

TRIBUNALE ROMA

ORDINANZA

11 FEBBRAIO 2010

RELATORE: MELONI

PARTI: YOUTUBE LLC,

GOOGLE INC

(avv.ti Mostardini,
Galimberti, Mellucci,
De Angelis, Lombardi)

GOOGLE UK LTD

(avv.ti Mostardini,
Galimberti, Mellucci)

RETI TELEVISIVE ITALIANE S.P.A.

(avv.ti Morazzoni, Previti,
Sangalli, La Rosa)

**Internet • Responsabilità
dell'host provider**

• **Obbligo generale
e preventivo di sorveglianza
sui contenuti diffusi**

• **Non sussiste • Ricezione
di diffide da parte
del titolare del diritto leso**

• **Effettiva conoscenza
dell'illiceità • Sussiste**

• **Obbligo di rimozione
dei contenuti illeciti**

• **Sussiste.**

È legittimo il provvedimento cautelare con cui si ordina ad un host provider la rimozione dei frammenti audiovisivi di un'opera protetta abusivamente diffusi via internet attraverso il sito da esso gestito, nel caso in

cui l'intermediario — nonostante la ricezione di ripetute diffide da parte del titolare dei diritti di utilizzazione e sfruttamento dell'opera — non si sia immediatamente attivato per rimuovere il materiale segnalatogli come illecito. Infatti la disciplina prevista dal D.Lgs. 70/2003, pur non richiedendo all'host provider di svolgere un'attività preventiva di controllo e di accertamento sull'eventuale illiceità del materiale di volta in volta caricato dagli utenti, pone a suo carico l'obbligo di rimuoverlo immediatamente non appena avuto conoscenza di tale illiceità, anche su comunicazione ricevuta dal titolare dei diritti, non essendo necessario a tal fine un apposito ordine dell'autorità giudiziaria.

Con reclamo regolarmente notificato, depositato in cancelleria in data 31 dicembre 2009 le reclamanti, premesso:

— che con ricorso ex art. 156/163 legge 633/1941 e 669-bis c.p.c. RTI aveva lamentato la violazione dei diritti di autore, in particolare di utilizzazione e di sfruttamento economico, ad essa spettanti in esclusiva in tutto il territorio dello Stato, del programma televisivo « Grande Fratello » trasmesso dalla rete televisiva « Canale 5 » concesso in licenza dalla Endemol Italia spa e diffuso sul sito YouTube e Google Video;

— che in particolare la RTI, titolare oltre che dei diritti di sfruttamento economico del programma anche del diritto di uso sul titolo « Grande Fratello », sul relativo logo e sul marchio, aveva lamentato che tra il 26 ed il 27 ottobre 2009 erano stati rilevati sui predetti siti 174 sequenze di immagini in movimento tratte dalla decima edizione del programma « Grande Fratello » per un totale di circa nove ore di trasmissione;

— che a seguito della diffusione via internet del programma la RTI aveva lamentato un danno grave ed irreparabile per il rischio di sviamento di clientela in quanto gli utenti si astenevano dal guardare il programma a pagamento sulle *pay tv* di RTI, essendo disponibile il programma sulle reti internet delle reclamanti a titolo gratuito;

— che, contrariamente a quanto affermato da RTI, Google e YouTube erano meri *hosting provider* che si limitavano ad offrire agli utenti una piattaforma attraverso cui rendere disponibili al pubblico contenuti audio e video senza alcun obbligo di sorveglianza ai sensi dell'art. 17 D.Lgs. 70/2003;

— che il giudice italiano era carente di giurisdizione in quanto il servizio di *hosting provider* era svolto dalle reclamanti esclusivamente e completamente in territorio straniero, in particolare negli Stati Uniti dove avviene il caricamento da parte di terzi dei contenuti sul *data center* dell'*hosting provider* (in altre parole sui servizi di YouTube);

— che Google Uk Ltd era estranea ai fatti oggetto del ricorso, in particolare per aver cessato dal 28 novembre 2008 di essere assegnataria del nome a dominio *www.youtube.it*;

— che il giudice aveva accolto il ricorso ed emesso ordinanza in data 15-16 dicembre 2009 notificata in data 18 dicembre 2009 con la quale aveva ordinato alle reclamanti la immediata rimozione dai propri server di tutti i contenuti riproducenti sequenze di immagini relative al programma « Grande Fratello » ed inibito l'ulteriore prosecuzione della violazione dei diritti di utilizzazione e sfruttamento economico del programma;

tutto ciò premesso hanno proposto reclamo avverso l'ordinanza depositata in cancelleria in data 16 dicembre 2009 chiedendone la modifica. Si è costituita la reclamata RTI con memoria di risposta nella quale ha reiterato le argomentazioni già svolte nella prima fase del giudizio chiedendo la conferma del provvedimento emesso dal giudice.

Il reclamo proposto appare infondato e deve essere respinto con conferma dell'ordinanza emessa in fase cautelare.

In ordine al primo motivo di reclamo, relativo alla carenza di giurisdizione del giudice italiano, le società reclamanti lamentano che non potevano essere destinatarie di un provvedimento di inibizione o parziale oscuramento dei propri siti internet da parte dell'autorità italiana in quanto svolgono il servizio di *hosting provider* esclusivamente e completamente in territorio straniero, in particolare negli Stati Uniti dove avviene il caricamento da parte di terzi dei contenuti sul *data center* dell'*hosting provider* (in altre parole sui servizi di YouTube). Ritiene il Collegio che tale motivo di reclamo sia infondato in quanto del tutto irrilevante appare la questione della sussistenza in Italia di una struttura organizzata facente capo alle società reclamanti. Infatti poiché l'illecito inteso come danno evento ha luogo in Italia nel momento in cui i filmati vengono visionati dall'utente italiano non appare condivisibile subordinare l'esercizio del potere inibitorio all'esistenza di una struttura in Italia, posto che presupposto dell'ordine di inibitoria non è un'organizzazione più o meno stabile in territorio italiano ma solo l'offerta in Italia ed agli altri utenti italiani tramite la rete internet di trasmissioni di cui RTI possiede la titolarità dei diritti in esclusiva (vedi anche sul punto la recente sentenza Cassazione Sezioni unite nr. 21661 del 13 ottobre 2009).

Occorre poi rilevare che la circostanza che YouTube e Google svolgano attività di *Internet Service Provider* cioè servizio di «*hosting*», consistente nell'offrire ai propri utenti una piattaforma attraverso la quale conservare e rendere disponibili al pubblico contenuti audio e video e quindi memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, (circostanza peraltro contestata da RTI la quale afferma che YouTube e Google svolgono al contrario attività imprenditoriale a fini di lucro e cioè una « articolata attività di impresa finalizzata a fornire una complessa serie di servizi aggiuntivi al fine di offrire agli utenti dei siti internet un ampio palinsesto di video, fonte di utili milionari per gli spazi pubblicitari correlati ai video ») non esclude l'illiceità della condotta lamentata. Infatti, ove si consideri che la trasmissione via internet del « Grande Fratello » lede sicuramente i diritti di utilizzazione e sfruttamento economico di RTI, pur senza voler affermare un obbligo di sorveglianza generale del *provider* rispetto al contenuto dei dati trasmessi conformemente al disposto dell'art. 17 D.Lgs. 70/2003 direttiva sul commercio elettronico (« il prestatore non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle in-

formazioni che trasmette o memorizza »), non appare nemmeno ragionevole sostenere l'assoluta estraneità dalla commissione dell'illecito posto che le reclamanti hanno continuato la trasmissione del Grande Fratello nei loro siti internet, organizzando la gestione dei contenuti video anche a fini pubblicitari, nonostante le ripetute diffide ed azioni giudiziarie iniziate da RTI che rivendicava la paternità e titolarità dell'opera.

Non si tratta qui di pretendere dal *provider* un'attività preventiva di controllo e di accertamento di ciascun singolo frammento caricato dagli utenti ma di rimuovere materiale illecitamente trasmesso, dopo aver avuto conoscenza dall'avente diritto a mezzo di diffide della sua presenza in rete con conseguente denunciata lesione di diritti esclusivi, e ciò senza dover attendere un apposito ordine, come pretenderebbe di fare la reclamata YouTube, da parte dell'autorità giudiziaria. Né può farsi carico a RTI che agisce per la tutela dei propri diritti di fornire alle reclamanti i riferimenti necessari alla esatta individuazione dei singoli materiali caricati sulla piattaforma URLs, oggetto questo anche di domanda riconvenzionale nell'ambito del procedimento cautelare, e ciò in quanto le modalità di esecuzione dell'ordinanza reclamata sono già oggetto di apposito procedimento per attuazione davanti al giudice che ha emesso l'ordinanza. Del resto la richiesta di un simile provvedimento in questa sede non potrebbe comunque essere accolta, stante la mancanza del presupposto di pericolo imminente e soprattutto irreparabile per la reclamata che lo sollecita in via riconvenzionale al fine di scongiurare un comportamento ostruzionistico il quale, qualora esistente, potrebbe tutt'al più giustificare una mera richiesta risarcitoria.

In ordine all'esistenza del *periculum in mora* appare evidente che dalla protrazione del comportamento illecito conseguono per RTI danni non risarcibili per equivalente consistenti, in particolare, in sviamento di clientela e riduzione dell'*audience* con conseguente danno all'immagine commerciale della reclamata anche e soprattutto in relazione ad ulteriori violazioni future parimenti inibite dal giudice. A tale proposito deve essere chiarito che, contrariamente a quanto affermato dai reclamanti, sussiste piena coincidenza tra il provvedimento cautelare richiesto ed il *thema decidendum* oggetto della causa di merito, nella quale l'attrice RTI ha lamentato in generale la violazione dei propri diritti esclusivi di utilizzazione e sfruttamento economico ad opera delle reclamate, indicando la trasmissione di puntate del « Grande Fratello » come mera elencazione esemplificativa e non tassativa delle violazioni in corso. Del resto un ordine di inibizione che si limitasse ad ordinare la rimozione di quanto già diffuso e non di nuove puntate del programma sarebbe del tutto inutile, potendo in questo caso le reclamanti consentire prontamente e semplicemente la sostituzione dei video individuati già in onda con altri già pronti da caricare e reiterare così la violazione che si intende scongiurare.

Quanto poi alla richiesta avanzata da Google Uk Ltd di dichiarare l'estraneità ai fatti oggetto del ricorso, in particolare per aver cessato dal 28 novembre 2008 di essere assegnataria del nome a dominio *www.youtube.it*, rileva il Collegio che il presente procedimento cautelare è stato introdotto in pendenza della causa di merito tra le parti iniziata nel luglio 2008 e pertanto appare opportuno rinviare alla sentenza definitiva adottata all'esito della causa di merito ogni questione relativa alla prova della estraneità della reclamante ai fatti di causa, peraltro contestata da controparte quantomeno da luglio a novembre 2008, considerato anche che non

appare ravvisabile alcun pregiudizio a suo carico per la mancata pronuncia di estromissione dal presente procedimento cautelare in corso.

Appaiono quindi condivisibili le conclusioni del giudice sull'esistenza del *fumus boni iuris* del diritto che si intende far valere nella azione di merito in corso nonché il presupposto dell'esistenza del pericolo di un danno imminente ed irreparabile consistente nella violazione del diritto di privativa e nello sviamento di clientela derivante dalla trasmissione del programma. Deve quindi essere confermata in questa sede l'ordinanza cautelare emessa, anche nella parte in cui rigetta la richiesta di cauzione non sussistendone i presupposti.

P.Q.M.

Rigetta il reclamo proposto, conferma l'ordinanza cautelare impugnata.

**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**

1. LA VICENDA: RTI VS. YOUTUBE.

Nel 2008 RTI citava in giudizio Google quale proprietaria e controllante della società YouTube LLC. e titolare del relativo sito *web*, chiedendo la condanna della stessa al risarcimento dei danni derivanti dalla illecita immissione e diffusione in Rete — attraverso il noto portale di condivisione video — di spezzoni di filmati tratti dal programma tv « *Il Grande Fratello* », sul quale la parte attrice vantava diritti connessi di utilizzazione e sfruttamento economico ai sensi dell'art. 79 della legge sul diritto d'autore.

RTI aveva infatti rilevato che sulla piattaforma YouTube erano stati immessi e resi indiscriminatamente disponibili al pubblico, in mancanza di qualsiasi autorizzazione, migliaia di video estratti dal citato *reality-show*, per la cui trasmissione e diffusione essa deteneva licenza in esclusiva¹.

Nelle more del giudizio di merito, RTI ha dunque agito in sede cautelare contro il medesimo *provider* al fine di ottenere un'inibitoria della condotta lesiva, che riteneva ancora in essere: la richiesta mirava in particolare ad ottenere dall'autorità giudiziaria, nei confronti del gestore del sito, un ordine di rimozione avente ad oggetto i numerosi video tratti dalla edizione in corso del citato programma (in quel momento in programmazione

¹ Il sito YouTube (<http://www.youtube.com>), come è noto, consente agli utenti di caricare autonomamente in Rete i propri filmati video e di pubblicarli sul *web*, rendendoli accessibili gratuitamente in *streaming* e deve a questo la sua enorme popola-

rità. Google è divenuta proprietaria della piattaforma YouTube a seguito dell'acquisizione per incorporazione dell'omonima società californiana operata nell'ottobre del 2006.

in prima visione sulle reti di proprietà dell'emittente) che erano stati resi disponibili in Rete².

RTI sosteneva Google non poteva dirsi estranea alla violazione lamentata, essendo venuta a conoscenza (tramite le ripetute diffide inviategli) della potenziale illiceità della diffusione dei video, mancando tuttavia di attivarsi per procedere alla immediata rimozione degli stessi. In altri termini Google, attraverso YouTube, non solo era da ritenersi responsabile dell'illecito, ma stava continuando colposamente a porre in essere la condotta lesiva, integrando gli estremi di una violazione del diritto d'autore e dei relativi diritti connessi (peraltro potenziale fonte di responsabilità penale art. 171-ter l.d.a.) ed anche di un atto di concorrenza sleale ex art. 2598 c.c.³.

La fattispecie pone ancora una volta in evidenza la questione del regime di responsabilità applicabile agli *internet providers* in ordine ai contenuti eventualmente illeciti da essi immessi, trasmessi e diffusi nell'ambito della loro attività di intermediazione in Rete. Il Tribunale, infatti, pur nei limiti della cognizione cautelare ed in relazione all'attività svolta nel caso di specie da Google e YouTube, era qui chiamato a prendere posizione in merito alla portata degli obblighi che il nostro ordinamento prevede per questi operatori in relazione al materiale da essi a vario titolo veicolato.

Come è noto, la responsabilità dei *providers* ha trovato una disciplina compiuta, sul piano legislativo, a partire dall'adozione in sede CE della direttiva n. 31/2000 (direttiva sul commercio elettronico)⁴, poi recepita in Italia dal citato D.Lgs. 70/2003⁵: attraverso questi atti si è perfezionato infatti l'inquadramento giuridico della posizione di questi nuovi soggetti imprenditoriali, la cui attività risulta indubbiamente caratterizzata dalla peculiarità del mezzo tecnico utilizzato per la prestazione dei servizi nonché dalle nuove forme della c.d. *web-economy*.

È altrettanto noto come la disciplina che ne derivi si fondi essenzialmente sulla previsione dell'assenza di un obbligo generale di sorveglianza da porsi a carico dei *providers* in relazione ai contenuti veicolati (previsione cristallizzata all'art. 15 della direttiva, recepito dall'art. 17 del de-

² Il primo dei provvedimenti in epigrafe (poi reclamato e confermato dal Tribunale con il secondo) è stato infatti richiesto da RTI in applicazione degli artt. 156 e 163 della legge sul diritto d'autore, che prevedono per i « titolari dei diritti di utilizzazione economica » che si assumano lesi da comportamenti illeciti di soggetti terzi, la possibilità di ottenere pronunce inibitorie indirizzate all'autore della violazione ovvero « ad un intermediario i cui servizi sono utilizzati per tale violazione » affinché detti comportamenti (o le attività — anche di prestazione di servizi — che li favoriscano) vengano prontamente interrotti.

³ In particolare veniva contestato al *provider* un illecito concorrenziale ai sensi del n. 3 dell'art. 2598 c.c.: diffondendo abusivamente a vantaggio degli internauti italiani il materiale coperto da privativa e da esclusiva, YouTube avrebbe danneggiato

scorrettamente RTI operando un considerevole sviamento di clientela, anche perché molti dei contenuti trasmessi gratuitamente sul noto portale internet venivano messi da RTI a disposizione del pubblico soltanto a pagamento, tramite l'apposito canale criptato predisposto sulla propria piattaforma « *pay per view* » digitale o attraverso il sito internet dedicato.

⁴ Trattasi della nota Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, in G.U.C.E. L178 del 17 luglio 2000.

⁵ Si parla del Decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, recante il titolo « 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 », in G.U. del 14 aprile 2003 S.O., n. 61.

creto italiano) e sulla scelta di istituire per tali soggetti delle forme di responsabilità non oggettiva ma colposa per tutti quei casi in cui detti contenuti risultino atti a violare di diritti, prerogative e privative preesistenti in capo a soggetti terzi. Il legislatore ha poi provveduto a graduare il regime di responsabilità di volta in volta applicabile a seconda del tipo di attività di intermediazione effettivamente prestata dal *provider*, stabilendo canoni tanto più severi e restrittivi quanto più risulti elevato il grado di coinvolgimento (o di non estraneità) dell'intermediario rispetto ai contenuti veicolati⁶.

Tuttavia, nonostante l'intervento normativo operato in materia, la questione non ha cessato negli ultimi anni di far discutere e la dottrina e la giurisprudenza, anche a fronte di alcune lacune o difficoltà interpretative via via mostrate dal decreto n. 70/2003, tornando anzi di straordinaria attualità al cospetto della sempre più straripante diffusione e crescita della realtà della Rete nel rinnovato contesto del c.d. *web 2.0*⁷.

⁶ Il legislatore ha distinto infatti i *providers*, in base all'attività concretamente svolta e al conseguente livello di estraneità rispetto ai contenuti veicolati, nelle tre categorie di « *mere conduit providers* », « *host c/o cache providers* » e « *content providers* »: i servizi prestati dai primi si traducono nella mera predisposizione dei mezzi tecnici atti a garantire agli utenti l'accesso e la connettività alla Rete; quelli prestati dai secondi prevedono la messa a disposizione degli utenti di una quota di memoria sui propri server che consenta a detti utenti di usufruire di uno spazio telematico ove caricare e memorizzare contenuti propri o altrui; infine i *content providers* sono quegli intermediari che producono o offrono essi stessi i contenuti propri o altrui sulla Rete, predisponendo gli spazi fisici e virtuali che consentono la memorizzazione, la pubblicazione e la ritrasmissione di quel materiale ed intervenendo attivamente selezionare i contenuti pubblicati e per gestire le attività consentite online agli utenti che vi hanno accesso. Su queste tre categorie sono stati dunque costruiti i differenti regimi di responsabilità previsti dalla legge (si vedano, rispettivamente, nel decreto di recepimento italiano, gli artt. 14, 15 e 16 del D.Lgs. 70/2003, ciascuno da leggersi in combinato disposto con l'art. 17); in estrema sintesi: i *content providers* sono in linea generale sempre responsabili dei contenuti illeciti da essi eventualmente immessi colposamente nella Rete; gli *host providers* possono invece rispondere — sempre a titolo di colpa — assieme agli utenti cui abbiano consentito di immettere il materiale illecito, qualora fossero anch'essi a conoscenza di tale illiceità ovvero qualora, una volta messi al corrente della stessa, non si attivino prontamente per la rimozione ed eliminazione dei conte-

nuti; i *mere conduit providers* sono di norma esenti da responsabilità, stante la neutralità intrinseca dell'attività da essi prestata, consistente nella mera offerta di servizi di connettività e di trasporto dati.

⁷ La formula « *web 2.0* » viene oggi correntemente usata per descrivere l'attuale fase di sviluppo di internet, inequivocabilmente sempre più orientato — anche sulla scia della « rivoluzione » del *peer-to-peer* e dell'*open source* — a divenire una risorsa aperta, comunitaria e collaborativa in cui i contenuti e le informazioni non sono più, come in origine, oggetto di una « fornitura » operata su schemi gerarchici (e cioè dai pochi *providers* alla massa degli utenti), bensì di uno scambio paritario tra gli utenti stessi nel segno della libera integrazione e condivisione. Internet si sarebbe in altri termini trasformato da semplice « *network di providers* » a « *piattaforma multifunzionale collettiva* » (cfr. T. O'REILLY, *What is Web 2.0: Design patterns and business models for the next generation of software*, 2005). La Rete è ormai divenuta il luogo di elezione per enormi comunità virtuali che possono operare in tempo reale una serie infinita di condivisioni e di scambi di informazioni, beni e servizi, attraverso canali e piattaforme come quelle offerte dai c.d. *social network* (ad es. *Facebook* e *MySpace*), dai grandi portali di *e-commerce* (*eBay*, *Amazon*, ecc.), e dall'universo dei *blog*, delle enciclopedie *wiki* e dei siti di *social indexing* e di *content sharing* (*iTunes*, *YouTube*, *Flickr*, ecc.). Nell'era del *web 2.0* i singoli utenti hanno acquisito un ruolo centrale, non più volto alla passiva fruizione temporanea di contenuti messi a disposizione da pochi operatori, ma piuttosto alla attiva partecipazione e contribuzione ai meccanismi della Rete, sia a livello di contenuti che di modelli operativi.

2. LA LINEA SEGUITA DAL TRIBUNALE DI ROMA.

Come abbiamo visto, il Tribunale ha ritenuto di dover accogliere le doglianze promosse da RTI, confermando anche in sede di reclamo l'emanazione del provvedimento di inibitoria nei confronti del noto *provider*.

Pur prendendo atto della circostanza per cui l'*upload* di tutto il materiale rinvenibile sul sito venisse obiettivamente effettuato in maniera autonoma dai singoli utenti e non dai proprietari o gestori del sito stesso, il giudice ha infatti ravvisato che, in applicazione della disciplina prevista dal D.Lgs. 70/2003, la condotta illecita lamentata fosse comunque riconducibile all'intermediario, non essendo possibile riscontrare — né a livello della gestione tecnica del sito, né a livello degli obblighi contrattuali assunti con gli utenti del servizio — una sua effettiva estraneità rispetto ai contenuti trasmessi.

Nella prima ordinanza il giudicante ha in effetti ritenuto che YouTube non possa essere qualificato, per l'attività che svolge sulla Rete, come *host provider* « puro » ai sensi dell'art. 16 co. 1 del citato decreto, non limitandosi a mettere a disposizione degli utenti i soli spazi (sui propri server e sulle proprie pagine *web*) ove caricare i contenuti in assenza di qualsiasi intervento di controllo o gestione degli stessi (a livello di produzione, selezione, indicizzazione, presentazione, edizione o cura)⁸. La realtà tecnica e contrattuale dell'attività svolta in Rete dall'operatore è anzi apparsa al giudice assai diversa, semmai atta a delineare il profilo di YouTube quale *hoster* atipico, e in particolare quale *hoster* « attivo », vero e proprio *web broadcaster* dei video caricati⁹, che peraltro si peritava di sfruttare commercialmente anche attraverso la gestione degli spazi pubblicitari ad essi associati¹⁰.

Con la seconda ordinanza il collegio ha precisato che, oltre a questa non estraneità da registrarsi sul piano tecnico-contrattuale, nel caso di specie era comunque ravvisabile in capo al *provider* la conoscenza dell'illiceità del materiale pubblicato e diffuso, per effetto delle ripetute diffide ricevute da parte del titolare del diritto leso¹¹.

⁸ Secondo la definizione offerta dall'art. 16 co. 1, l'*hoster* o *host provider* è quell'intermediario che presti « un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio ».

⁹ Come risulta in maniera evidente dal tenore del primo dei provvedimenti in commento, il giudice ha ricavato soprattutto dalla lettura dei « Termini d'Uso » del servizio — ossia degli obblighi contrattuali che vincolano operatore ed utente in relazione al servizio offerto — il convincimento per cui YouTube avrebbe predisposto tutta una serie di misure tecniche e contrattuali atte ad organizzare la gestione dei contenuti video sì da creare una sorta di « catalogo » dei filmati disponibili, astrattamente idoneo a « programmarne e disciplinarne la visione » a vantaggio dei potenziali fruitori, riservandosi la facoltà di operare tutta una serie di interventi discrezionali sullo

stesso (anche preventivi alla pubblicazione online). Sul punto si tornerà più analiticamente e diffusamente nel successivo paragrafo 4.

¹⁰ Emerge infatti dall'ordinanza l'assunto per cui il coinvolgimento dell'operatore rispetto ai contenuti andava riscontrato anche in considerazione della gestione degli spazi pubblicitari, che appariva — anche alla luce delle risultanze delle perizie effettuate — intimamente connessa alla organizzazione dei contenuti video e niente affatto condotta secondo modalità orientate alla mera copertura dei costi, ma piuttosto atta a perseguire esplicite finalità commerciali entro un chiaro scopo lucrativo.

¹¹ Nell'ordinanza *de qua* il collegio tiene a specificare che il *provider* avrebbe l'obbligo di attivarsi per rimuovere i contenuti veicolati ogniqualvolta gli venga segnalata l'illiceità degli stessi « dall'avente

Nella prospettiva del giudice, dunque, non estraneità ai contenuti e conoscenza dell'illiceità rendevano chiaramente attribuibile all'intermediario la condotta lesiva dei diritti connessi al diritto d'autore e la violazione degli obblighi di attivazione (finalizzati alla immediata rimozione) prescritti dal citato decreto sul commercio elettronico.

3. PECULIARITÀ ED INTERESSE DELLA VICENDA: LE NUOVE FIGURE DI INTERMEDIARI NELL'ERA DEL WEB 2.0.

La vicenda giudiziaria si iscrive chiaramente nelle dinamiche che stanno vedendo sempre più di frequente come protagonisti e *competitors* nel mercato ormai allargato e delocalizzato dei servizi multimediali, da un lato, i titolari di diritti d'autore e diritti connessi sulle opere dell'ingegno audiovisive e, dall'altro, gli utenti telematici e i gestori dei siti *web* per mezzo dei quali le opere protette vengono riprodotte o ritrasmesse in tutto o in parte in mancanza della debita autorizzazione¹².

In questo quadro, la vicenda in esame si segnala — oltre che per il peso economico e mediatico delle due parti in causa¹³ — per la peculiarità del servizio prestato nella fattispecie dall'intermediario e per i potenziali profili di criticità che esso fa emergere in rapporto alla disciplina di legge sopra richiamata.

L'illecito contestato a Google nella gestione della piattaforma YouTube attiene infatti alla prestazione di un servizio ormai popolarissimo in Rete ed in tutto e per tutto caratteristico degli schemi ormai tipici della nuova stagione che sta attraversando internet nell'era del *web 2.0*. YouTube rappresenta anzi in tale prospettiva un vero e proprio esempio paradig-

diritto», senza che debba attendere una determinazione ed un apposito ordine da parte dell'autorità giudiziaria o amministrativa competente. Anche su questo punto si tornerà in sede di analisi critica più avanti, nel successivo paragrafo 6.

¹² Lo stesso Google è stato protagonista di numerose controversie in Europa e nel mondo proprio in ordine a violazioni del *copyright* contestategli nella gestione della piattaforma YouTube da diversi titolari di diritti d'autore e diritti connessi. Lo stesso gruppo Mediaset-RTI ha intentato anche in Spagna una causa del tutto analoga a quella e commento, per ottenere da Google il risarcimento del danno conseguente alla diffusione non autorizzata, tramite il sito di *video-sharing*, di fissazioni di emissioni televisive facenti capo alla società *Telecinco*, sua controllata. La causa di merito è ancora pendente, ma nel luglio 2008 RTI ha ottenuto dai giudici spagnoli un'ordinanza cautelare che imponeva al *provider* di rimuovere tutto il materiale segnalato come potenzialmente illecito (cfr. Tribunal Mercantil de Madrid, ord. del 23 luglio 2008). Pretese dello stesso tenore sono sta-

te azionate sin dal 2007 anche in Francia, da parte dell'emittente *TF1*, e negli Stati Uniti, da *Viacom* (titolare delle emittenti del *network Mtv*): nell'ultimo caso è stato richiesto a Google, per la diffusione non autorizzata di materiale audiovisivo protetto, un risarcimento del danno di oltre un miliardo di dollari.

¹³ Come è noto Google è ad oggi il leader incontrastato dell'*information retrieval* sul *web*, e la sua *homepage* registra quotidianamente più accessi di qualsiasi altra al mondo. La società ha fatturato nel solo 2009, tramite il motore di ricerca e i numerosi siti collegati (e attraverso gli introiti derivanti da una sapiente gestione delle inserzioni e dei contenuti pubblicitari associati ai link da essi indicizzati, facente capo al sistema *AdWords*), una cifra pari ad oltre 20 miliardi di dollari. Il *provider* si è ormai lanciato anche nella prestazione di altri servizi *web-based* quali l'*indexing*, il *video* e il *photo-sharing* (attraverso le piattaforme *Picnik* e *YouTube*), il *social networking* (con *Buzz*), oltre che nella produzione di applicazioni software e sistemi operativi di tipo *open-source*.

matico della nuova generazione di intermediari che si sta attualmente affermando sulla Rete, trattandosi di un sito che fonda la sua attività ed il suo stesso funzionamento sui c.d. *user-generated contents*, ovvero sulla pubblicazione e diffusione di contenuti che vengono generati e caricati individualmente ed autonomamente dai singoli utenti nella prospettiva di una libera condivisione¹⁴.

Attualmente infatti la Rete, a differenza che in passato, è popolata di un numero sempre maggiore di intermediari che incentrano il loro *business* sulla concessione agli utenti di spazi virtuali multifunzionali e sull'offerta dei relativi strumenti di gestione, piuttosto che sulla produzione, selezione ed « edizione » di contenuti; come già ricordato, in questa nuova dimensione è l'utente ad essere messo al centro del sistema, e non più come mero recettore passivo dei contenuti, ma come parte attiva degli stessi, inserito all'interno di comunità virtuali di condivisione e partecipazione in cui lo scambio dei dati e delle informazioni è in tutto e per tutto ispirato a una logica paritaria, nella quale tende a diventare egli stesso creatore, selezionatore, commentatore, persino editore del materiale pubblicato e diffuso. In questo scenario molti operatori sono giunti progressivamente ad acquisire una posizione « ibrida » rispetto alle categorie tecnicamente e legislativamente tipizzate, e, soprattutto, paiono ormai sfuggire alla tradizionale distinzione tra *host* e *content provider*.

Questo genere di attività di intermediazione atipica risulta peraltro ad oggi quella che più comunemente viene intrapresa sul *web* (anche per l'elevatissima redditività che sta inequivocabilmente dimostrando), ed indubbiamente essa sta dando forma ad una realtà telematica del tutto nuova rispetto a quella che conosceamo, una realtà che invero appare molto diversa anche da quella « fotografata » dai legislatori comunitario ed italiano al momento dell'adozione delle menzionate normative-quadro sul commercio elettronico.

Il caso in commento risulta dunque di estremo interesse soprattutto per comprendere se e come la disciplina vigente e la giurisprudenza stiano effettivamente riuscendo a far fronte alle nuove sfide promosse da questa mutata realtà telematica¹⁵ ed a prendere le giuste misure al rinnovato ruolo degli intermediari¹⁶.

¹⁴ Si noti, per meglio comprendere la popolarità del sito e l'esatta portata del fenomeno, che attualmente il portale di *video-sharing* risulta essere il terzo sito più cliccato della Rete (ha di recente toccato il record del miliardo di visualizzazioni al giorno), secondo solo a Google e a *Facebook*, e vi vengono giornalmente caricati dagli utenti centinaia di migliaia di video.

¹⁵ Si consideri peraltro che, come dimostra in maniera evidente la vicenda in parola, nel contesto appena descritto la Rete sta accelerando ancor più il ritmo della convergenza tecnologica, determinando con ciò una sempre maggiore concorrenzialità « a tutto campo » tra internet e i mezzi di comunicazione di massa tradizionali, *in primis* con il mezzo televisivo dell'era del digitale.

¹⁶ Di fronte alle nuove figure di intermediari e alla prevalenza di servizi sempre più massicciamente finalizzati allo scambio ed alla condivisione di dati fra utenti, la giurisprudenza sta invero segnalando crescenti difficoltà nel rapportarsi con il sistema delineato dal D.Lgs. 70/2003, mostrandosi sempre più incerta nel delimitare l'area di responsabilità costruita attorno alle varie categorie di *provider* tipizzate dal legislatore, ricorrendo spesso ad un'impostazione « caso per caso » che di certo non giova alla coerenza delle soluzioni proposte e rischia di aggirare nella sostanza alcune scelte fondamentali pure operate dal legislatore. La tendenza in parola appare anche in alcune recenti pronunce, rese in alcuni casi anche giunti alla ribalta della cronaca,

In proposito, devono peraltro rilevarsi dei profili di criticità nell'impostazione seguita dal Tribunale di Roma ai fini dell'adozione dei provvedimenti in commento, poiché a nostro avviso — pur dovendo affrontare la questione entro i limiti della sommarietà cautelare — l'organo giudicante non è riuscito in questa occasione ad evidenziare in maniera sufficientemente esaustiva (né priva di alcune decisive incertezze interpretative) quali fossero nel caso di specie le esatte fonti normative degli obblighi gravanti sul *provider*, né i precisi limiti della posizione di garanzia per essi prevista dalle norme del decreto n. 70/2003; con ciò dimostrando, ancora una volta, la fondamentale titubanza della nostra giurisprudenza ad affrontare con chiarezza il rapporto tra gli obblighi (e le responsabilità) di quei *providers* che si dimostrino « non assolutamente estranei » ai contenuti trasmessi e la mancata previsione legislativa di un obbligo generale di sorveglianza in ordine agli stessi.

Essendo entrambe le decisioni incentrate, da un lato, sulla valutazione dell'attività concretamente svolta da YouTube sulla Rete e, dall'altro, sull'interpretazione delle norme del D.Lgs. 70/2003 applicabili in relazione a tale attività, ci pare dunque opportuno soffermarci qui di seguito a considerare in maniera più dettagliata i due punti in questione.

4. LA POSIZIONE DI YOUTUBE TRA LA FIGURA DELL'HOST E DEL CONTENT PROVIDER.

Come già osservato, il citato sito *web* consente ai singoli utenti della Rete di *uploadare* autonomamente filmati video sui propri server, senza che vi sia formalmente alcuna selezione preventiva da parte del *provider* stesso sui contenuti di volta in volta individualmente immessi, poi pubblicati e resi accessibili ad un numero indeterminato di fruitori finali; lo scopo dichiarato della piattaforma è quello di creare una comunità mondiale virtuale di *video-sharing* in cui chiunque sia messo nelle condizioni di pubblicare e condividere in ogni momento e gratuitamente le proprie riprese e le proprie opere audiovisive, anche qualora non disponga dei mezzi o del tempo per assicurarsi una produzione o un adeguato apparato imprenditoriale attraverso cui accedere ai tradizionali canali di comunicazione.

L'utente, aderendo alle condizioni generali di utilizzo del servizio predisposte dal gestore (i c.d. « Termini d'Uso »), si impegna contrattualmente con lo stesso a garantire che i video caricati non veicolino contenuti illeciti, e, in particolare, contenuti lesivi dell'immagine o della *privacy* altrui né di eventuali diritti di proprietà intellettuale facenti capo a soggetti terzi, tra cui i diritti d'autore¹⁷.

come ad esempio quelli relativi alle vicende *PirateBay* e *GoogleViviDown*, di cui non si mancherà di dar conto nel proseguo della trattazione.

¹⁷ Cfr. in tal senso la chiara disposizione di cui alla clausola 9 dei Termini d'Uso di YouTube, che ogni utente è chiamato ad accettare al momento dell'*upload* dei propri contributi video: alla clausola 9.1,

l'utente si impegna a conformare la sua condotta sul sito (anche relativamente al contenuto dei propri contributi) « a tutte le leggi locali applicabili, oltre che ai regolamenti ed alle leggi nazionali ed internazionali »; alla 9.2, a « non pubblicare o caricare alcun contributo utente che contenga contenuto che sia illegale possedere nel paese in cui è residente o che sarebbe ille-

Le stesse disposizioni contrattuali prevedono a favore dell'intermediario delle clausole di completo esonero di responsabilità, stabilendo che nei suddetti casi sarà lo stesso utente l'unico responsabile di fronte alla legge delle violazioni commesse¹⁸. Fermandoci alla lettura di queste clausole, YouTube risulterebbe pertanto svolgere la funzione di un *host provider* puro, assolutamente neutrale rispetto ai contenuti veicolati e perciò generalmente esentato da responsabilità per l'attività svolta nel quadro del D.Lgs. 70/2003¹⁹.

La lettura integrale dei citati *Terms of Use* dà tuttavia conto di alcuni aspetti che non vanno sottovalutati nella determinazione della supposta estraneità di YouTube rispetto ai contenuti caricati, aspetti che il Tribunale capitolino non ha, a giusta ragione, mancato di sottolineare.

In effetti a ben guardare è possibile rinvenire nel *corpus* delle disposizioni contrattuali in parola almeno tre clausole dalle quale emerge un potere gestorio piuttosto evidente dell'intermediario sull'attività compiuta dagli utenti sulla piattaforma e sui contenuti da essi caricati e pubblicati: a) il *provider* si riserva il diritto di interrompere in via temporanea o permanente la prestazione del proprio servizio, *in toto* o limitatamente ad alcuni aspetti dello stesso (quindi anche soltanto nei confronti di singoli utenti o fruitori finali) a sua completa discrezione e senza alcun preavviso; ciò equivale a dire che il *provider* è libero (ed è tecnicamente in grado), ad esempio, di disabilitare l'accesso alla piattaforma a taluni utenti, di non far caricare o visualizzare determinati contenuti (ad esempio, quelli relativi a materiale di tipo osceno, pornografico o pedopornografico), di rimuoverli a discrezione; b) il *provider* dichiara contrattualmente di adottare una ben definita *copyright policy*, che mira a tutelare « *i detentori di copyright* » nonché « *a trovare ed eliminare dal sito i presunti contenuti che violano il copyright* », predisponendo anche specifici mezzi tecnici a ciò finalizzati, comprendenti persino l'attuazione di un apposito « *programma di verifica dei contenuti* »²⁰; peraltro YouTube si impegna ad interrompere immediatamente il servizio rispetto a quei contenuti (e a disa-

gale per YouTube usare o possedere in relazione alla fornitura dei Servizi»; alla 9.3, ancora più puntualmente, l'utente « *accetta di non caricare o pubblicare alcun contributo utente che sia soggetto a diritti proprietari di terzi (compresi diritti di privacy o diritti di pubblicazione)* », a meno che « *non abbia una licenza formale o un permesso da parte del titolare legittimo a pubblicare il materiale in questione e a concedere a YouTube la licenza* ». I citati Termini d'Uso sono rinvenibili all'indirizzo <http://www.youtube.com/t/terms>.

¹⁸ Si vedano, nell'ambito dei medesimi Termini d'Uso: la clausola 6.6, che stabilisce un generale esonero di responsabilità per il *provider*, laddove prevede che l'utente « *accetta di essere esclusivamente responsabile per (e che YouTube non ha responsabilità nei suoi confronti o nei confronti di terze parti per) qualsiasi violazione delle sue obbligazioni ai sensi dei Termini e per le conseguenze (compresa qualsia-*

si perdita o danno che YouTube possa soffrire) di tale violazione »; la clausola 8.3, laddove l'utente « *riconosce ed accetta di essere l'unico responsabile per i suoi Contributi Utente personali e per le conseguenze del loro posting e pubblicazione. YouTube non avalla nessun Contributo Utente o nessuna opinione, raccomandazione o avviso espresso dello stesso, e YouTube espressamente declina ogni e qualsiasi responsabilità in relazione ai Contributi Utente* ».

¹⁹ Secondo questa ricostruzione infatti Google, certamente, risultava esentato ex art. 17 co. 1 dall'obbligo di controllare preventivamente l'immensa mole di materiale *uploadato*, e non rientrava neanche nella categoria dei *content providers* di cui all'art. 16 co. 2, non essendosi riservato nessuna « *autorità* » o potere di « *controllo* » sugli utenti e sulle attività da essi effettuate sulla piattaforma.

²⁰ Cfr. Termini d'Uso, clausola 6.5.

bilitare l'accesso all'*account* utente che li ha caricati) una volta individuato, tramite il sistema di segnalazioni e verifiche così predisposto, il materiale che — si badi, presumibilmente — risulti illecitamente pubblicato e diffuso²¹; c) il *provider* in linea generale « *si riserva il diritto di decidere se i Contributi Utente si conformino con i requisiti di contenuto previsti nei Termini e può rimuovere tali Contributi Utente e/o terminare l'accesso di un Utente per caricare qualsiasi Contributo Utente che sia in violazione dei presenti Termini di Servizio in qualsiasi momento, senza previo avviso ed a sua esclusiva discrezione* »²².

Va da sé che il quadro testé delineato difficilmente può far discendere una decisiva estraneità di YouTube — sia dal punto di vista tecnico che sul piano contrattuale — rispetto ai contributi ricevuti e trasmessi, lasciando peraltro cadere anche l'eccezione legata ad una presunta assoluta impossibilità tecnica di prevedere strumenti di *screening* e di controllo, pur di fronte all'immensa mole di dati giornalmente caricati, quantomeno per un certo tipo di materiale e perlomeno in funzione di un'attivazione *ex post* dell'operatore.

A ciò si aggiunga che alla luce di quanto osservato, risulta senz'altro difficile non considerare l'attività espletata da Google attraverso YouTube come parte di un'alquanto articolata attività di impresa, finalizzata a fornire i suddetti servizi a fronte del congruo ritorno economico derivante dai relativi introiti pubblicitari; pertanto, nel complesso, tale attività può in effetti a ragione essere ricondotta ad una fornitura via *web* di un vero e proprio palinsesto di video-contributi, dotato di un indubbio valore commerciale ed inequivocabilmente idoneo a concorrere — nell'attuale mercato dei servizi media audiovisivi — con i mezzi tradizionali come la televisione, quantomeno rispetto a un certo numero di consumatori finali.

Appare dunque legittimo che la giurisprudenza si orienti nella direzione di una progressiva responsabilizzazione di questo genere di operatori internet, soprattutto in relazione alla diffusione di opere protette dal diritto d'autore, ed anche qualora esse abbiano subito, prima della pubblicazione, frammentazioni e ricombinazioni; è infatti principio ormai consolidato nella nostra giurisprudenza che in nessun caso, ricorrendo una situazione di concorrenzialità tra soggetti titolari e distributori a diverso titolo, è possibile scriminare la condotta lesiva *ex artt.* 65 e 70 l.d.a.²³: del resto

²¹ Cfr. Termini d'Uso, clausola 7.

²² Cfr. Termini d'Uso, clausola 9.4.

²³ *Nulla quaestio*, infatti, in ordine alla posizione assunta dal Tribunale in merito alla non scriminabilità della condotta di Google sotto il profilo delle esimenti del diritto di cronaca e di critica previste dalla legge sul diritto d'autore in caso di riproduzione o pubblicazione di frammenti di opere protette. È infatti evidente che gli spezzoni dei video del « *Grande Fratello* » non possono essere fatti rientrare né nella scriminante riconosciuta dall'art. 65 l.d.a., non potendo soddisfare né la nozione di « *articoli di attualità di carattere politico, economico e religioso* » né quella di « *opere*

o materiali protetti utilizzati in occasione di avvenimenti di attualità », né lo « *scopo informativo* » richiesto dalla norma. Parimenti, sulla scorta delle considerazioni effettuate in merito al carattere dell'attività di prestazione di servizi operata dall'intermediario (definito come « *puramente commerciale* »), andava esclusa anche l'applicabilità dell'art. 70. Tale norma infatti stabilisce sì che « *la riproduzione di brani o di parti di opera e la loro comunicazione al pubblico sono liberi se effettuati per uso di critica o di discussione* », ma solo e soltanto « *nei limiti giustificati da tali fini* » e comunque « *purché non costituiscano concorrenza all'utilizzazione economica del-*

lo stesso Tribunale di Milano, con una pronuncia dello scorso anno, non ha ritenuto di dover scriminare una condotta analoga a quella perpetrata nel caso di specie da YouTube (diffusione via internet di spezzoni dei filmati del « *Grande Fratello* ») neanche nei confronti di un intermediario come il gestore di una testata giornalistica *online*, la cui attività è per natura assai diversa (e ben più orientata allo scopo « informativo » e di stimolo al pubblico dibattito) da quella svolta da YouTube²⁴.

La stessa giurisprudenza è ormai d'altronde giunta, proprio sulla scorta delle considerazioni e dei motivi suddetti, ad elaborare la già richiamata figura dell'*hoster* attivo, identificandolo di fatto tra quei soggetti che l'ordinamento è chiamato senz'altro a responsabilizzare maggiormente all'interno della « *sconfinata prateria di internet* »²⁵, poiché diventa, nell'esercizio del suo potere gestorio sui contenuti, centro di smistamento consapevole degli stessi e quindi anche centro di imputazione delle condotte potenzialmente lesive. In questi termini viene infatti correntemente definito l'*host provider* che non svolga sulla Rete quella mera attività di intermediazione che si concreta nella sola messa a disposizione degli utenti di un protocollo di comunicazione o di uno spazio ove si possano caricare dati, contenuti e informazioni, ma che compia qualcosa di più, e, ad esempio, fornisca servizi aggiuntivi di memorizzazione e diffusione e, soprattutto, di indicizzazione, presentazione, supervisione, gestione degli stessi, anche al fine di un loro sfruttamento commerciale²⁶.

l'opera », ovvero, in altre parole, purché non vengano utilizzate a scopo di lucro o per fini commerciali. Per l'affermazione di tali principi nella giurisprudenza, cfr. Cass. civ., Sez. I, 7 marzo 1997, n. 2089, in *Giur. it.*, 1998, 1191.

²⁴ Cfr. Trib. Milano, ord. 2 marzo 2009, in questa *Rivista*, 2009, 521.

²⁵ L'espressione è presa in prestito dalle motivazioni della recentissima sentenza del Trib. Milano, 24 febbraio 2010, n. 1972.

²⁶ Tra le prime pronunce che hanno espresso con chiarezza la tesi richiamata, vedasi senz'altro Trib. Catania, 29 giugno 2004, in *Dir. Internet*, 2005, 74. Di « *hoster* attivi » nei suddetti termini parla anche espressamente la già citata sentenza resa dal Tribunale di Milano (Trib. Milano, 24 febbraio 2010, n. 1972) all'esito della vicenda penale che ha coinvolto Google (anche nella persona di alcuni dirigenti della divisione italiana) a seguito della diffusione di un filmato che riprendeva abusi e violenze su un minore affetto da sindrome di down. Nella sentenza si fa ampio riferimento alla questione relativa alla « posizione di garanzia » da attribuirsi al *provider* in relazione al materiale diffuso, qualora esso risulti illecito, a seconda del coinvolgimento « consapevole » da esso mostrato ai fini della pubblicazione nello svolgersi della propria attività di intermediazione. Da no-

tare peraltro che le considerazioni formulate in tale sede dal giudice penale fanno espresso riferimento a casi in cui venga contestata una violazione del diritto d'autore, oggetto di controversia nel caso in commento. Dello stesso tenore d'altronde i principi di diritto espressi dalla Suprema Corte di Cassazione in occasione della sentenza — anch'essa recentissima — resa sul caso *PirateBay*, che si occupa eminentemente di responsabilità del *provider* per il reato di riproduzione e sfruttamento abusivo non autorizzato e a scopo di lucro di un'opera protetta dal diritto d'autore, di cui all'art. 171-ter della relativa legge. In particolare, nonostante l'attività del sito *web* sia in parte diversa da quella svolta da YouTube — avendo a che fare con protocolli *peer-to-peer* — ci sembra comunque doveroso citare il seguente passaggio della decisione: « *Se il sito web si limitasse a mettere a disposizione il protocollo di comunicazione [...] per consentire la condivisione di file contenenti l'opera coperta da diritto d'autore ed il loro trasferimento tra utenti, il titolare del sito stesso sarebbe in realtà estraneo al reato. Però se il titolare del sito non si limita a ciò, ma fa qualcosa di più — ossia indicizza le informazioni che gli vengono dagli utenti, che sono tutti potenziali autori di uploading [...] — il sito cessa di essere un mero "corriere" che organizza il trasporto dei dati. C'è un quid pluris in*

Non risulta quindi nel caso di specie fuori luogo l'attribuzione a YouTube, da parte del Tribunale di Roma, del carattere di *hoster* atipico attivamente « presente » rispetto ai contenuti *uploadati* sugli spazi messi a disposizione; tuttavia, è indispensabile definire quali siano gli obblighi che nel quadro del D.Lgs. 70/2003 debbano essere associati a questa posizione, e comprendere se sia giustificabile, alla luce dell'interpretazione più coerente del testo normativo, una effettiva differenziazione del regime applicabile all'*hoster* così individuato da quelle degli *host providers* e dei *content providers* tipizzate dal decreto²⁷.

5. YOUTUBE QUALE HOSTER ATTIVO NEL QUADRO DEGLI OBBLIGHI PREVISTI DAL D.LGS. 70/2003.

Un esame più approfondito del sistema effettivamente disegnato dal D.Lgs. 70/2003 si rende dunque a questo punto assolutamente necessario per sgomberare il campo dai dubbi interpretativi e comprendere quali siano gli esatti termini della questione, soprattutto nel tentativo di giungere alla definizione esatta di quali obblighi di attivazione gravino comunque su questi *providers* che risultino « attivi » sui contenuti pur nella vigenza di una norma così netta come quella dell'art. 17; ciò, naturalmente, nell'ottica di una valutazione complessiva circa l'adeguatezza e l'effettiva tenuta — ad ormai sei anni dall'adozione — del richiamato strumento normativo di fronte alla attuale realtà di internet, invero come abbiamo visto sempre più multiforme, sfuggente e dilagante.

In altre parole, in assenza di una precisa determinazione assunta in tal senso dal Tribunale, è opportuno comprendere se la legge, rispetto ad un *hoster* atipico quale YouTube: a) consenta o meno di imporre all'operatore obblighi diversi da quelli gravanti sugli *hoster* puri, attribuendo nel secondo caso ad entrambi gli obblighi di attivazione *ex post ex art. 16 co. 1 lett. b)*; b) consenta di assimilare *in toto* l'*hoster* attivo al *content provider* tipizzato dall'art. 16 co. 2, sottraendolo comunque ad obblighi di controllo preventivo ma assoggettandolo alla clausola residuale dell'art. 17 co. 3, che prevede anch'essa obblighi di attivazione successivi,

quanto viene resa disponibile all'utenza del sito anche una indicizzazione costantemente aggiornata che consente di percepire il contenuto dei file suscettibili di trasferimento. A quel punto l'attività di trasporto dei file (file transfert) non è più agnostica; ma si caratterizza come trasporto di dati contenenti materiale coperto da diritto d'autore. Ed allora è vero che lo scambio dei file avviene da utente ad utente (peer-to-peer), ma l'attività del sito web (al quale è riferibile il protocollo di trasferimento e l'indicizzazione di dati essenziali) è quella che consente ciò e pertanto c'è un apporto causale a tale condotta che ben può essere inquadrato nella partecipazione imputabile a titolo di concorso di persone ex art. 110 c.p. ». Cfr. Cass. pen., 29 settembre 2009, n. 49437.

²⁷ Questo tipo di analisi appare invero indispensabile dacché ormai anche in Italia su moltissimi fronti l'opinione pubblica e in particolare il c.d. « popolo della Rete », sostenuto dalle *lobbies* dei maggiori intermediari presenti sul *web*, tendono a criticare l'impostazione di recente seguita dalle Corti sostenendo che per questa via si starebbe introducendo forzosamente nel sistema l'obbligo del controllo preventivo dei *providers* sul materiale veicolato, obbligo che invece sarebbe formalmente escluso dalla legge. Decisioni e provvedimenti come quelli recentemente resi sul caso *Pirate-Bay* o sulla vicenda *Google/Vividown* hanno sollevato moltissime polemiche in ordine al punto in esame, ed anche le due ordinanze in commento sono state iscritte nel filone giurisprudenziale *de quo*.

benché attenuati²⁸. Ciò posto, si deve passare a stabilire quale sia nei vari casi il contenuto dei suddetti obblighi ed il momento a partire dal quale essi siano ritenuti dal legislatore effettivamente esigibili.

Ebbene, il D.Lgs. 70/2003, per come normativamente costruito, ha evidentemente posto alla base delle norme-chiave sulla responsabilità in Rete l'assunto fondamentale per cui deve essere ritenuto in ogni caso inesigibile dai *providers* (sulla scorta di una inesigibilità soprattutto « tecnica » rispetto alla grande mole di dati comunemente trasportati e agli elevati costi richiesti per un puntuale filtraggio degli stessi) una condotta ispirata ad un obbligo generale di controllo preventivo sul materiale a vario titolo da essi veicolato e trasmesso²⁹.

Al di là di eventuali considerazioni circa l'opportunità — tecnica o politica — della soluzione così predisposta, alla luce della lettera della legge e di una interpretazione sistematica del testo dell'art. 17 questa inesigibilità è stata stabilita *ex lege* e si estende a tutti i tipi di *providers*, e, dunque, anche a quelli che la dottrina e la giurisprudenza hanno sin qui variamente definito quali *content providers* e quali *hoster* attivi, dovendosi includere anche tutti quegli operatori rientranti in astratto nella formulazione dell'art. 16 co. 2.

La scelta del legislatore è dunque stata quella di prevedere per tutti questi intermediari degli obblighi di attivazione solo e soltanto *ex post*, ovvero successivi al momento della trasmissione, pubblicazione e diffusione del materiale. Dall'impianto legislativo si comprende infatti che solo in quel momento entra in gioco la valutazione circa l'effettivo coinvolgimento o livello di estraneità attribuibile al singolo operatore rispetto al contenuto veicolato, alla sua partecipazione attiva nell'apprensione, selezione, pubblicazione, gestione e cura dello stesso o, semplicemente, alla sua conoscenza dell'eventuale illiceità. In base al grado di estraneità sarà a quel punto diverso il contenuto degli obblighi cui adempiere per

²⁸ Per chiarire i termini della questione, l'art. 16 co. 1 lett. b) prevede che il *provider*, « non appena a conoscenza di tali fatti (ovvero, come specificato nel co.1, "del fatto che l'attività o l'informazione è illecita", n.d.A.), su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso ». L'art. 17 co. 3 dispone invece che in ogni caso, ogni *provider* è da ritenersi « 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 ».

²⁹ La fondamentale « scelta » politica *de quo* è stata naturalmente effettuata dapprima in ambito comunitario al momento dell'adozione della direttiva sul commercio

elettronico; tuttavia il recepimento da parte del legislatore italiano ha di fatto seguito le linee indicate in quegli anni dalla dottrina più attenta: nel senso della inopportunità dell'istituzione di un obbligo generale di sorveglianza preventivo, che si risolverebbe in una responsabilità oggettiva o di tipo « editoriale », si vedano ad es. fra tutti V. ZENO-ZENCOVICH, *La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa: note critiche*, in questa *Rivista*, 1998, 15; ID., *I rapporti fra responsabilità civile e responsabilità penale nelle comunicazioni su internet (Riflessioni preliminari)*, in questa *Rivista*, 1999, 1049; P. COSTANZO, *Ancora a proposito dei rapporti tra diffusione in internet e pubblicazione a mezzo stampa*, in questa *Rivista*, 2000, 657; P. SAMMARCO, *Atti di concorrenza sleale attraverso internet e responsabilità del provider*, in questa *Rivista*, 2002, 100; G. PONZANELLI, *Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli internet providers*, *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, a cura di Sica-Stanzione, Milano, 2002, 363 e ss.

far cessare il comportamento sospetto, facilitare l'accertamento della violazione, farla cessare, rimuoverne gli effetti.

L'entità del coinvolgimento rappresenta di fatto nel sistema congegnato il coefficiente colposo minimo stabilito dal legislatore per l'insorgere della responsabilità dell'intermediario, che dimostra la chiara scelta politica (dettata già dalla direttiva europea) di rifiutare sì un sistema di responsabilità oggettiva, ma di istituirne al contempo uno basato sulla colpa specifica, da accertarsi rispetto a determinate condotte di garanzia normativamente individuate³⁰.

Questo è ciò che del resto inequivocabilmente impone una interpretazione coerente delle norme citate; e infatti, delle due l'una: o astrattamente esiste un obbligo generale di sorveglianza e allora i *providers* che non siano tecnicamente e contrattualmente « estranei » ai contenuti rispondono anche (benché sempre a titolo di colpa) dell'omesso controllo preventivo già nella fase anteriore alla pubblicazione/trasmisione (ma allora verrebbe da chiedersi cosa resta dell'art. 17), oppure nessun *provider* (indipendentemente dal grado di estraneità) ha obblighi preventivi di sorta, bensì solo obblighi successivi che si atteggiavano diversamente in base al coinvolgimento mostrato³¹.

Proprio in questo diverso atteggiarsi va peraltro riscontrata la chiave di volta della questione, anche ai fini della valutazione critica della fattispecie e delle decisioni in commento: gli obblighi di attivazione *ex post* pur prescritti dalla legge non paiono imporre infatti agli operatori la rimozione diretta del materiale « sospetto », essendo perlopiù configurati, come vedremo a breve, quale obblighi di pronta informazione alle autorità competenti e (nei casi di maggior coinvolgimento) di pronta rimozione e disabilitazione su esplicita richiesta delle stesse.

Ciò posto, in definitiva, si deve notare che nell'ambito del sistema così ricostruito la qualifica di *hoster* attivo, che sta senza dubbio godendo presso le nostri Corti di particolare fortuna, non basta di per sé né a rendere illecita né tantomeno a scriminare la condotta del *provider* considerato. Ben altro peso infatti riveste l'esistenza o meno in capo al *provider* dell'effettiva conoscenza e consapevolezza del materiale veicolato, del suo contenuto e della sua eventuale illiceità³².

³⁰ Sul sistema di responsabilità congegnato dalla direttiva e dal D.Lgs. 70/2003 da intendersi come regime di colpa specifica si vedano in dottrina G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, Torino, 2002; F. DI CIOMMO, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Napoli, 2003, in particolare alle pp. 291 e ss.; F. DELFINI, *Il commercio elettronico*, in *Trattato di diritto dell'economia*, a cura di Picozza-Gabrielli, vol. I, Padova, 2004, 214 e ss.

³¹ L'assenza di un obbligo generale di sorveglianza a carico dei *providers* è stato da ultimo ribadito dalla Cassazione nella già citata sentenza *PirateBay*, ove si legge che il legislatore ha escluso la sussistenza « un generale obbligo di sorveglianza nel senso che il provider non è tenuto a verifica-

re che i dati che trasmette concretino un'attività illecita ». Cfr. ancora Cass. pen., 29 settembre 2009, n. 49437, *cit.* Anche nella motivazione della sentenza *Google/Vividown* emanata dal Tribunale di Milano si legge che « non esiste [...], perlomeno fino ad oggi, un obbligo di legge codificato che imponga agli ISP's un controllo preventivo della innumerevole serie di dati che passano ogni secondo nelle maglie dei gestori o proprietari dei siti web ». Cfr. Trib. Milano, 24 febbraio 2010, n. 1972.

³² La « conoscenza dell'illecito » è infatti elemento fondante degli obblighi previsti dal legislatore sia all'art. 16 co. 1 (laddove fa venir meno la generale esenzione da responsabilità prevista per gli *hoster* puri), sia all'art. 17 co. 3, che è applicabile in via residuale a tutti gli operatori e di-

6. IL PROVIDER TRA NON ESTRANEITÀ AI CONTENUTI ED EFFETTIVA CONOSCENZA DELL'ILLECITO.

L'intero sistema costruito dal decreto n. 70/2003 sembra infatti ruotare attorno al principio per cui l'intermediario possa effettivamente invocare l'esenzione di responsabilità generalmente prevista solo finché non si provi che esso fosse effettivamente a conoscenza dell'illiceità dell'informazione e non si sia attivato in alcun modo per limitare gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla sua trasmissione, pubblicazione, diffusione³³. Tuttavia la stessa legge non specifica esattamente quando e a quali condizioni tale conoscenza è « effettiva », ovvero quando il coefficiente di consapevolezza dell'operatore circa il contenuto illecito del materiale veicolato è sufficientemente « qualificato » sì da importare l'obbligo di immediata attivazione.

Ecco che dunque si ripresenta l'annoso problema legato alla nozione di « conoscenza effettiva » intesa dal legislatore, problema che tanta parte della più attenta dottrina pure aveva puntualmente sollevato — anche sulla scorta di riflessioni suggerite da approfondimenti sulle soluzioni legislativamente approntate in altri Paesi — già prima dell'adozione del decreto n. 70/2003 e subito dopo l'entrata in vigore dello stesso³⁴.

Sul punto si devono peraltro sottolineare già *ab origine* le mancanze proprie della direttiva europea, rispetto alla quale la medesima dottrina aveva constatato in ordine alla questione in parola un inatteso scollamento riguardo all'atto sostanzialmente « gemello » adottato negli USA qualche anno prima in materia di *copyright* (il *Digital Millennium Copyright Act* del 1998), atto che invece il legislatore comunitario aveva voluto quasi pedissequamente prendere a modello in relazione a molti altri punti nodali della disciplina, anche per indubbe e lodevoli finalità armonizzatrici. Il sistema americano infatti ruota allo stesso modo intorno alla nozione di « *actual knowledge* », ma il *DMCA* specifica che ai fini dell'acquisizione di tale « effettiva conoscenza » è sufficiente la notifica del materiale

spone che il *provider*, « avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso », è responsabile se « non ha provveduto ad informarne l'autorità competente ».

³³ In tal senso assai significativamente ancora la sentenza da ultimo citata, laddove fa notare, seppur in merito all'insorgere della responsabilità penale, che « il fatto che l'ISP faccia qualcosa di più del suo dovere di intermediatore (e cioè diventi un *hoster attivo* o un *content provider*, come anche può dirsi), è, una volta provato, certamente un elemento importante ai fini della ricostruzione delle ipotesi di reato contestate o contestabili, ma non trasforma, sic et simpliciter, l'ISP in un immediato realizzatore dei possibili reati emergenti dai dati caricati ». E ancora: « È pertanto ovvio che l'hoster attivo o il *content provider* che dir si voglia avrà certamente un livello di obblighi e di comportamenti più

elevato di quello di un semplice *host provider* o *service provider* o *access provider*: lo rende inevitabile il suo diventare dominus di dati che, per il solo fatto di essere organizzati e quindi selezionati e quindi appresi non sono più il flusso indistinto che non si conosce e che non si ha l'obbligo di conoscere ».

³⁴ Cfr. ad es. C. GATTEL, *Tutela dell'opera multimediale su rete telematica*, in questa *Rivista*, 1998, 469, ma in particolare: G.M. RICCIO, *op. cit.*, 207-213; G. CASANO-P. CIMINO, *Il nuovo regime di responsabilità dei providers: verso la creazione di un novello « censore telematico »*, ne *I contratti*, 2004, 88; R. BOCCHINI, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico*, Napoli, 2003. A dire il vero la questione era stata enucleata anche dalla giurisprudenza, ancor prima dell'adozione del D.Lgs. 70/2003: si veda in proposito Trib. Napoli, 28 dicembre 2001, in questa *Rivista*, 2002, 94.

« sospetto » ricevuta dal *provider* da parte dell'aveente diritto, esplicitando dunque chiaramente che non è necessario uno specifico ordine o richiesta da parte delle autorità competenti per far scattare l'obbligo di immediata rimozione³⁵.

Ove il legislatore europeo si fosse curato di meglio specificare la suddetta nozione, sarebbe dunque risultato più chiaro già un primo punto fondamentale della questione, ovvero quello legato al momento in cui effettivamente si possano o si debbano esigere dai *provider* le condotte atte ad eliminare le violazioni o i loro effetti; punto che, come è evidente, sta ancora creando problemi alla nostra giurisprudenza (come dimostrano le motivazioni dei provvedimenti in commento), e ciò nonostante una ben chiara scelta operata in materia dal nostro legislatore in sede di recepimento.

Infatti ad un'attenta lettura delle norme del D.Lgs. 70/2003 emerge che il legislatore italiano, provvedendo (come era sua piena facoltà) a colmare la suddetta lacuna lasciata dalla direttiva, ha inequivocabilmente scelto di subordinare la conoscenza effettiva e dunque l'obbligo di attivazione dei *providers* (per rimuovere il materiale, *ex art. 16*, o per collaborare con la parte lesa al fine di individuare i diretti responsabili dell'illecito o a rimuovere gli effetti pregiudizievoli per lo stesso, *ex art. 17*), rispettivamente ad una « comunicazione » e ad una « richiesta » proveniente dalle autorità competenti.

In ordine alla fattispecie dell'art. 16, che è quella che qui da più vicino ci interessa, rispetto al testo dell'art. 14 della direttiva egli ha infatti ritenuto di dover integrare la formula « *non appena al corrente di tali fatti* » con l'inciso « *su comunicazione delle autorità competenti* ». Tale integrazione, assieme alle modalità dell'intervento tecnico-giuridico così operato, inevitabilmente denunciano una precisa *voluntas* del legislatore in tal senso, *voluntas* che — al di là di ogni valutazione critica circa l'opportunità della scelta operata rispetto al modello statunitense — ci pare non possa essere scavalcata nell'interpretazione delle norme in parola, come invece risulta essere avvenuto nel caso di specie, ove di fatto si è proceduto ad ancorare la responsabilità di Google per la mancata attivazione alla ricezione delle segnalazioni da parte di RTI.

Entrando poi nel merito dell'opportunità della scelta, non ci si può esimere dal notare che essa risulta invero sostenuta da una *ratio* niente affatto peregrina, che si incentra sulla volontà di ancorare l'attivazione della posizione di garanzia all'emanazione di un atto certo e facilmente identificabile proveniente da soggetti pubblici qualificati; in questa maniera infatti è a questi soggetti che può essere rimessa la fondamentale decisione in merito all'opportunità della rimozione del materiale dalla sfera del pubblico dominio, decisione che — anche per non alterare oltremodo i delicati equilibri costituzionali nel conflitto tra posizioni giuridiche protette e libertà di manifestazione del pensiero — dovrebbe sempre pog-

³⁵ Nella Sezione 202 del citato *DMCA*, il §512 espressamente prevede che il *provider* ha l'obbligo di attivarsi quando l'illeceità sia palese oppure a seguito di apposita « *notification* » redatta per iscritto dal soggetto che è titolare del diritto che si as-

sume violato, purché sia atta ad identificare con sufficiente certezza la fonte della violazione e dimostri l'esistenza in buona fede del diritto. Cfr. U.S. Digital Millennium Copyright Act, H.R. 2281, Sec. 202, §512 (c), n. (3).

giare sul preventivo accertamento quantomeno del «*fumus*» del diritto controverso e non dunque sul mero sospetto privatamente denunziato e alimentato.

Ed infatti il nodo del « momento » in cui scattano gli obblighi di attivazione finisce per incidere in maniera rilevante, se non decisiva, anche sui contenuti di tali obblighi, riportando in primo piano domande ancor più radicali sulla complessiva coerenza e tenuta del sistema, reintroducendo con prepotenza la questione relativa all'esistenza o meno di un obbligo generale di sorveglianza gravante sugli intermediari della Rete.

Sostenere che il D.Lgs. 70/2003 preveda che l'*host provider* debba attivarsi per la rimozione del materiale semplicemente segnalato come illecito dall'avente diritto, senza attendere un provvedimento formale da parte delle autorità — procedendovi autonomamente, indipendentemente dall'accertamento del suddetto illecito o da un qualche *fumus boni juris*, e caricandosi di tutti i costi dell'intervento — non equivale forse di fatto ad introdurre l'obbligo di un controllo preventivo, incentivando gli operatori a filtrare il più possibile i contenuti che gli pervengono per diminuire il rischio di risarcimenti e sanzioni (anche a scapito della libertà di connessione e di manifestazione del pensiero) tornando così a promuovere la tanto ripudiata figura del censore telematico privato?

LUCA GUIDOBALDI