

La responsabilità degli intermediari di rete nella giurisprudenza italiana alla luce del modello statunitense e di quello comunitario

1. – Gli interrogativi del web 2.0

L'affermarsi su ampia scala di *internet* non più quale semplice *medium*, ma come strumento di interazione sociale, unitamente al potenziamento degli strumenti informatici, ha mutato nel corso degli ultimi anni l'immagine e la funzione della Rete, sempre più luogo di condivisione e scambio di contenuti digitali, attribuendo un ruolo rilevante ai gestori delle piattaforme UGC (*user-generated content*), ovvero a coloro che mettono a disposizione i servizi utili a realizzare la moderna agorà digitale.

Il mutamento dell'architettura di riferimento (non a caso si parla oggi di *web 2.0*), che ha conferito nuovo dinamismo ad *internet*, ha amplificato comportamenti pregiudizievoli già presenti *on-line*, quali la pirateria digitale o la violazione dei diritti della personalità, generando tensioni rispetto al quadro regolamentare definito al termine degli anni '90, pensato avente come modello un'*internet* diversa da quella attuale, per staticità, limitatezza di banda, diffusività fra la popolazione. Da qui il legittimo interrogativo degli operatori del diritto e degli studiosi circa il permanere della validità delle soluzioni adottate ⁽¹⁾. Interrogativo che però non di rado sembra essersi tradotto, per le *lobby* dei detentori dei diritti di privativa industriale ed intellettuale, in un'occasione per rimettere in discussione le scelte prese, specie laddove, come nel caso della responsabilità dei *provider*, esse risultino poco funzionali alle proprie politiche industriali e commerciali.

L'industria dello spettacolo e le grandi firme del lusso hanno così posto in essere un'offensiva giudiziaria unita ad un'azione di "persuasione" sui legislatori volte a "responsabilizzare" quelli che ai loro occhi paiono essere se non gli artefici quanto meno i solidali, economicamente interessati, degli autori delle varie forme di pirateria. Chiaro l'intento perseguito: constatata la difficoltà (e l'inefficacia) di una strategia fatta di azioni giudiziali "di massa" contro gli autori diretti degli illeciti, a causa della diffusività del fenomeno, l'obiettivo è divenuto quello di tentare di arginare a monte la patologia, agendo direttamente su uno dei nodi di transito dei contenuti digitali, specie rispetto a servizi di facile accessibilità ampiamente appetibili al vasto pubblico ⁽²⁾. La ragione della "crociata" non è poi necessariamente il con-

⁽¹⁾ Cfr. MONTERO, *Les responsabilités liées au web 2.0*, in *Rev. dr. tech. information*, 2008, p. 363 ss.

⁽²⁾ Se infatti quasi chiunque è in grado di caricare su *Youtube* uno spezzone di un film e di

trasto degli illeciti, bensì, più spesso, l'esigenza di far fronte alla crisi dei tradizionali modelli di "gestione" imprenditoriale delle privative indotta dalla possibilità offerta dal *web 2.0* di superare le barriere distributive create a proprio vantaggio dai produttori ⁽³⁾.

È alla luce di questo scontro in atto che vanno dunque considerate le tensioni che in tutti i Paesi industrializzati stanno emergendo sul ruolo degli intermediari di rete, laddove il singolo giudice finisce per trovarsi al centro di una contesa serrata e sovente, in particolar modo negli USA, coinvolgente non solo attori di primo piano nel panorama economico, ma anche associazioni di difesa dei diritti della persona e dei consumatori e gruppi lobbistici. La difficoltà del decisore, specie nel momento in cui il mutato contesto esige soluzioni interpretative, deriva dunque dalla consapevolezza della rilevanza che la *ratio decidendi* avrà in termini di politica del diritto sui possibili assetti futuri concernenti i contrapposti interessi. A ciò si aggiunga che il tecnicismo degli argomenti, e talora la mancanza di una prospettiva storica in cui collocare le scelte pregresse del legislatore e delle corti, possono indurre in errore i giudicanti, dando vita a giurisprudenze contrastanti, ondivaghe e talvolta (deleteramente) "creative" nelle forme argomentative e/o nelle soluzioni adottate.

visionare a propria volta quanto da altri reso disponibile, se milioni di persone sono capaci di dar vita su *eBay* ad un mercato di oggetti contraffatti o di beni di lusso usati, è evidente come tali comportamenti portino i detentori dei diritti ad accentrare proprio su tali intermediari la propria attenzione.

⁽³⁾ Cfr. *Tiffany (NJ) Inc. v. eBay, Inc.*, 576 F. Supp. 2d 463 (S.D.N.Y. 2008): "there is at least some basis in the record for eBay's assertion that one of Tiffany's goals in pursuing this litigation is to shut down the legitimate secondary market in authentic Tiffany goods". D'altro canto anche con riferimento al più ampio e dibattuto contesto della pirateria musicale e cinematografica, il contrasto del fenomeno, laddove quest'ultimo derivi più dall'insoddisfazione per i modelli commerciali esistenti che dalla volontà di accedere ai contenuti in maniera gratuita, finisce per divenire uno strumento per difendere lo *status quo* dell'offerta ed i significativi margini di profitto correlati. In tal senso già nello studio FONDAZIONE L. EINAUDI, *I comportamenti di consumo di contenuti digitali in Italia. Il caso del file sharing*, 2006, pp. 11 e 43 ss., pubblicato sul sito www.fondazione-einaudi.it, si affermava: "alla luce della rilevazione, emerge la necessità di riconsiderare l'equazione 'file sharing=pirateria', poiché le motivazioni che portano all'uso di queste tecnologie sono da ricercarsi soprattutto nelle mutate esigenze di consumo da parte dei consumatori di contenuti culturali" (possibilità di operare da casa, valutazione preventiva dell'acquisto, ampiezza di scelta e di reperimento di brani non più disponibili, possibilità di condivisione della musica con amici/appassionati). Cfr. anche ANDERSEN-FRENZ, *The Impact of Music Download and P2P File-Sharing on the Purchase of Music in Canada*, June 2008, in <http://www2.druid.dk> e AGCOM, *Il diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica*, 2010, p. 32 ss., in www.agcom.it (tutte le risorse on-line citate nel presente contributo sono state consultate fra il 3.08.10 ed il 18.09.10).

Non potendo nell'economia del presente scritto render conto del complessivo stato dell'arte, in ragione della dimensione multinazionale del problema, delle differenze presenti nelle normative nazionali e della pluralità di decisioni maturate nella giurisprudenza dei singoli stati ⁽⁴⁾, si prenderà come riferimento il panorama delle sentenze italiane valutando, alla luce delle regolamentazioni di maggior rilievo, quella comunitaria e quella statunitense ⁽⁵⁾, i tre punti su cui solitamente nelle motivazioni dei giudicanti viene incentrata la riflessione sulla responsabilità degli intermediari:

- la finalità di lucro perseguita;
- la conoscenza del carattere illecito dei contenuti ospitati;
- gli oneri incombenti sull'intermediario a difesa dei diritti altrui.

2. – *La limitazione della responsabilità: ratio comune delle norme statunitensi e comunitarie*

Tre sono i provvedimenti normativi che sono chiamati a dipanare la complessa matassa della responsabilità degli intermediari di rete al di qua ed al di là dell'Atlantico: i CDA e DMCA statunitensi ⁽⁶⁾ e la dir. 2000/31/CE. In quanto cronologicamente antecedente, occorrerà guardare dapprima alla disciplina statunitense, contestualizzandone la venuta in essere.

Occorre nello specifico ricordare come il "retrotterra giuridico" del CDA fosse rappresentato dalle soluzioni offerte dalle corti nei casi *Cubby Inc. v. CompuServe Inc.* ⁽⁷⁾ e *Stratton Oakmont v. Prodigy Services Co.* ⁽⁸⁾, rispetto al nuovo tema della responsabilità del *provider* per i contenuti (nello specifico diffamatori) forniti dagli utenti. In queste storiche decisioni, in assenza di

⁽⁴⁾ Cfr. a riguardo AA.VV., *Study on the liability of internet intermediaries*, 27 novembre 2007, in <http://ec.europa.eu>. Si veda inoltre l'approfondita analisi comparatistica di RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, Torino, 2002.

⁽⁵⁾ Il confronto con l'esperienza statunitense trova altresì ragioni più profonde rispetto a quella di tipo geo-politica. V'è infatti un motivo di carattere storico-giuridico: essendosi la rete *internet* inizialmente diffusa negli USA è lì che sono dapprima emersi i correlati problemi giuridici e che dunque sono state proposte le prime soluzioni giurisprudenziali e regolamentari, cui necessariamente hanno guardato tanto le corti quanto i legislatori europei. A ciò si aggiunga la rilevanza delle motivazioni economiche che inducono ad una convergenza delle soluzioni adottate al fine di offrire un'efficiente disciplina per un fenomeno che è per sua natura sovranazionale.

⁽⁶⁾ Il *Communications Decency Act* (CDA) del 1996 ed il *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) del 1998, per quanto qui di rilevanza, hanno rispettivamente introdotto le disposizioni di cui al 47 U.S.C. § 230 (c) (1) ed al 17 U.S.C. § 512.

⁽⁷⁾ Cfr. *Cubby Inc v. CompuServe Inc.*, 776 F Supp 135 (SDNY 1991).

⁽⁸⁾ Cfr. *Stratton Oakmont v. Prodigy Services Co.* (N.Y. Sup. Ct. 1995).

una normativa specifica (eravamo agli albori della diffusione su ampia scala di *internet*), si fa ricorso al ragionamento analogico ed il punto centrale della controversia verte sul ruolo di editore o di semplice distributore di materiale edito da altri assunto dall'intermediario ⁽⁹⁾. In *CompuServe* si esclude che il *provider* "knew or had reason to know" la natura diffamatoria dei contenuti in quanto "CompuServe has no more editorial control over such a publication than does a public library, book store, or newsstand, and it would be no more feasible for CompuServe to examine every publication it carries for potential defamatory statements than it would be for any other distributor to do so". Diversamente, ma seguendo la medesima *ratio*, nel successivo caso *Prodigy* si ritenne responsabile il *provider*, poiché esercitava un controllo editoriale sui contenuti pubblicati sufficiente a qualificarlo come *publisher* ⁽¹⁰⁾. Evidente il paradosso, cui il CDA volle dare soluzione: il ragionamento delle corti finiva per penalizzare gli intermediari che si erano impegnati a garantire una supervisione sui contenuti, essendo loro richiesto di adottare dei sistemi di monitoraggio più che efficienti, favorendo invece nel contempo chi non assicurava alcuna vigilanza e finendo così per disincentivare qualsiasi forma di controllo, onde essere considerati dei semplici distributori di informazioni e, come tali, non responsabili ⁽¹¹⁾.

Con l'introduzione del 47 U.S.C. § 230 (c) (1), nella consapevolezza della peculiarità di *internet*, si statuì che "no provider or user of any interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any infor-

⁽⁹⁾ Considerando il *provider* alla stregua di un *distributor*, le corti avrebbero potuto applicare il principio già valido per le pubblicazioni cartacee secondo cui chi distribuisce uno scritto avente carattere diffamatorio non può essere ritenuto responsabile se non ne conosce, o non ha ragione di conoscerne, il contenuto illecito. Viceversa, ritenendo il *provider* equiparabile ad un *publisher*, questi sarebbe stato considerato responsabile in virtù del controllo editoriale.

⁽¹⁰⁾ Cfr. *Stratton Oakmont vs. Prodigy Services Co.*, cit.: "the key distinction between CompuServe and PRODIGY is two fold. First, PRODIGY held itself out to the public and its members as controlling the contents of its computer bulletin boards. Second, PRODIGY implemented this control through its automatic software screening program, and the Guidelines which Board Leaders are required to enforce. By actively utilizing technology and manpower to delete notes from its computer bulletin boards on the basis of offensiveness and 'bad taste', for example, PRODIGY is clearly making decisions as to content".

⁽¹¹⁾ Analoghe ragioni hanno ispirato anche il legislatore comunitario, nell'intento quantomeno di limitare l'incertezza del diritto con riguardo alla responsabilità degli intermediari, causa di divergenze sia all'interno delle giurisprudenze nazionali che fra gli orientamenti maggioritari dei diversi Stati membri; cfr. in tal senso COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al comitato economico e sociale europeo*, Bruxelles, 21 novembre 2003, p. 22.

mation provided by another information content provider”. Il CDA forniva così una prima limitata risposta al tema cruciale della responsabilità degli intermediari riguardante i controlli esigibili dagli stessi sui contenuti veicolati ⁽¹²⁾.

Più articolata e complessa la risposta a riguardo offerta dal DMCA, ove gli interessi in gioco, in una rete sempre meno *community* ⁽¹³⁾ e sempre più *commerce*, non si limitano alla mera lesione reputazionale, ma concernono la tutela del *copyright* delle opere creative rese vulnerabili dalla digitalizzazione e dalla diffusione di connessioni sempre più veloci. Nello specifico la norma cerca un bilanciamento fra le istanze dei produttori e l'esigenza di assicurare una limitazione di responsabilità agli intermediari, affinché essi continuino a garantire gli investimenti imprenditoriali in un'attività essenziale per lo sviluppo di *internet*, in ragione dell'evidente ruolo strategico di tale forma di comunicazione ⁽¹⁴⁾.

Il 17 U.S.C. § 512 (c), (m) e (n), introdotto dal DMCA, prevede così non l'esclusione di responsabilità dell'intermediario in relazione ai contenuti veicolati, bensì la possibilità che essa venga meno, in ragione di tre parametri ⁽¹⁵⁾: l'ignoranza dell'attività illecita ⁽¹⁶⁾, la pronta collaborazione nel-

⁽¹²⁾ Ancorché l'assenza di un onere di controllo editoriale non escluda la responsabilità, ove vi sia conoscenza dell'illicetità dei contenuti, si è andata affermando un'interpretazione “espansiva” del 47 U.S.C. § 230, cfr. PEGUERA, *The DMCA Safe Harbors and Their European Counterparts: A Comparative Analysis of Some Common Problems*, 32:4 Col. J. L. & Arts 484 (2009): “47 U.S.C. § 230, as construed expansively by courts, provides near-blanket immunity to service providers for any type of illicit material, as long as that material was initially provided by a third party”; già in proposito RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, cit., p. 112 s. Si veda inoltre *Barrett v. Rosenthal*, 146 P.3d 510 (Cal. 2006).

⁽¹³⁾ Cfr. RHEINGOLD, *The Virtual Community. Homesteading on the Electronic Frontier*, New York, 1993.

⁽¹⁴⁾ Cfr. The Senate Committee on the Judiciary Report, S. Rep. No. 105-190 (1998), p. 8: “without clarification of their liability, service providers may hesitate to make the necessary investment in the expansion of the speed and capacity of the Internet. . . In short, by limiting the liability of service providers, the DMCA ensures that the efficiency of the Internet will continue to improve and that the variety and quality of services on the Internet will continue to expand”.

⁽¹⁵⁾ Cfr. a riguardo il precedente *Religious Technology Center v. Netcom On-line Communications Services, Inc.*, 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995).

⁽¹⁶⁾ Nello specifico la norma ravvisa nell’“actual knowledge” dell’illecito, ma anche nella semplice consapevolezza “facts or circumstances from which infringing activity is apparent”, nonché nella procedura di notificazione della violazione di cui possono avvalersi i detentori dei diritti ai sensi del 17 U.S.C. § 512 (c) (3), le tre differenti condizioni in virtù del quale il *provider* può ritenersi a conoscenza di una condotta illecita. Sugli elementi della notifica e sulla loro completezza si veda anche *Perfect 10, Inc. v. CCBill LLC*, 488 F.3d 1102 (9th Cir. 2007).

l'inibizione di quest'ultima nel momento in cui ve ne sia consapevolezza e l'assenza di un "financial benefit directly attributable to the infringing activity" ⁽¹⁷⁾. Si è cercato in tal maniera di redistribuire gli oneri fra i soggetti contrapposti nella contesa, *provider* e detentori dei diritti di *copyright*, sgravando da un lato i primi dall'obbligo di monitoraggio dei contenuti ⁽¹⁸⁾, ma nel contempo non consentendo loro di volgere altrove il proprio sguardo nel caso in cui emergano elementi configuranti una condotta illecita degli utenti.

Questo modello, probabilmente proprio in ragione del compromesso che raggiunge fra le opposte istanze, è stato mutuato, anche nella lettera, dall'ordinamento comunitario mediante la sezione quarta del capo secondo della dir. 2000/31/CE ed in specie gli artt. 14 e 15 ⁽¹⁹⁾. Permangono tutta-

⁽¹⁷⁾ Cfr. in specie 17 U.S.C. § 512 (c) (1):

"In general.— A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the storage at the direction of a user of material that resides on a system or network controlled or operated by or for the service provider, if the service provider—

(A) (i) does not have actual knowledge that the material or an activity using the material on the system or network is infringing;

(ii) in the absence of such actual knowledge, is not aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent; or

(iii) upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove, or disable access to, the material;

(B) does not receive a financial benefit directly attributable to the infringing activity, in a case in which the service provider has the right and ability to control such activity; and

(C) upon notification of claimed infringement as described in paragraph (3), responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity».

Sulla nozione di "financial benefit" di cui al § 512 (c) (1) (B) cfr. *Perfect 10, Inc. v. CCBill LLC*, 488 F.3d 1102, (9th Cir. 2007): «we hold that "direct financial benefit" should be interpreted consistent with the similarly-worded common law standard for vicarious copyright liability. See, e.g., *Ellison*, 357 F.3d at 1078 (a vicariously liable copyright infringer "derive[s] a direct financial benefit from the infringement and ha[s] the right and ability to supervise the infringing activity"). Thus, the relevant inquiry is «whether the infringing activity constitutes a draw for subscribers, not just an added benefit.» *Id.* at 1079. In *Ellison*, the court held that "no jury could reasonably conclude that AOL received a direct financial benefit from providing access to the infringing material" because "[t]he record lacks evidence that AOL attracted or retained subscriptions because of the infringement or lost subscriptions because of AOL's eventual obstruction of the infringement"».

⁽¹⁸⁾ Cfr. 17 U.S.C. § 512 (m) (1).

⁽¹⁹⁾ Cfr. PEGUERA, *The DMCA Safe Harbors and Their European Counterparts: A Comparative Analysis of Some Common Problems*, cit., p. 482: "The E-Commerce Directive seemed to adopt the basic idea of section 512, namely, a grant of safe harbors from liability for specific

via differenze fra i due modelli ⁽²⁰⁾, la più significativa delle quali è sicuramente il venir meno della rilevanza attribuita all'assenza di un *financial benefit* derivante all'intermediario dalla condotta illecita dei terzi. A ciò si aggiunga che il legislatore comunitario più che recepire appieno il modello di *notice and take down* ⁽²¹⁾, si limita ad offrire allo stesso un fondamento normativo di carattere generale ⁽²²⁾ rimandando ad una successiva revisione della direttiva la definizione di procedure *ad hoc* ⁽²³⁾ e, così facendo, lasciando che siano i legislatori nazionali o, preferibilmente, i soggetti interessati attraverso processi di autoregolamentazione a determinare *medio tempore* eventuali modalità di notifica e conseguente rimozione dei materiali illeciti ⁽²⁴⁾.

Rimane poi la divergenza sistematica di fondo che si ravvisa nella fram-

intermediary activities, and indeed closely tracked the language of the DMCA in places—particularly with regard to the descriptions of those activities and the conditions for limiting liability. Yet there are a number of substantial differences between the statutes». Cfr. anche RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers alla luce della direttiva n. 2000/31/CE*, in *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, a cura di Sica e Stanzione, Milano, 2002, pp. 200 ss. e 387, il quale sottolinea altresì l'influenza esercitata dal modello tedesco del Teledienstegesetz (TDG) approvato nel 1997, così anche SICA, *Le responsabilità civili*, in *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*, a cura di E. Tosi, Milano, 2003, p. 279.

⁽²⁰⁾ Per un confronto analitico fra le normative cfr. PEGUERA, *The DMCA Safe Harbors and Their European Counterparts: A Comparative Analysis of Some Common Problems*, cit., p. 481.

⁽²¹⁾ Viene definito *notice and take down* il sistema di rimozione dei contenuti illeciti su segnalazione da parte degli interessati di cui al 17 U.S.C. § 512 (C) (1) (c); nello specifico circa la procedura e le modalità di notifica, cfr. 17 U.S.C. § 512 (c) (3). Si vedano in merito all'istituto le considerazioni espresse in *The Senate Committee on the Judiciary Report*, cit., p. 45 ed in *House Committee on Commerce Report*, H.R. Rep. No. 105-551, pt. 2 (1998), 54: "Section 512 does not require use of the notice and take-down procedure. A service provider wishing to benefit from the limitation on liability undersubsection (c) must «take down» or disable access to infringing material residing on its system or network of which it has actual knowledge or that meets the «red flag» test, even if the copyright owner or its agent does not notify it of a claimed infringement. On the other hand, the service provider is free to refuse to «take down» the material or site, even after receiving a notification of claimed infringement from the copyright owner; in such a situation, the service provider's liability, if any, will be decided without reference to section 512 (c). For their part, copyright owners are not obligated to give notification of claimed infringement in order to enforce their rights". Sulla nozione di *red flag* test, cfr. *infra* nota 47.

⁽²²⁾ Cfr. art. 14, par. 1, lett. b), dir. 2000/31/CE.

⁽²³⁾ Cfr. art. 21, par. 2, dir. 2000/31/CE.

⁽²⁴⁾ Cfr. 40° considerando dir. 2000/31/CE, ma si veda anche l'art. 15, par. 3, fa salva la generica possibilità per gli Stati Membri "of establishing procedures governing the removal or disabling of access to information". Cfr. altresì ISPA BELGIUM, *Code de conduite*, in *www.ispa.be*.

mentazione della disciplina statunitense, ripartita fra CDA e DMCA, rispetto alla soluzione unitaria europea che non distingue fra le differenti tipologie di contenuti illeciti ⁽²⁵⁾, optando però, forse proprio per la latitudine dell'ambito interessato, non per il modello di esclusione di responsabilità del CDA, bensì per quello incentrato sulla limitazione della responsabilità del DMCA ⁽²⁶⁾.

3. – False friends: *concorso nell'illecito e profitto*

La presenza di un vantaggio economico, tanto nell'ordinamento comunitario, quanto in quello italiano, assume un rilievo secondario ed eventuale rispetto alla configurabilità di una responsabilità dell'intermediario. Mancando, come si è visto, un rilievo autonomo attribuito al *financial benefit* in quanto tale, quest'ultimo può risaltare solamente come espressione del perseguimento di un fine di lucro o di profitto ⁽²⁷⁾, senza che però l'oggettiva presenza di un beneficio comporti necessariamente la sussistenza di tale finalità in capo all'intermediario in relazione all'attività illecita dei fruitori del servizio. Ove poi anche sussistente, la presenza di un simile scopo assume importanza quale elemento di fattispecie solamente in riferimento ad alcune delle possibili condotte illecite ⁽²⁸⁾, ma soprattutto la rilevanza eventualmente attribuita al vantaggio economico conseguito è strettamente collegata al presupposto che l'intermediario sia a conoscenza delle violazioni poste in essere e rimanga inerte ovvero vi concorra agevolandole. Ne consegue che, richiedendo lo scopo di lucro o di profitto tale conoscenza, in ragione di quest'ultima l'intermediario non potrebbe co-

⁽²⁵⁾ Cfr. AA.Vv., *Study on the liability of internet intermediaries*, cit., p. 4: "the liability limitations provided for by directive are established in a horizontal manner, i.e. they cover civil, administrative and criminal liability for all types of legal activities initiated by third parties online". In questo il legislatore comunitario ha seguito l'impostazione del Teledienstegesetz (TDG) tedesco, cfr. RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, cit., p. 201.

⁽²⁶⁾ Sul fatto che la responsabilità dell'intermediario, ancorché fortemente limitata, non venga comunque meno in relazione ad alcune ipotesi residuali definite dalla norma stessa, cfr. in dottrina ZENO-ZENCOVICH, *Profili attivi e passivi della responsabilità dell'utente in internet*, in *La tutela del navigatore in internet*, a cura di Palazzo-Ruffolo, Milano, 2002, p. 139 s. e SICA, *Le responsabilità civili*, cit., p. 301, nonché MONTERO, *Les responsabilités liées au web 2.0*, cit., p. 364.

⁽²⁷⁾ Cfr. in tale senso art. 171-ter, comma 2, lett. *a-bis*), l. 633/1941 ed art. 167 d. lgs. 196/2003.

⁽²⁸⁾ La sussistenza o meno di uno scopo lucrativo o di profitto non rileva ad esempio affinché sia configurabile una responsabilità dell'intermediario in relazione alla violazione, ad opera dell'utente, del diritto all'immagine o di altri diritti della personalità dei terzi.

munque beneficiare della limitazione di responsabilità *ex art. 16 d. lgs. 70/2003*.

Il quadro normativo, coerentemente con la distinzione sul punto fra l'impostazione comunitaria e quella statunitense, porta dunque ad attribuire una valenza secondaria ed eventuale al profitto conseguito in ragione dell'illecito. Secondaria poiché occorre in primo luogo interrogarsi sulla conoscenza da parte dell'intermediario delle specifiche condotte *contra legem* e solo successivamente e limitatamente ai casi in cui ne sia esclusa l'ignoranza – e con essa l'applicabilità dell'art. 16 d. lgs. 70/2003 – potrà valutarsi la sussistenza di un concorso dell'intermediario nelle attività illecite degli utenti. Eventuale in quanto, anche nel caso di consapevolezza degli illeciti altrui, il mero dato oggettivo del beneficio economico non rileva di per sé, occorrendo che esso divenga oggetto di una specifica volontà dell'intermediario di perseguirlo; solo in quest'ultimo caso potrà infatti identificarsi con lo scopo di lucro o di profitto richiesto dalle fattispecie normative incriminatrici in materia di diritto d'autore e di trattamento illecito dei dati personali, ovvero potrà, nelle restanti ipotesi, offrire un ulteriore elemento probatorio in ordine alla sussistenza di un concorso nell'illecito posto in essere dall'utente.

Sulla base della ricostruzione del dato normativo qui effettuata si deve quindi ritenere che la presenza di un generico guadagno derivante all'intermediario in relazione alla veicolazione dei contenuti, benché possa dimostrare la sussistenza di un *financial benefit pro-quota*, nei limiti della fruizione avutasi di eventuali materiali illeciti, non prova altresì il perseguimento di finalità lucrative/di profitto, occorrendo a tale scopo la sussistenza di un vantaggio economico direttamente correlato alla divulgazione dei singoli materiali *contra legem* cui il *provider* abbia consapevolmente mirato.

In talune pronunce si è invece ravvisata una finalità lucrativa nella semplice presenza di un'attività pubblicitaria genericamente correlata all'insieme dei contenuti, senza tenere in adeguato conto i caratteri della stessa in relazione alla specificità degli illeciti contestati ⁽²⁹⁾. Né pare possibile, nel

⁽²⁹⁾ Così nella sentenza sul "caso Google", cfr. nota successiva, si afferma che il fine di profitto "era, evidentemente, ricollegabile alla interazione commerciale ed operativa esistente tra Google Italy e Google Video, interazione derivante dalla operatività del sistema AD Words e dal collegamento esistente tra le keywords (parole chiave) utilizzate in quest'ultimo ed il sito web ospitante i video", senza considerare che l'abbinamento fra contenuti forniti dagli utenti e messaggi commerciali era previsto indistintamente per l'intera piattaforma UGC, nonché automatizzato, e che nello specifico non risultava, né era ragionevolmente ipotizzabile, un intento di profitto realizzato mediante inserzioni pubblicitarie correlate ad un solo video che, ancorché fra i più visionati, rappresenta un'inezia per un servizio che riceve media-

caso di violazione del diritto d'autore, impiegare solamente un parametro quantitativo per desumere dalla numerosità dei materiali illeciti presenti, ad esempio sulle piattaforme UGC, il perseguimento da parte dell'intermediario di uno scopo lucrativo, occorrendo invece a tal fine elementi ulteriori di tipo soggettivo.

Da ultimo va poi rigettato il tentativo di introdurre il requisito dell'assenza di un beneficio economico, nuovamente valutato in termini generali e non correlati alla specificità degli illeciti contestati, desumendolo implicitamente dalla nozione di intermediario. Così nelle argomentazioni dei pubblici ministeri milanesi nel "caso Google" ⁽³⁰⁾ si sostiene che la limitazione di responsabilità dell'intermediario non opererebbe in quanto il motore di ricerca in questione "non si limita a rintracciare ed indicizzare contenuti di terzi rinvenuti sulla rete *Internet*", ma nella specie eroga servizi aggiuntivi con finalità di *marketing*. L'infondatezza di una simile ricostruzione emerge già dal dettato dell'art. 14 dir. 2001/31/CE che limita la responsabilità dell'*hosting provider*, in ragione dei parametri sopra indicati, sul presupposto che si tratti di un servizio di memorizzazione "di informazioni fornite da un destinatari del servizio", senza che trovi spazio alcuno l'ulteriore elemento dell'assenza di attività aggiuntive, anche lucrative, correlate a tali contenuti ⁽³¹⁾, a meno che – come precedentemente affermato – le stesse siano indice di consapevolezza degli illeciti e dell'assenza di un comportamento attivo del *provider* nel reagirvi ⁽³²⁾.

4. – Segue: *obbligo di attivazione e monitoraggio attivo*

Circoscritto il rilievo da attribuirsi, nel modello comunitario, al profilo del vantaggio economico, ed evidenziata la preminenza degli aspetti inerenti la percezione dell'illecito e la risposta ad esso ad opera dell'interme-

mente ventiquattro ore di contenuti multimediali al minuto. Cenni al fine lucrativo correlato all'abbinamento di messaggi pubblicitari ai contenuti degli utenti si leggono anche in Trib. Roma, ord., 16 dicembre 2009, in <http://www.tgcom.mediaset.it>, sempre in termini generici e non rapportato agli illeciti oggetto di contestazione. Diversamente pare pertinente ravvisare un fine lucrativo laddove l'intermediario realizzi un servizio prevalentemente, se non totalmente, orientato a favorire attività illecite di cui abbia conoscenza.

⁽³⁰⁾ Cfr. Trib. Milano, 12 aprile 2010, in *Dir. informaz. e informat.*, 2010, p. 474 ss.

⁽³¹⁾ Cfr. anche MONTERO, *Les responsabilités liées au web 2.0*, cit., p. 377.

⁽³²⁾ Cfr. Corte CE, 23 marzo 2010, procedimenti riuniti C-236/08, *Google France SARL e a. c. Louis Vuitton Malletier SA*, C-237/08, *Google France SARL c. Viaticum SA e a.*, e C-238/08, *Google France SARL c. Centre national de recherche en relations humaines (CNHRRH) SARL e a.*, in <http://curia.europa.eu>. Si veda inoltre nello stesso senso Mercantil n° 7 di Madrid, 22 settembre 2010, n. 289, inedita.

diario, occorre interrogarsi sul significato della nozione di *actual knowledge*, avente ruolo centrale nella definizione della responsabilità del *provider* e nel condizionarne gli obblighi di attivazione sia nel più risalente DMCA che nella dir. 2000/31/CE ⁽³³⁾. In proposito va rilevato come mentre nel testo statunitense all'*actual knowledge* viene funzionalmente equiparata la "versione minore" dell'*awareness* ⁽³⁴⁾, la direttiva comunitaria, pur riprendendo quest'ultimo concetto ⁽³⁵⁾, attribuisce diversa rilevanza alle due nozioni: in termini generali il *provider* risponderà infatti solamente in presenza di un'*actual knowledge*, mentre la semplice *awareness* potrà rilevare quale fondamento di pretese risarcitorie. Rispetto al modello d'Oltreoceano si realizza in tal maniera un'ulteriore limitazione di responsabilità per l'intermediario in relazione alle cause che non mirino al ristoro dei danni subiti.

Né il legislatore statunitense né quello comunitario hanno tuttavia definito quando tale conoscenza o consapevolezza si possa ritenere raggiunta, da qui la centralità del problema interpretativo sul punto ⁽³⁶⁾, alla luce della scelta di entrambe le discipline nel senso dell'esclusione di un obbligo di un monitoraggio attivo sui contenuti ad opera del *provider* ⁽³⁷⁾ ed in ragione delle ricadute assai rilevanti non solo sull'ampiezza della responsabilità, ma anche sulla definizione delle condotte esigibili dal *provider* e, conseguentemente, sulle modalità di gestione aziendale.

Si legga in proposito nella recente sentenza sul caso *Viacom* ⁽³⁸⁾: "the

⁽³³⁾ Sulla scelta del legislatore comunitario di mutuare la locuzione di *actual knowledge* dell'esperienza statunitense, cfr. RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, cit., p. 206.

⁽³⁴⁾ Nel 17 U.S.C. § 512 (c) (1) (A) (ii) si prevede infatti che il *provider* sia esonerato da responsabilità qualora, in mancanza di una *actual knowledge*, "is not aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent".

⁽³⁵⁾ Cfr. art. 14, par. 1, lett. a), dir. 2000/30/CE, in cui si fa riferimento al fatto che il *provider* "is not aware of facts or circumstance from which the illegal activity or information is apparent", laddove le variazioni rispetto al testo del 17 U.S.C. § 512 (c) (1) (A) (ii) paiono sostanzialmente dovute al più ampio ambito applicativo della direttiva comunitaria che concerne qualsiasi illecito e non solamente la violazione dei diritti sulle opere creative.

⁽³⁶⁾ Non a caso le soluzioni nazionali adottate in sede di attuazione della direttiva ed in sede di interpretazione non risultano omogenee, fondando la prova della conoscenza sul rispetto di specifiche procedure di notifica (cfr. art. 15 della legge finlandese n. 458 del 2002 ed art. 6 della legge francese n. 575 del 2004) o, all'opposto, rimettendo la valutazione all'apprezzamento del giudice; cfr. in tal senso AA. Vv., *Study on the liability of internet intermediaries*, cit., p. 14.

⁽³⁷⁾ Cfr. 17 U.S.C. § 512 (m) (1) e art. 15 dir. 2000/31/CE.

⁽³⁸⁾ Cfr. *Viacom International Inc. v. YouTube Inc., et al.* (S.D.N.Y. 2010), in <http://cyberlaw.harvard.edu>.

critical question is whether the statutory phrases «actual knowledge that the material or an activity using the material on the system or network is infringing», and «facts or circumstances from which infringing activity is apparent» in § 512 (c) (1) (A) (i) and (ii) mean a general awareness that there are infringements (here, claimed to be widespread and common), or rather mean actual or constructive knowledge of specific and identifiable infringements of individual items”. Questo è infatti il dilemma centrale: il *provider* risponde in quanto consapevole della generica presenza di contenuti illeciti fra i tanti ospitati oppure occorre che gli siano in qualche modo note specifiche condotte illecite circostanziate?

È evidente come optando per una o per l'altra soluzione muti sensibilmente l'ampiezza dell'esonero di responsabilità. Nessun *provider*, specie se ospita contenuti multimediali, può infatti ritenersi ignaro del fatto che alcuni di essi violino i diritti di terze parti (non solo con riguardo al diritto d'autore, ma anche ai diritti della personalità, quale l'immagine, il riserbo o l'onore), trattandosi di un fenomeno endemico in rete ed avente rilevanti dimensioni. Se dunque si sposasse l'interpretazione più lata verrebbe vanificata la stessa limitazione di responsabilità ⁽³⁹⁾.

Guardando alla normativa comunitaria, oltre alla *ratio*, neppure il testo stesso dell'art. 14 dir. 2000/31/CE pare consentire una simile interpretazione; prevalgono infatti in esso riferimenti a comportamenti o contenuti circostanziati (“l'attività o l'informazione è illecita”, “illegalità dell'attività o dell'informazione”) e non alla generica presenza, fra gli innumerevoli contenuti, di materiali illeciti.

Per tali ragioni, come incidentalmente affermato nel paragrafo precedente, si ritiene più corretto far riferimento alla conoscenza specifica dei singoli illeciti. Pur seguendo tale lettura, rimane tuttavia aperta la questione circa il livello di dettaglio nell'individuazione di tali condotte, specie in relazione alla contestazione degli abusi ad opera dei soggetti interessati. Sul punto l'alternativa è fra reputare sufficiente la generica individuazione del

⁽³⁹⁾ In tal senso in *Viacom International Inc. v. YouTube Inc., et al.* (S.D.N.Y. 2010) si afferma: “The tenor of the foregoing provisions is that the phrases «actual knowledge that the material or an activity» is infringing, and «facts or circumstances» indicating infringing activity, describe knowledge- of specific and identifiable infringements of particular individual items. Mere knowledge of prevalence of such activity in general is not enough. That is consistent with an area of the law devoted to protection of distinctive individual works, not of libraries. To let knowledge of a generalized practice of infringement in the industry, or of a proclivity of users to post infringing materials, impose responsibility on service providers to discover which of their users' postings infringe a copyright would contravene the structure and operation of the DMCA”.

bene fatto oggetto di lesione ⁽⁴⁰⁾, o invece pretendere che sia segnalato al *provider* ciascun atto illecito e quindi elencati i singoli *file* incriminati, presenti *on-line* all'interno della piattaforma da quest'ultimo gestita ⁽⁴¹⁾.

In proposito pare preferibile una linea mediana fra tali opposte soluzioni, volta a cumularle, prevedendo però un diverso comportamento esigibile dall'intermediario. Così qualora vengano indicati gli specifici materiali illeciti (*file*), laddove le violazioni siano palesi o documentate dall'autore della segnalazione, l'intermediario potrà "non appena al corrente di tali fatti, agi[re] immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso" ⁽⁴²⁾. Diversamente, qualora si denunci semplicemente la presenza di determinati contenuti illeciti, senza ulteriore individuazione, potrà solamente pretendersi la rimozione di quelle informazioni pertinenti individuabili mediante l'impiego di ordinari sistemi automatizzati di ricerca, questo tanto con riferimento ai materiali già presenti sulla piattaforma, quanto eventualmente con riferimento a quelli successivamente inseriti, qualora venga adottato un provvedimento inibitorio dal giudicante ⁽⁴³⁾. Ragionando diversamente ⁽⁴⁴⁾, si finisce per reintrodurre in maniera surrettizia un obbligo di controllo successivo o addirittura preventivo (rispetto all'eventuale reiterazione dell'illecito) su tutti i contenuti ad opera del *provider* in antitesi con le scelte operate a livello comunitario ⁽⁴⁵⁾. Conferme a riguardo giungono anche a livello sistematico dal raffronto con la disciplina statunitense che, nel regolare il sistema di *notice and take down*, richiede che nel reclamo si provveda alla "identification of the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity and that is to be removed or access to which is to be disabled, and information reasonably sufficient to permit the service provider to locate the material" ⁽⁴⁶⁾. In tal senso nel caso

⁽⁴⁰⁾ Cfr. Trib. Roma, ord., 16 dicembre 2009, cit.

⁽⁴¹⁾ Cfr. Mercantil n° 7 di Madrid, 23 luglio 2008, n. 320, in <http://civitas.es>. Cfr. altresì Mercantil n° 7 di Madrid, 22 settembre 2010, n. 289, cit.

⁽⁴²⁾ Così art. 14, par. 2, lett. b), dir. 2000/31/CE.

⁽⁴³⁾ Anche in materia di provvedimenti inibitori si registrano divergenze fra la normativa comunitaria e quella statunitense del DMCA, che in questo frangente si rivela maggiormente restrittiva rispetto alla prima, cfr. a tal proposito M. PEGUERA, *The DMCA Safe Harbors and Their European Counterparts: A Comparative Analysis of Some Common Problems*, cit., pp. 485-86.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. Trib. Roma, ord., 16 dicembre 2009, cit.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. sul tema AA. Vv., *Study on the liability of internet intermediaries*, cit., p. 21 ss.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. a riguardo anche *House Committee on Commerce Report*, H.R. Rep. No. 105-551, pt. 2 (1998), p. 55 s., ove si afferma: "Subsection (c) (3) (A) (iii) requires that the copyright owner or its authorized agent provide the service provider with information reasonably sufficient to permit the service provider to identify and locate the allegedly infringing material. An example of such sufficient information would be a copy or description of the allegedly infrin-

Viacom si afferma che “if a service provider knows . . . of specific instances of infringement, the provider must promptly remove the infringing material. If not, the burden is on the owner to identify the infringement. General knowledge that infringement is ‘ubiquitous’ does not impose a duty on the service provider to monitor or search its service for infringements”⁽⁴⁷⁾.

A fronte della specificità delle contestazioni, paiono poi condivisibili, anche nel modello comunitario, le osservazioni del caso *Viacom* circa la sussistenza, tanto in relazione all’*actual knowledge*, quanto all’*awareness*, di un profilo oggettivo che si cumula a quello soggettivo. Se dunque occorre che l’intermediario sia a conoscenza, occorre altresì che la condotta illecita abbia connotati tali che la rendano percepibile allo stesso nella sua antigiuridicità. Questo avverrà più facilmente nel caso di segnalazione dei diretti interessati, potendo meglio documentare i diritti di cui gli stessi sono titolari e l’avvenuta lesione, mentre potrà risultare più difficile laddove si faccia riferimento ad elementi di conoscenza derivanti da “facts or circumstance from which the illegal activity or information is apparent”⁽⁴⁸⁾. In quest’ultimo caso dovranno dunque emergere elementi sufficienti da indurre un *pro-*

ging material and the URL address of the location (web page) which is alleged to contain the infringing material. The goal of this provision is to provide the service provider with adequate information to find and address the allegedly infringing material expeditiously”. Si vedano anche art. 22 legge finlandese n. 458 del 2002 ed art. 6 della legge francese n. 575 del 2004.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. anche *supra* nota 39. Si veda inoltre *UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks, Inc.*, 665 F. Supp. 2d 1099, 1108 (C.D. Cal. 2009), ove, nel richiamare un noto precedente si afferma: “CCBill teaches that if investigation of ‘facts and circumstances’ is required to identify material as infringing, then those facts and circumstances are not ‘red flags’”; cfr. *Perfect 10, Inc. v. CCBill LLC*, 488 F.3d 1102, (9th Cir. 2007) ove si afferma altresì: “The DMCA notification procedures place the burden of policing copyright infringement— identifying the potentially infringing material and adequately documenting infringement—squarely on the owners of the copyright. We decline to shift a substantial burden from the copyright owner to the provider”. Il c.d. *red flag test* concerne la prova di cui al 17 U.S.C., § 512 (c) (3) (A) (iii), secondo cui: “in the absence of such actual knowledge [that the material or an activity using the material on the system or network is infringing], is not aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent”. Si veda inoltre *Tiffany (NJ) Inc. v. eBay Inc.*, 600 F.3d 93 (2d Cir. April 1, 2010), ove, ancorché non abbia trovato applicazione il DCMA, la corte d’appello ha ritenuto che non possa ravvisarsi un onere di attivarsi nell’impedire l’illecito in capo al *provider* in presenza di una “*generalized notice*” che una parte dei beni di un dato produttore venduti sul sito web possano risultare contraffatti, essendo tale generica consapevolezza insufficiente: “For contributory trademark infringement liability to lie, a service provider must have more than a general knowledge or reason to know that its service is being used to sell counterfeit goods. Some contemporary knowledge of which particular listings are infringing or will infringe in the future is necessary”.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. art. 14, par. 1, lett. a), dir. 2000/30/CE e art. 16, c. 1, lett. b), d. lgs. 70/2003.

vider a ritenere che si sia in presenza di una condotta illecita; tale consapevolezza, stante l'essenza dell'obbligo di monitoraggio, potrà derivare dalle segnalazioni degli utenti (diversi dai soggetti lesi), ma dovrà tenersi conto del riferimento al fatto che l'illiceità sia "apparent" o, secondo il dettato italiano, "manifesta", il che può implicare una valutazione delle competenze giuridiche e socio-culturali esigibili in capo all'intermediario ⁽⁴⁹⁾. Perché infatti vi sia riconoscibilità dell'illecito, e dunque positiva valutazione delle segnalazioni ricevute, occorre infatti il superamento delle barriere linguistiche e culturali: una frase offensiva può essere riportata in uno qualsiasi dei centinaia di idiomi presenti in rete e nel contempo comportamenti giudicati ingiuriosi od offensivi per alcune culture (e conseguentemente giudicate come tali da chi vi appartiene) potrebbero invece risultare permessi e leciti per chi, inserito in un altro contesto, li ponga in essere e ne divulghi le immagini *on-line* ⁽⁵⁰⁾. Non va poi trascurato il diverso profilo delle conoscenze giuridiche ⁽⁵¹⁾, laddove nella valutazione dei potenziali illeciti segnalati può essere significativa la differenza fra un grande *provider* fornito di un proprio *staff* legale ed un piccolo operatore ⁽⁵²⁾.

Sulla base di tali presupposti è dunque evidente l'attenta disamina del caso che dovrà condurre il giudice, non potendosi valutare in maniera unitaria i diversi comportamenti illeciti, né potendosi ritenere esigibili le medesime condotte a fronte del medesimo illecito, prescindendo dagli elementi di conoscenza concretamente disponibili ⁽⁵³⁾.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, cit., p. 207.

⁽⁵⁰⁾ A tali ipotesi si aggiunga l'eventualità di un contenuto satirico o parodistico dei materiali, laddove la distinzione fra derisione e finzione può essere nota solamente agli interessati.

⁽⁵¹⁾ Cfr. AA. VV., *Study on the liability of internet intermediaries*, cit., p. 14 s., laddove si osserva altresì come, in relazione alle controversie inerenti il diritto d'autore, "difficulties of legal analysis are exacerbated by the fact that traditionally intellectual property rights are demarcated according to territorial boundaries which are not always clear on the Internet".

⁽⁵²⁾ Analoghe problematiche sono state riscontrate anche con riferimento alla normativa statunitense, come dimostrato dalle considerazioni espresse in *Viacom International Inc. v. YouTube Inc., et al.* (S.D.N.Y. 2010), cit.: «The «red flag» test has both a subjective and an objective element. In determining whether the service provider was aware of a «red flag», the subjective awareness of the service provider of the facts or circumstances in question must be determined. However, in deciding whether those facts or circumstances constitute a «red flag» in other words, whether infringing activity would have been apparent to a reasonable person operating under the same or similar circumstances-an objective standard should be used".

⁽⁵³⁾ Diversamente ragionando si rischia di ravvisare omissioni dell'intermediario anche laddove questi non abbia in concreto, in base alle proprie specifiche conoscenze, elementi

Dalle considerazioni svolte emergono interrogativi circa le recenti indicazioni provenienti dalla Commissione europea ⁽⁵⁴⁾ che sembrano volgere nel senso di una maggior “responsabilizzazione” dei *provider*, avendo come obiettivo solamente il contrasto alla pirateria digitale ⁽⁵⁵⁾ e così dimenticando che, senza introdurre una differenziazione fra i comportamenti *contra legem*, qualsiasi modifica troverà applicazione tanto nei casi di lesione dei diritti d’autore quanto di illeciti a danno della persona, con i limiti che una simile equiparazione può comportare sotto il profilo operativo ⁽⁵⁶⁾.

L’accollo di nuovi oneri in capo agli intermediari, specie quale risposta alle richieste delle *lobby* dell’industria dei contenuti, non sembra poi essere nemmeno la soluzione più opportuna anche limitatamente ai soli profili

sufficienti per avvedersi dell’illecito, con il rischio che, in una strategia difensiva, gli operatori finiscano, nel dubbio, per rimuovere comunque i contenuti o, in Italia, per dare tempestiva comunicazione all’autorità, con un’exasperazione del rimedio rappresentato dal *notice and take down* e con il rischio di segnalazioni false e strumentali ad opera di chi notifichi illeciti insussistenti con il sol fine di ottenere la rimozione di determinati contenuti. Su quest’ultimo punto cfr. anche M.A. LEMLEY, *Rationalizing Internet Safe Harbors*, 6 *J. on Telecomm. & High Tech. L.* 114-15 (2007). Le conseguenze, laddove sussiste il sistema di *notice and take down*, sarebbero quelle di un potenziale indebolimento della libertà di espressione, risultando qualsiasi contenuto esposto alla suscettibile percezione di uno qualsiasi degli utenti della Rete che lo reputi offensivo o lesivo di un qualche diritto, mentre nel modello italiano potrebbe tradursi in un eccesso di segnalazioni cui dovrebbero inutilmente dedicare il proprio tempo le autorità competenti, con minori rischi per la libertà di espressione, stante appunto il vaglio del giudicante, ma con un maggior costo organizzativo.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Public consultation on the future of electronic commerce in the internal market and the implementation of the Directive on Electronic commerce (2000/31/EC)*, 2010, quesiti n. 57 ss.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Public consultation on the future of electronic commerce in the internal market and the implementation of the Directive on Electronic commerce (2000/31/EC)*, cit., quesito n. 69 che nel chiudere la quinta *issue*, intitolata genericamente “interpretation of the provisions concerning intermediary liability in the Directive”, pone la seguente domanda: “Do you think that a lack of investment in law enforcement with regard to the Internet is one reason for the counterfeiting and piracy problem?”.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. in proposito EUROPEAN COMMISSION, *Public consultation on the future of electronic commerce in the internal market and the implementation of the Directive on Electronic commerce (2000/31/EC)*, cit., quesito n. 57, laddove si pone la seguente domanda: “Do practices other than notice and take down appear to be more effective?” e tra le possibili ipotesi si avanza quella del più incisivo *notice and stay down*, definito come “Regime of notification, take down and making sure that the content will not be reposted”, con evidenti implicazioni sulla prevenzione di futuri illeciti e, conseguentemente, sull’adozione di tecniche di monitoraggio e filtraggio dei contenuti. Cfr. altresì i successivi quesiti n. 58, 59, 60, in cui si interroga, fra l’altro, sull’adozione di sistemi e *standard* di filtraggio e sulla loro efficacia “to combating counterfeiting and piracy”.

inerenti le privative; va anzi in senso opposto a quello che, in ragione degli interessi contrapposti in gioco, sembrerebbe invece dover essere l'indirizzo da perseguirsi. Occorre infatti tener a mente che le *major* già beneficiano di forme avanzate di tutela dei propri diritti sia sotto il profilo procedurale che tecnologico ⁽⁵⁷⁾ e che, laddove gli intermediari non si pongano quali artefici o consapevoli cooperatori delle attività illecite in loro danno, non risulta giustificato chiamare tale categoria di imprenditori a fare i *watching dog* dei primi. Non si vede infatti perché gli interessi economici degli intermediari e la loro libertà di impresa debbano essere gravanti o limitati in favore di equivalenti interessi di chi sfrutta economicamente le privative intellettuali ⁽⁵⁸⁾; per tale ragione occorre un equo contemperamento delle opposte esigenze, quale può essere considerato quello raggiunto sia con il DMCA che con la dir. 2000/31/CE, che guardi anche alla necessità di assicurare la sostenibilità finanziaria dell'attività degli intermediari, non dimenticando che è grazie a quest'ultimi che la rete si è sviluppata e si espande ⁽⁵⁹⁾, nonché offre nuovi spazi per innovazione, libertà di espressione e divulgazione delle idee.

Tanto la normativa comunitaria quanto quella statunitense non prevedono infatti l'irresponsabilità del *provider*, bensì solo un limite a tale responsabilità, caricando già di per sé alcuni oneri di attivazione sul medesimo rispetto a condotte poste in essere da terzi senza il suo concorso e senza che se ne avvantaggi. In tal senso, nella composizione delle opposte istanze, i *provider* già si fanno carico di un comportamento diligente ed attivo nell'interesse dei terzi ⁽⁶⁰⁾. Superare tale equilibrio verso un inasprimento del-

⁽⁵⁷⁾ Cfr. artt. 14, par. 3, dir. 2000/30/CE, nonché 9 e 11, dir. 2004/48/CE, ed art. 6, dir. 2001/29/CE.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. ZENO-ZENCOVICH, *Diritto d'autore e libertà di espressione: una relazione ambigua*, in *Annali it. dir. autore*, 2005, p. 151 s.

⁽⁵⁹⁾ Non a caso persino in EUROPEAN COMMISSION, *Public consultation on the future of electronic commerce in the internal market and the implementation of the Directive on Electronic commerce (2000/31/EC)*, cit., p. 16, si legge: "The Electronic Commerce Directive was drawn up and negotiated in the late 1990s with the aim of developing a balanced liability framework for Internet operators that on the one hand protected rights and on the other encouraged the development of new information society services". Cfr. altresì COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al comitato economico e sociale europeo*, cit., p. 15.

⁽⁶⁰⁾ Sul ruolo della diligenza nel quadro delle disposizioni sulla responsabilità del *provider* dettate dalla dir. 2000/31/CE, cfr. PONZANELLI, *Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli internet service providers*, in *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, a cura di Sica e Stanzone, cit., p. 377 e MONTERO, *Le commerce électronique européen sur les rails ? - Analyse et propositions de mise en oeuvre de la directive sur le commerce électronique*, Bruxelles, 2001, p. 278.

la responsabilità verrebbe ad essere una scelta volta a sbilanciare il sistema a favore dei detentori dei diritti sui contenuti ⁽⁶¹⁾.

Per altro non va dimenticato che tale incidenza negativa, in termini economici, sull'attività degli intermediari trova la sua causa remota nella limitata capacità delle multinazionali dei contenuti di pensare a nuovi modelli di *business* in grado di far fronte alla rivoluzione costituita dalla digitalizzazione e dalla disponibilità di banda per la comunicazione attraverso reti telematiche. Come invece dimostrato da alcuni casi non mancherebbero modelli di *business* soddisfacenti per i titolari dei diritti incentrati proprio sui servizi offerti dagli intermediari ed in specie sulla piattaforma UGC ⁽⁶²⁾.

Guardando invece al diverso aspetto della tutela dei diritti della personalità, l'eventuale rafforzamento dell'attività di prevenzione e controllo in capo ai *provider* non sembra destinato a dare frutti significativi, stanti i limiti intrinseci in relazione alla percezione ed al contrasto di tali illeciti, di cui si è detto. In tale ambito sarebbe semmai auspicabile un superamento delle scelte originarie favorevoli all'anonimato degli utenti. Pare ormai giunto il momento di valutare l'opportunità di una transizione verso forme di anonimato "controllato" ⁽⁶³⁾, in cui gli utenti possano essere anonimi verso i terzi, ma non verso le autorità di vigilanza. Nel mutato contesto ai *provider* potrebbe essere allora chiesto di svolgere un ruolo attivo di *gatekeeper* in col-

⁽⁶¹⁾ Cfr. *Perfect 10, Inc. v. CCBill LLC*, 488 F.3d 1102, (9th Cir. 2007), ove si afferma: "The DMCA notification procedures place the burden of policing copyright infringement-identifying the potentially infringing material and adequately documenting infringement-squarely on the owners of the copyright. We decline to shift a substantial burden from the copyright owner to the provider".

⁽⁶²⁾ Si vedano a riguardo gli accordi fra YouTube e diversi produttori per la distribuzione legale di materiale protetto dal diritto d'autore, su cui cfr., *ex multis*: D. SABBAGH, *Going Alternative. Can digital subscriptions and new media steer record companies through uneasy times?*, su *Time*, 17 maggio 2010; *YouTube lancia un servizio per il noleggio di film*, 21 gennaio 2010, in www.ilsole24ore.com e A. BALBI, *Accordo YouTube-Hollywood sul sito kolossal e serie tv*, 17 aprile 2009, in www.repubblica.it. Cfr. inoltre IFPI, *Digital Music Report 2009. I nuovi modelli di business dell'industria musicale in un mondo che cambia*, 2009, ed IFPI, *Digital Music Report 2010. La tua musica: sempre ed ovunque*, 2010, entrambi consultabili nella versione italiana al sito www.fimi.it.

⁽⁶³⁾ Cfr. a riguardo anche RICCIO, *Diritto all'anonimato e responsabilità civile del provider, in Internet e il diritto dei privati. Persona e proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, a cura di Nivarra e Ricciuto, Torino, 2002, p. 39 s. e R. NATOLI, *Profili della diffamazione on line: spunti dall'esperienza statunitense*, ivi, p. 92 ss. In generale sulla garanzia giuridica dell'anonimato in rete ed i suoi limiti cfr. invece E. PELINO, *L'anonimato su internet*, in *Diritto all'anonimato. Anonimato, nome e identità personale*, a cura di Finocchiaro, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, Padova, 2008, p. 229 ss.

laborazione con le autorità di vigilanza al fine di dare un'identità reale alle diverse identità digitali che ciascuno può avere in rete. Sul terreno, quali ostacoli verso una simile evoluzione, la funzione di garanzia della libertà di espressione che l'anonimato in rete offre rispetto a contesti politici illiberali o scarsamente liberali, ma anche all'interno delle più mature democrazie dove i rischi per le libertà individuali non paiono ad oggi del tutto venuti meno.

ALESSANDRO MANTELERO

