22/07/2014).

SARZANA F., *Regolamento Agcom: altro che pirateria! Basta una foto per chiudere un sito?*, in *IlFattoQuotidiano.it*, 15 aprile 2014, disponibile su <http://www.ilfattoquotidiano.it/2014/04/15/regolamento-agcom-altro-che-pirateria-basta-una-foto-per-chiudere-un-sito/952490/> (consultato il 22/07/2014).

SCANNICCHIO T., *Il provider non risponde degli accostamenti diffamatori prodotti automaticamente dal motore di ricerca*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2013, 152.

SCHRIJVERS V. M., *European Court rules on the position of eBay regarding sale of infringing products: L'Oreal v. eBay*, in *European Intellectual Property Review*, 732 (2011).

SCORZA G., *Yahoo!, stop alla ricerca per salvare Elly?*, in [www.guidoscorza.it](http://www.guidoscorza.it), 25 marzo 2011, disponibile su <http://www.guidoscorza.it/?p=2513> (consultato il 7/06/2014).

SCORZA G., *Yahoo libera Google da RTI?*, in *Leggioggi.it*, 19 luglio 2011, disponibile su <http://www.leggioggi.it/2011/07/19/yahoo-libera-google-da-rti/> (consultato il 7/06/2014).

SCORZA G., *Yahoo: la legge è uguale per tutti (anche per Elly!)*, in *Leggioggi*, 14 luglio, 2011, disponibile su <http://www.leggioggi.it/2011/07/14/yahoo-la-legge-e-uguale-per-tutti-anche-per-elly/> (consultato il 7/06/2014).

SCORZA G., *Agcom può fare davvero antipirateria a costo zero?*, in *Corriere delle comunicazioni*, 17 febbraio 2014, disponibile su [http://www.corrierecomunicazioni.it/ict-law/25843\\_scorza-agcom-puo-fare-davvero-antipirateria-a-cost-zero.htm](http://www.corrierecomunicazioni.it/ict-law/25843_scorza-agcom-puo-fare-davvero-antipirateria-a-cost-zero.htm) (consultato il 22/07/2014).

SGHERRI M., *Profili comunitari e nazionali del diritto d'autore: i nuovi poteri dell'AGCom in materia*, in [https://www.academia.edu/6130666/Profili\\_comunitari\\_e\\_nazionali\\_del\\_diritto\\_dautore\\_i\\_nuovi\\_poteri\\_dellAGCom\\_in\\_materia](https://www.academia.edu/6130666/Profili_comunitari_e_nazionali_del_diritto_dautore_i_nuovi_poteri_dellAGCom_in_materia) (consultato il 19/07/2014).

SICA S., *Il sistema delle responsabilità*, in G. Comandè, S. Sica, *Il commercio elettronico: profili giuridici*, Torino, Giappichelli, 2001.

SICA S., *Le responsabilità civili*, in E. Tosi, *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*, Milano, Giuffrè, 2003.

SICA S., *Recepita la direttiva sul commercio elettronico*, in *Corriere giuridico*, 2003, 1247.

SICA S., ZENO-ZENCOVICH V., *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Cedam, 2012.

SPAGNOLO A., *Bilanciamento tra diritto d'autore, libertà d'impresa e libertà fondamentali nella giurisprudenza recente della Corte di Giustizia*, in *Giurisprudenza di merito*, 2013, 125.

SPEDICATO G., *La sottile linea di confine tra esclusiva sul segno e usi leciti del marchio altrui: prime riflessioni sulla giurisprudenza comunitaria in materia di keyword advertising*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, 731.

SPEDICATO G., *Interesse pubblico e bilanciamento nel diritto d'autore*, Milano, Giuffrè, 2013.

Study on the Liability of Internet Intermediaries, Final Report (Markt/2006/09/E) (Service Contract ETD/2006/IM/E2/69) (Nov. 12, 2007).

TAMBURRINO C., *Vividown, le motivazioni della Cassazione*, in *Puntoinformatico.it*, 4 febbraio 2014, disponibile su <http://punto-informatico.it/3986331/PI/News/vividown-motivazioni-della-cassazione.aspx> (consultato il 14/07/2014).

TAMBURRINO C., *Regolamento Agcom alla corte del Tar*, in *Puntoinformatico.it*, 26 febbraio 2014, disponibile su <http://punto-informatico.it/3999692/PI/News/regolamento-agcom-alla-corte-del-tar.aspx> (consultato il 22/07/2014).

TESCARO M., *Schemi legali e opposte tendenze giurisprudenziali in tema di responsabilità civile dell'internet provider*, in *Giurisprudenza di merito*, 2013, 2584 B.

TITOMANLIO R., *Potestà normativa e funzione di regolazione*, Torino, Giappichelli, 2012.

TOSI E., *Tutela dei contenuti digitali in internet e responsabilità civili degli internet service provider*, 2013 disponibile su [http://www.clusit.it/whitepapers/resp\\_isp\\_2013.pdf](http://www.clusit.it/whitepapers/resp_isp_2013.pdf)

TOSI E., *Le responsabilità civili*, in E. Tosi, *I problemi giuridici di Internet*, Milano, Giuffrè, 1999.

TOSI E., *La responsabilità civile per fatto illecito degli Internet Service Provider e dei motori di ricerca a margine dei recenti casi "Google Suggest" per errata programmazione del software di ricerca e "Yahoo! Italia" per "link" illecito in violazione dei diritti di proprietà intellettuale*, in *Rivista di diritto industriale*, 2012, 44.

TOTINO S., *La responsabilità dell'Internet Service Provider alla luce delle conclusioni dell'avvocato generale dell'UE nella causa C-314/12*, disponibile su <http://www.dimt.it/>, 9 dicembre 2013.

TRIMARCHI P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffrè, 1961.



TROIANO O., *L'impresa di content, host ed access providing*, in *AIDA*, 2007, 355.

TROTTA A., *Responsabilità del provider per riproduzione di video televisivi: il caso Yahoo*, in *Diritto industriale*, 2011, 559.

UBERTAZZI L. C., *I diritti d'autore e connessi*, Milano, Giuffrè, 2003.

VECCHIO M., *Italia, Yahoo! Sugli scudi del copyright*, in *Puntoinformatico.it*, 28 marzo 2011, disponibile su <http://punto-informatico.it/3118317/PI/News/italia-yahoo-sugli-scudi-del-copyright.aspx> (consultato il 7/06/2014).

VENDRAME F., *Mega oscurato, maxi operazione anti-pirateria*, in *Web News*, disponibile su <http://www.webnews.it/2014/07/21/mega-oscurato-maxi-operazione-anti-pirateria/> (consultato il 28/07/2014).

YEN A. C., *A First Amendment Perspective on the Idea/ Expression Dichotomy and Copyright in a Work's "Total Concept and Feel"*, in *Emory Law Journal* 38, 393 (1989).

YEN A. C., *Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability and the First Amendment*, in *Boston College Law School*, 4 (2000).

YU P. K., *The Alphabet Soup of Transborder Intellectual Property Enforcement*, in *Drake Law Review Discourse*, 16 (2012).

WALKER C. W., *Application of the DMCA Safe Harbor Provisions to Search Engines*, in *Virginia Journal of Law & Technology*, 1 (2004).

WESTERMEIER J. T., GERVAISE DAVIS III G., *DMCA Section 512(c) 'Safe Harbor' Requirements, Strategies, and Risks*, in *The Computer & Internet Lawyer*, 10 (2012).

ZARZACA P., *La sentenza di assoluzione della Cassazione nel caso Vividown*, in *Leggioggi.it*, 11 febbraio 2014, disponibile su <http://www.leggioggi.it/2014/02/11/la-sentenza-di-assoluzione-della-cassazione-nel-caso-vivi-down/> (consultato il 14/07/2014).

ZENO-ZENCOVICH V., *La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa: note critiche*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 1998, 115.

ZENO-ZENCOVICH V., *Note critiche sulla nuova disciplina del commercio elettronico dettata dal d. lgs. 70/2003*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2003, 505.

## **Sitografia**

<http://www.pc-facile.com/glossario/> (consultato il 11/04/2014)

<http://www.viacom.com/about/pages/default.aspx> (consultato il 11/04/2014)

<https://www.youtube.com/yt/about/it/> (consultato il 11/04/2014)

<https://www.youtube.com/yt/press/it/> (consultato il 11/04/2014)

Center for Democracy and Technology, *The Stop Online Piracy Act: Summary, Problems and Implications*, CDT (Nov. 15, 2011), disponibile su <https://www.cdt.org/paper/sopa-summary> (consultato il 7/04/2014)

<http://sopastrike.com/numbers/> (consultato il 7/04/2014)

<http://latimesblogs.latimes.com/technology/2012/01/google-anti-sopa-petition.html>  
(consultato il 7/04/2014)

<http://wikimediafoundation.org/wiki/SOPA/Blackoutpage> (consultato il 7/04/2014)

[http://en.wikipedia.org/wiki/Bulletin\\_board\\_system](http://en.wikipedia.org/wiki/Bulletin_board_system) (consultato il 7/06/2014)

[http://www.usitc.gov/press\\_room/about\\_usitc.htm](http://www.usitc.gov/press_room/about_usitc.htm) (consultato il 7/04/2014)

<http://litigation.findlaw.com/going-to-court/what-is-a-subpoena.html> (consultato il 08/06/2014)

<http://thehill.com/blogs/hillicon-valley/technology/202627-twitter-facebook-and-google-endorse-alternate-online-piracy-bill?page=2#comments> (consultato il 8/04/2014)

[http://it.wikipedia.org/wiki/Domain\\_Name\\_System](http://it.wikipedia.org/wiki/Domain_Name_System) (consultato il 08/06/2014)

<http://www.pc-facile.com/glossario/dns/> (consultato il 08/06/2014)

<http://it.wikipedia.org/wiki/DNSSEC> (consultato il 10/06/2014)

[http://it.wikipedia.org/wiki/Internet\\_Engineering\\_Task\\_Force](http://it.wikipedia.org/wiki/Internet_Engineering_Task_Force) (consultato il 10/06/2014)

<http://www.dnssec.net/> (consultato il 10/06/2014)

<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2010-title19/html/USCODE-2010-title19-chap4-subtitleII-partII-sec1337.htm> (consultato il 9/06/2014)

<http://keepthewebopen.com/> (consultato il 8/04/2014)

<http://www.spotifyartists.com/spotify-explained/> (visualizzato il 8/04/2014)

Eidg. Justiz- und Polizeidepartement, Urheberrechtsverletzungen im Internet: Der bestehende rechtliche Rahmen genügt, Medienmitteilungen, Der Bundesrat, 2011, disponibile su

<http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2011/2011-11-30.html> (consultato il 8/04/2014)

[http://it.wikipedia.org/wiki/Indirizzo\\_IP](http://it.wikipedia.org/wiki/Indirizzo_IP) (consultato il 17/06/2014)

<http://pages.ebay.it/help/community/vero-program.html> (consultato il 17/06/2014)

[http://it.wikipedia.org/wiki/Google\\_Video](http://it.wikipedia.org/wiki/Google_Video) (consultato il 13 luglio 2014).

[http://www.corrierecomunicazioni.it/it-world/28143\\_posteraro-per-tutelare-il-copyright-puntare-su-autoregolamentazione.htm](http://www.corrierecomunicazioni.it/it-world/28143_posteraro-per-tutelare-il-copyright-puntare-su-autoregolamentazione.htm) (consultato il 22/07/2014).

<http://www.agcom.it/documents/10179/540051/Documento+Generico+24-05-2013+37/554d22df-80b4-485c-880f-b99e5dedeefb?version=1.0> (consultato il 6/08/2014)

<http://nexa.polito.it/about> (consultato il 6/08/2014)

**The Student Paper Series of the Trento Lawtech Research Group is published since Fall 2010**

<http://www.lawtech.jus.unitn.it/index.php/student-paper-series?start=1>

**Freely downloadable papers already published:**

**STUDENT PAPER N. 20**

**Open innovation e patent: un'analisi comparata = Open Innovation and Patent: a Comparative Analysis**

PONTI, STEFANIA (2014) Open innovation e patent: un'analisi comparata = Open Innovation and Patent: a Comparative Analysis. The Trento Law and Technology Research Group. Student Paper; 20. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN 978-88-8443-573-6

**STUDENT PAPER N. 19**

**La responsabilità civile nell'attività sciistica = Ski Accidents and Civil Liability**

CAPPA, MARISA (2014) La responsabilità civile nell'attività sciistica = Ski Accidents and Civil Liability. The Trento Law and Technology Research Group. Student Paper; 19. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN 978-88-8443-548-4

**STUDENT PAPER N. 18**

**Biodiversità agricola e tutela degli agricoltori dall'Hold-Up brevettuale: il caso degli OGM**

TEBANO, GIANLUIGI (2014) Biodiversità agricola e tutela degli agricoltori dall'Hold-Up brevettuale: il caso degli OGM = Agricultural Biodiversity and the Protection of Farmers from patent Hold-Up: the case of GMOs. Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 18. Trento : Università degli Studi di Trento.

**STUDENT PAPER N. 17**

**Produrre e nutrirsi "bio" : analisi comparata del diritto degli alimenti biologici**

MAFFEI, STEPHANIE (2013) Produrre e nutrirsi "bio" : analisi comparata del diritto degli alimenti biologici = Producing and Eating "Bio": A Comparative Analysis of the Law of Organic Food. Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 17. Trento : Università degli Studi di Trento.

#### **STUDENT PAPER N. 16**

##### **La tutela delle indicazioni geografiche nel settore vitivinicolo: un'analisi comparata = The Protection of Geographical Indications in the Wine Sector: A Comparative Analysis**

SIMONI, CHIARA (2013) La tutela delle indicazioni geografiche nel settore vitivinicolo: un'analisi comparata. The Trento Law and Technology Research Group. Student Papers Series; 16. Trento: Università degli Studi di Trento. Facoltà di Giurisprudenza.

#### **STUDENT PAPER N. 15**

##### **Regole di sicurezza e responsabilità civile nelle attività di mountain biking e downhill montano**

SALVADORI, IVAN (2013) Regole di sicurezza e responsabilità civile nelle attività di mountain biking e downhill montano. Trento Law and Technology Research Group. Student Paper; 15. Trento: Università degli Studi di Trento.

#### **STUDENT PAPER N. 14**

##### **Plagio, proprietà intellettuale e musica: un'analisi interdisciplinare**

VIZZIELLO, VIVIANA (2013) Plagio, proprietà intellettuale e musica: un'analisi interdisciplinare. Trento Law and Technology Research Group. Student Paper; 14. Trento: Università degli Studi di Trento.

#### **STUDENT PAPER N.13**

##### **The Intellectual Property and Open Source Approaches to Biological Material**

CARVALHO, ALEXANDRA (2013) The Intellectual Property and Open Source Approaches to Biological Material. Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 13. Trento: Università degli Studi di Trento.

#### **STUDENT PAPER N.12**

##### **Per un'archeologia del diritto alimentare: 54 anni di repertori giurisprudenziali sulla sicurezza e qualità del cibo (1876-1930)**

TRESTINI, SILVIA (2012) Per un'archeologia del diritto alimentare: 54 anni di repertori giurisprudenziali sulla sicurezza e qualità del cibo (1876-1930) = For an Archeology of Food Law: 54 Years of Case Law Collections Concerning the Safety and Quality of Food (1876-1930). The Trento Law and Technology Research Group. Student Papers Series, 12.

#### **STUDENT PAPER N.11**

##### **Dalle Alpi ai Pirenei: analisi comparata della responsabilità civile per attività turistico-ricreative legate alla montagna nel diritto italiano e spagnolo**

PICCIN, CHIARA (2012) Dalle Alpi ai Pirenei: analisi comparata della responsabilità civile per attività turistico-ricreative legate alla montagna nel diritto italiano e spagnolo = From the Alps to the Pyrenees: Comparative Analysis of Civil Liability for Mountain Sport Activities in Italian and Spanish Law. The Trento Law and Technology Research Group. Student Papers Series, 11

#### **STUDENT PAPER N.10**

##### **Copynorms: Norme Sociali e Diritto d'Autore**

PERRI, THOMAS (2012) Copynorms: Norme Sociali e Diritto d'Autore = Copynorms: Social Norms and Copyright. Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series, 10

#### **STUDENT PAPER N. 9**

##### **L'export vitivinicolo negli Stati Uniti: regole di settore e prassi contrattuali con particolare riferimento al caso del Prosecco**

ALESSANDRA ZUCCATO (2012), L'export vitivinicolo negli Stati Uniti: regole di settore e prassi contrattuali con particolare riferimento al caso del Prosecco = Exporting Wines to the United States: Rules and Contractual Practices with Specific Reference to the Case of Prosecco Trento: Università degli Studi di Trento (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series 9)

#### **STUDENT PAPER N.8**

##### **Equo compenso e diritto d'autore: un'analisi comparata = Fair Compensation and Author's Rights: a Comparative Analysis**

RUGGERO, BROGI (2011) Equo compenso e diritto d'autore: un'analisi comparata = Fair Compensation and Author's Rights: a Comparative Analysis. Trento: Università degli Studi di Trento (Trento Law and Technology Research Group. Student Papers Series, 8)

#### **STUDENT PAPER N.7**

##### **Evoluzione tecnologica e mutamento del concetto di plagio nella musica**

TREVISA, ANDREA (2012) Evoluzione tecnologica e mutamento del concetto di plagio nella musica = Technological evolution and change of the notion of plagiarism in music Trento: Università degli Studi di Trento (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series 7)

#### **STUDENT PAPER N.6**

##### **Il trasferimento tecnologico università-imprese: profili giuridici ed economici**

SIRAGNA, SARA (2011) Il trasferimento tecnologico università-imprese: profili giuridici ed economici = University-Enterprises Technological Transfer: Legal and Economic issues Trento: Università degli Studi di Trento (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series 6)

#### **STUDENT PAPER N.5**

##### **Conciliare la responsabilità medica: il modello "generalista" italiano a confronto col modello "specializzato" francese**

GUERRINI, SUSANNA (2011) Conciliare la responsabilità medica: il modello "generalista" italiano a confronto col modello "specializzato" francese = Mediation & Medical Liability: The Italian "General Approach" Compared to the Specialized Model Applied in France Trento: Università degli Studi di Trento (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series 5)

#### **STUDENT PAPER N.4**

##### **"Gun Control" e Responsabilità Civile: una comparazione fra Stati Uniti e Italia**

PODETTI, MASSIMILIANO (2011) "Gun Control" e Responsabilità Civile: una comparazione fra Stati Uniti e Italia = Gun Control and Tort Liability: A Comparison between the U.S. and Italy Trento: Università degli Studi di Trento. (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series 4)

#### **STUDENT PAPER N.3**

##### **Smart Foods e Integratori Alimentari: Profili di Regolamentazione e Responsabilità in una comparazione tra Europa e Stati Uniti**

TOGNI, ENRICO (2011) Smart Foods e Integratori Alimentari: Profili di Regolamentazione e Responsabilità in una comparazione tra Europa e Stati Uniti = Smart Foods and Dietary Supplements: Regulatory and Civil Liability Issues in a Comparison between Europe and United States Trento: Università degli Studi di Trento - (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series; 3)

#### **STUDENT PAPER N.2**

##### **Il ruolo della responsabilità civile nella famiglia: una comparazione tra Italia e Francia**

SARTOR, MARTA (2010) Il ruolo della responsabilità civile nella famiglia: una comparazione tra Italia e Francia = The Role of Tort Law within the Family: A Comparison between Italy and France Trento: Università degli Studi di Trento - (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series; 2)

## **STUDENT PAPER N.1**

### **Tecnologie belliche e danno al proprio combattente: il ruolo della responsabilità civile in una comparazione fra il caso statunitense dell'Agent Orange e il caso italiano dell'uranio impoverito**

RIZZETTO, FEDERICO (2010) Tecnologie belliche e danno al proprio combattente: il ruolo della responsabilità civile in una comparazione fra il caso statunitense dell'Agent Orange e il caso italiano dell'uranio impoverito = War Technologies and Home Soldiers Injuries: The Role of Tort Law in a Comparison between the American "Agent Orange" and the Italian "Depleted Uranium" Litigations Trento: Università degli Studi di Trento - (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series; 1)