

---

SALVATORE SICA - VINCENZO ZENO-ZENCOVICH

---

## LEGISLAZIONE, GIURISPRUDENZA E DOTTRINA NEL DIRITTO DELL'INTERNET

---

**SOMMARIO:** 1. Il giurista ed il tempo di Internet. — 2. Le questioni poste dalla giurisprudenza: *a)* la giurisdizione; *b)* la competenza territoriale; *c)* la disciplina costituzionale delle attività sulla rete; *d)* la identificazione dei soggetti che operano sulla rete; *e)* la qualificazione delle attività svolte; *f)* la applicabilità di discipline generali in materia di tutela della reputazione, protezione dei dati personali e tutela della proprietà intellettuale; *g)* l'evoluzione del diritto penale. — 3. Il compito del legislatore. — 4. Il ruolo della dottrina.

---

### 1. IL GIURISTA ED IL TEMPO DI INTERNET.

---

Il giurista contemporaneo sa bene che la realtà è sempre più creativa della propria fantasia. Ed una delle forme più vivide della realtà giuridica è rappresentata dalla giurisprudenza, ovverosia dal presentarsi di casi, appunto casuali, all'esame del giudice senza un disegno preordinato e senza un ordine prestabilito.

Il ruolo creativo della giurisprudenza è pacificamente riconosciuto non solo nei sistemi di *common law* che su di essa poggiano la loro secolare evoluzione, ma anche nei sistemi di *civil law* tradizionalmente e istituzionalmente portati ad affermare la primazia della legge e della codificazione. Non vi è branca del diritto, civile, penale, amministrativo, minorile, del lavoro, commerciale, processuale che non sia vivificato dal diuturno lavoro dei giudici i quali dal blocco del norme scritte scavano e scolpiscono la forma del diritto vivente. Tale processo è ancor più dinamico con riguardo alle nuove tecnologie della comunicazione e dell'informazione le quali evolvono ad un passo non percepibile dall'occhio del giurista (e men che meno del legislatore) il quale se ne accorge solo *ex post factum*. D'altronde ciò è naturale: il diritto ha una funzione stabilizzante dei rapporti economici e sociali, ma

---

\* Relazione introduttiva al convegno «*Il futuro della responsabilità sulla rete. Quali regole dopo la sentenza Google/Vivi-Down*», organizzato dalla Università di

Roma Tre e dalla Fondazione Calamandrei e svoltosi il 21 maggio 2010. La sentenza Trib. Milano 12 aprile 2010 è pubblicata *infra* p. 474.

quando questi, per ragioni fisiologiche o patologiche (si pensi alle guerre, ai disastri naturali, alle rivoluzioni), sono in continuo movimento finisce per riuscire solo a « fermare » alcune immagini di quanto è già avvenuto. Ma vi è di più: il predominio delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione sta dando luogo alla scomposizione dei soggetti, i quali vivono in un luogo fisico, ma nel contempo in una molteplicità di luoghi « virtuali », ove creano diverse identità, relazioni, rapporti giuridici. E lo straordinario sviluppo delle ICT è frutto del non prevedibile incontro fra tecnologia e comportamenti sociali di milioni di persone, dando vita a prassi spesso del tutto innovative rispondenti a bisogni non formalizzati.

Si tratta, a ben vedere, della massima esplicazione fin qui vista nelle società umane del principio di libertà, nella veste della autodeterminazione individuale.

Ma se grande — e stimolante — è il caos sotto tutti i cieli, ciò non implica che il giurista debba abdicare dal suo ruolo storico: quello della comprensione, della classificazione, della sistemazione. Ovviamente solo il tempo sarà in grado di convalidare le sue costruzioni, ma nemmeno si può immaginare che il suo compito sia solo quello di raccogliere i frammenti di uno specchio frantumato per ricomporre una tanto inutile quanto deformata immagine di ciò che ormai è già stato.

## 2. LE QUESTIONI POSTE DALLA GIURISPRUDENZA.

Volendo cercare di fare un sommario delle questioni che in maniera crescente nell'arco dell'ultimo biennio sono state poste all'attenzione della giurisprudenza sia penale che civile e che hanno trovato una risposta esse sono:

- a) la giurisdizione, sia in termini di diritto applicabile che in termini propriamente processuali
- b) la competenza territoriale
- c) la disciplina costituzionale delle attività sulla rete
- d) la identificazione dei soggetti che operano sulla rete
- e) la qualificazione delle attività svolte
- f) la applicabilità di discipline generali in materia di:
  - i. tutela della reputazione
  - ii. protezione dei dati personali
  - iii. tutela della proprietà intellettuale
- g) l'evoluzione del diritto penale

### a) *La giurisdizione.*

Premesso che le questioni di giurisdizione si atteggiano in maniera diversa nel giudizio penale ed in quello civile, quel che ri-

leva è una generale tendenza del giudice ad affermare la propria competenza: l'illecito è stato compiuto in un ambito che lo attrae nella cognizione sostanziale e procedurale del giudice italiano. A veder le cose realisticamente è la nazionalità del soggetto che si pretende leso a determinare la giurisdizione/competenza. Il giudice italiano protegge soggetti italiani e non li manda in giro per il mondo alla ricerca di una incerta e presumibilmente ostile giurisdizione straniera. *Cuius regio eius et iudex*. Non si tratta di un principio ignoto in altre branche del diritto, ma in queste ultime esso solitamente poggia su un solido, e spesso antico, dato normativo; qui la regola è non scritta. All'atto pratico questo significa che ancorché la rete vede organizzarsi i soggetti imprenditoriali all'interno di una giurisdizione la diffusione planetaria delle loro attività li sottopone non al diritto di quella giurisdizione, bensì a quello di tutte quelle ove operano.

La ovvia eccezione, di natura chiaramente convenzionale, è contenuta nella Direttiva 31/00 sul commercio elettronico e discende dal generale principio del mutuo riconoscimento. Ma all'evidenza una regola regionale fa emergere il conflitto fra soggetti che hanno il loro centro di interessi nell'UE e quelli che lo hanno all'esterno. In termini di concorrenza fra ordinamenti la scelta di comunitarizzarsi potrebbe presentare vantaggi di efficienza nella predittività della disciplina. Ma non fa venire meno le ancora notevoli differenze che esistono a livello di diritto penale sia sostanziale che processuale. Quand'anche l'operatore fosse sicuramente e stabilmente radicato nel Regno Unito, poco fa ritenere che il giudice penale italiano piuttosto che quello cipriota o estone non si dichiari comunque competente<sup>1</sup>.

Il profilo relativo alla giurisdizione si complica allorquando si affrontano problemi connessi alla tutela dei dati personali. L'art. 5 del D.Lgs. 196/2003 stabilisce l'applicabilità della legge italiana anche ai soggetti stabiliti al di fuori dell'Unione europea, nel caso in cui impieghino, per il trattamento, strumenti ubicati in Italia. *Quid juris* nel caso di un server localizzato all'estero? E che cosa deve intendersi, nel contesto di internet, per stabilimento? È sufficiente che il servizio sia offerto agli utenti in italiano per determinare il ricorso al diritto nazionale? Oppure, conformemente alle indicazioni della Corte di Giustizia, è necessario che sussista uno stabilimento fisicamente situato nel territorio nazionale?

<sup>1</sup> Un tentativo di risolvere questi conflitti di giurisdizione penale si rinviene nella recente Decisione Quadro 948/09/GAI del 30 novembre 2009. Tuttavia essa preci-

sa che, in ogni caso, l'intervento « mediatorio » di Eurojust comunque non è vincolante per gli Stati membri e le loro autorità giudiziarie.

### b) *La competenza territoriale.*

Se la nazionalità del soggetto leso pare emergere come regola *de facto* della giurisdizione, il suo domicilio è l'indicatore della competenza territoriale. Il giudice penale, seguito da quello civile, ha sviluppato ed applicato il principio della ubiquità che, nel caso di illeciti produttivi di effetti ubiqui (come sono tipicamente quelli sulla rete)<sup>2</sup>, vuole sicuramente competente il giudice del luogo ove si trova il soggetto leso<sup>3</sup>. Sommando i due elementi — giurisdizione domestica, competenza domestica — ne risulta un complessivo *favor* per il preteso danneggiato il quale nella più semplice delle ipotesi ha una riduzione di costi di difesa legale. Ciò si spiega con lo schema « piccolo » contro « grande », con la bilancia che usa i pesi locali e si sposta nel luogo dove si trova l'attore/parte lesa.

### c) *La disciplina costituzionale delle attività sulla rete.*

La giurisprudenza, pur molto attenta ai valori che l'attività sulla rete può violare, appare meno consapevole dei valori di cui essa è espressione. Manca — nel pur ricco dialogo transatlantico *in subiecta materia* — una chiara eco di quanto più di un decennio fa proclamava la Corte Suprema degli Stati Uniti: Internet è il più pervasivo strumento di libertà di manifestazione del pensiero mai creato dall'uomo. Le ragioni di ciò appaiono diverse, ma in generale legate ad un punto che si affronterà meglio più avanti, e cioè lo scarso dialogo fra dottrina e giurisprudenza sul tema dell'ICT. La mancanza di comunicazione si fa sentire ancor di più ove si consideri che la formazione costituzionale dominante,

<sup>2</sup> V.K. CORNILS, *Il luogo di commissione dei reati di manifestazione del pensiero in Internet*, in questa *Rivista*, 2002, 891. Con riferimento al reato di giochi on-line il principio della ubiquità è affermato da Cass. pen. 5 novembre 2003, A.G. (in *Riv. pen.*, 2004, 640, con nota di F.R. ARCIOLI). Con riferimento ad altri e più gravi reati v. Cass. pen. 6 maggio 2003, Viti).

<sup>3</sup> Si era cominciato con Cass. 8 maggio 2002, n. 6591 (in questa *Rivista* 2002, 831). L'orientamento appare definitivamente consolidato con Cass. SS.UU. Civ. 13 ottobre 2009, n. 21661 secondo cui « Nel giudizio promosso per il risarcimento dei danni conseguenti al contenuto diffamatorio di una trasmissione televisiva e, più in generale, di quelli derivanti dal pregiudizio dei diritti della personalità recati da mezzi di comunicazione di massa, la

competenza per territorio si radica, in riferimento al *forum commissi delicti* di cui all'art. 20 c.p.c., nel luogo del domicilio (o della sede della persona giuridica) o, in caso di diversità, anche della residenza del soggetto danneggiato. Tale individuazione — che corrisponde al luogo in cui si realizzano le ricadute negative della lesione della reputazione — consente, da un lato, di evitare un criterio "ambulatorio" della competenza, potenzialmente lesivo del principio costituzionale della precostituzione del giudice, e, dall'altro, si presenta aderente alla concezione del danno risarcibile inteso non come danno-evento, bensì come danno-conseguenza, permettendo, infine, di individuare il giudice competente in modo da favorire il danneggiato che, in simili controversie, è solitamente il soggetto più debole ».

espressa nei manuali sui quali i giudici, come tutti gli altri giuristi, hanno studiato, fatica a comprendere quale epocale cambiamento sia avvenuto con l'avvento di Internet nel quadro della libertà di espressione. Non più la rigida dicotomia fra libertà di manifestazione del pensiero radicata nell'art. 21 Cost. ed i cui principali protagonisti erano i *media*, rispetto ai quali i singoli godevano di una situazione riflessa (il diritto ad essere informati); e libertà di comunicazione, radicata nell'art. 15 Cost., caratterizzata dalla segretezza delle relazioni interpersonali di cui la corrispondenza era l'archetipo<sup>4</sup>. La moderna libertà di espressione si caratterizza per la sua natura fortemente individuale, nel senso che il singolo è il produttore, rielaboratore e ri-diffusore di pensiero proprio e altrui in un processo circolare di accesso e creazione di conoscenze. I nuovi modelli, che marginalizzano esperienze che sembravano intramontabili come la stampa quotidiana e periodica e la radio-televisione, non solo vedono protagonisti soggetti imprenditoriali completamente diversi ma abbattono gli schemi costituzionali tradizionali. Non stupisce dunque che ancora, nella giurisprudenza, si guardi alla stampa come forma protetta di espressione<sup>5</sup> mentre tutto — i numeri delle persone, le cifre economiche, il tempo che vi si dedica — indica che si tratta di strumento, anche nel nostro paese, minoritario e recessivo.

#### d) *La identificazione dei soggetti che operano sulla rete.*

Storicamente la disciplina dei mezzi di comunicazione si è sviluppata seguendo il loro affermarsi: la stampa, il cinema, la radio, la televisione. Ma a questo punto la evoluzione si ferma. La novità di nuove entità che sulla rete nascono, si affermano e muoiono, non è colta dal diritto, il quale riesce a vedere la rete come infrastruttura ed alcuni soggetti tecnici — l'operatore di rete, il fornitore di servizi « neutrali » — ma ignora le realtà più dinamiche e

<sup>4</sup> V. M. CUNIBERTI (a cura di), *Nuove tecnologie e libertà della comunicazione*, Giuffrè, 2009.

<sup>5</sup> Indicativa, in questo senso, è Cass. pen. 29 aprile 2008, n. 17408 (in questa *Rivista*, 2008, 345) la quale nega l'estensione delle garanzie di cui all'art. 21 Cost. a mezzi di comunicazione diversi dalla stampa. In maniera non dissimile, v. le argomentazioni svolte da Cass. pen. 10 marzo 2009 n. 10535, in questa *Rivista*, 2009, 508 con nota di L. BACCHINI, *Il sequestro di un forum on-line: l'applicazione della legge sulla stampa tutelerebbe la libertà di manifestazione del pensiero in Internet?* Sempre sul tema della sequestrabilità dei siti Internet

v. Trib. Padova 1 ottobre 2009, in questa *Rivista*, 2009, 768 con nota di I.P. CIMINO, *L'art. 21 della Costituzione ed i limiti al sequestro dei contenuti (multimediali) nelle pubblicazioni telematiche e nei prodotti editoriali*. Sul sequestro del sito « Pirate Bay » v. Trib. Bergamo 24 settembre 2008 (in questa *Rivista*, 2009, 258, con nota di G. CORRIAS LUCENTE, *Abnormità del sequestro preventivo consistente nel divieto di accesso ad un sito web*) e, dopo la sentenza Cass. 49437/0 (citata *infra* nt. 12), Trib. Bergamo 6 febbraio 2010 (pubblicata sul sito [www.slideshare.net](http://www.slideshare.net)). In precedenza v. Trib. Milano 15 aprile 2002, in questa *Rivista*, 2002, 568; Trib. Milano 28 maggio 2002, *ivi*, 2003, 556.

soprattutto più grandi: la domanda banale è come si qualifica Google? Come si qualifica Facebook? Come si qualifica e-Bay? La mancata risposta potrebbe anche risultare di scarso peso e disturbare solo l'appassionato di nomenclature, se non fosse per il fatto che il sistema delle comunicazioni elettroniche è, in Europa ma anche altrove, fortemente regolamentato, ma ciò di cui oggi discutiamo è fuori dal quadro. Dunque per un verso esso opera e prospera in un vuoto apparente; per altro verso è inevitabile che tale vuoto venga riempito dall'interventismo giudiziale. Qui il contributo della dottrina potrebbe essere utile per cercare di costruire i connotati astratti di questi soggetti, ma in ogni caso sarebbe necessaria una formalizzazione normativa, ancora lontana dal manifestarsi.

e) *La qualificazione delle attività svolte.*

---

Strettamente connesso al problema appena trattato è quello della qualificazione delle attività svolte. Il primo punto da sottolineare è che esse sono molteplici e con caratteristiche assai diverse fra loro. Per altro verso — come si dirà più diffusamente oltre — la loro classificazione all'interno delle tre figure tipizzate dalla Direttiva 31/00 (*mere conduit, caching, hosting*) si rende assai problematica se non addirittura inutile.

In particolare la questione che solleva maggiori dubbi è quando l'impresa metta a disposizione dell'utente « spazio » digitale e programmi di lavoro perché questo possa inserire propri contenuti i quali sono tuttavia fruibili, ed in effetti fruiti, da tutti gli utenti di quel servizio attraverso altri programmi di lavoro.

La etichetta generica dello « *user generated content* », al di là dell'ambiguità linguistica inglese, mette l'accento sul contenuto; ma non occorre essere dei neolatri per rendersi conto che sulla rete il « contenuto » è solo uno degli aspetti di un servizio che in effetti è « generato » soprattutto dall'impresa.

f) *La applicabilità di discipline generali in materia di tutela della reputazione, protezione dei dati personali e tutela della proprietà intellettuale.*

---

Si giunge così ad esaminare alcune delle aree nelle quali maggiore è l'intervento giurisprudenziale:

i. nonostante la dottrina quasi compatta rilevi la inapplicabilità — in base ai principi di legalità, finalità e specialità — della legge sulla stampa (L. 47/1948) alle comunicazioni sulla rete, cresce il numero di pronunce che sono di diverso avviso estendendo ad esse disposizioni varie, da quelle sulla stampa clandestina, sulla responsabilità del direttore, sull'aggravante per la diffama-

zione<sup>6</sup>. Le ragioni addotte sono tutto tranne che convincenti, ma il gius-realista (e, soprattutto, l'imputato) non può fare altro che prenderne atto. In questi casi, peraltro, non mancherebbero disposizioni di diritto comune sia penale che civile le quali consentirebbero di affermare la responsabilità dei supposti autori<sup>7</sup>. Peraltro tali decisioni appaiono, *ictu oculi*, *contra legem* avendo il legislatore — recependo un espresso obbligo comunitario contenuto nella Direttiva 31/00 — chiarito che nessun obbligo di registrazione può essere imposto ai prestatori di servizi on-line<sup>8</sup>.

ii. La protezione dei dati personali è il perno attorno al quale ruota la sentenza nel caso Google/ViviDown. Ma la troviamo invocata anche in altre controversie. Prescindendo dalle singole fattispecie ciò che colpisce è:

— l'ipertrofico sviluppo normativo in Italia (il Codice della Privacy consta quasi 200 articoli) che determina una ampiezza applicativa che collide direttamente con la scarna disciplina statunitense. Qui, è il caso di dire, assistiamo ad un « *clash of cultures* », nel quale i due modelli si pongono oggettivamente agli antipodi. Beninteso non si tratta di parteggiare per una soluzione o per quella opposta, quanto piuttosto di constatare che, se sono vere le considerazioni svolte nel paragrafo sulla giurisdizione, appare assai difficile che le imprese statunitensi possano sottrarsi all'applicazione della legge italiana, prescindendo del tutto dalle loro buone ragioni e dall'esistenza di strumenti internazionali (come il « *safe harbour principle* ») che dovrebbero esonerarle. Come nel caso dei dati dei passeggeri dei voli transatlantici<sup>9</sup>, è prevedibile dunque un non marginale contenzioso.

— Ma il problema di fondo è che il modello dei servizi offerti dai nuovi operatori sulla rete prescinde del tutto dalla tutela dei dati personali. Anzi, si basa sull'utilizzo dei dati degli utenti per finanziare il sistema<sup>10</sup>. Si parta dal fatto che tutti questi servizi sono offerti senza esborso monetario da parte dell'utente. Come in gran parte dei mercati a due versanti (due fra tutti, la televisione commerciale e la *free-press*) il servizio è pagato dagli inserzionisti pubblicitari. I dati degli utenti vengono elaborati al fine di poter offrire all'inserzionista un

<sup>6</sup> V. Trib. Aosta 26 maggio 2006, in questa *Rivista*, 2006, 366; Trib. Modica 8 maggio 2008 in questa *Rivista*, 2008, 815; Trib. Firenze 13 febbraio 2009, in questa *Rivista*, 2009, con nota di C. MELZI D'ÉRIL-G.E. VIGEVANI, *La responsabilità del direttore del periodico telematico, tra facili equiparazioni e specificità di Internet*, *ivi*, 2010, 91.

<sup>7</sup> Per un caso tipico v. Trib. Monza 2 marzo 2010 (in questa *Rivista*, 2010) relativo alla lesione della reputazione su una pagina di Facebook.

<sup>8</sup> Peraltro non mancano decisioni « neutrali » sul punto: v. Cass. pen. 25 luglio 2008, n. 31392, in questa *Rivista*,

2008, 808. V. ora, nel senso della inapplicabilità dell'art. 57 c.p. al periodico *on-line*, Cass. pen. 16 luglio 2010, Brambilla.

<sup>9</sup> Su cui v. la sentenza CGCE 30 maggio 2006 commentata da D. MAFFEI, « *Legislazione dell'emergenza* » e tutela dei dati personali dei passeggeri: il conflitto Europa-USA, in questa *Rivista*, 2006, 761. V. inoltre M. BOTTA-M. VIOLA DE AZEVEDO CUNHA, *La protezione dei dati personali nelle relazioni tra UE e USA, le negoziazioni sul trasferimento dei PNR*, in questa *Rivista* 2010, 315.

<sup>10</sup> V. M. VIGGIANO, « *Navigazione* » in *Internet e acquisizione occulta di dati personali*, in questa *Rivista*, 2007, 347.

insieme di destinatari che rispondano a taluni precisi profili di *marketing*. I dati non vengono ceduti ma devono essere rielaborati per renderli economicamente significativi. Il problema è essenzialmente quello della maggiore o minore consapevolezza dell'utente, ma pensare che tutti questi servizi siano offerti *gratis et amore dei* è appannaggio solo di chi crede in un babbo natale digitale. Per i meno ingenui dovrebbe essere chiaro che i dati personali sono una *commodity* — una delle principali *commodities* — che si scambia quotidianamente sulla rete. La maggior parte degli utenti trova questo normale e non trova nulla di male nello scambio *privacy* contro servizi.

— Si arriva qui ad un aspetto che appare toccare aspetti più sociologici, ma in realtà si interseca direttamente con quelli giuridici. A coloro i quali sono cresciuti con il ricordo dei totalitarismi del XX secolo, la riservatezza informatica è in primo luogo un baluardo della dignità della persona, della sua inviolabilità da parte di poteri pubblici o privati. Ma chi quelle vicende non ha vissuto neanche indirettamente, e la cui identità « virtuale » è ancor più rilevante di quella reale, i problemi posti dalla protezione dei dati personali appaiono delle ubbie del trapassato remoto. A poco serve ricordare che la sicurezza del futuro si prepara offrendo garanzie all'oggi. La saggezza che viene dall'esperienza appartiene al dover essere. Le generazioni che sono nate digitando una tastiera prima che tenendo in mano una penna, tengono in quasi nessuna considerazione i problemi di *privacy*, cui reagiscono con *nick-names* ed *avatars*. L'osservazione avrebbe un valore puramente sociologico se non fosse che le norme, per funzionare, hanno bisogno dell'adesione dei consociati. Ma se i soggetti asseritamente da proteggere tengono assai poco in considerazione le norme, e parteggiano più con i potenziali trasgressori che con i guardiani, è facile intuire che si viene a creare un classico corto circuito fra norma e sua effettività.

*iii.* La ricchezza della rete è data dai servizi che essa offre agli utenti. Ma dietro i servizi vi sono contenuti sotto forma delle più classiche opere dell'ingegno: libri, testi, musiche, filmati, fotografie. In parte, ed in maniera crescente, essi sono creati dagli utenti i quali decidono di dividerli. Ma nella maggior parte dei casi i diritti su di essi appartengono a terzi, i quali non hanno acconsentito ad una loro fruizione on-line.

Qui si assiste ad un tipico conflitto fra imprese appartenenti a « generazioni » diverse. Quelle più antiche accusano quelle nuove di condotte predatorie e di « *free-riding* ». Queste ultime si difendono invocando la naturale evoluzione delle tecniche ed il superamento di forme di fruizione legate alla materialità dei supporti. La testualità delle norme — ed in particolare quelle emergenti dalle Direttive 29/01 e 48/04 — milita a favore dei titolari dei diritti<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> V. G. MAZZIOTTI, *EU Digital Copyright Law and the End-User*, Springer

2008; N. LUCCHI, *Digital Media & Intellectual Property*, Springer, 2006; L. CHIMIEN-

Ma al tempo stesso non si può non constatare che in tutto il mondo occidentale vi è una considerevole resistenza — sociale prima ancora che giuridica — alla elefantiasi protezionistica delle privative industriali ed intellettuali. Per un verso gli utenti ritengono normale (*id est*: socialmente non riprovevole) fruire di contenuti gratuitamente. Per altro verso gli operatori sulla rete appaiono assicurare la gratuità e dunque la libertà. È chiaro che la contesa ha un fondamento tutto economico fra chi chiede che la fruizione dei propri contenuti venga remunerata, e chi invece dall'offerta di contenuti « gratuiti » trae vantaggi o sotto forma di maggiore traffico o di possibilità di inserimenti pubblicitari.

La giurisprudenza stenta ancora a trovare una linea univoca<sup>12</sup>. La distinzione appare fondarsi sul *quantum* di partecipazione dell'operatore nella messa a disposizione dei contenuti illecitamente riprodotti. D'altra parte la incertezza trova la sua ragione nel caricare sul giudice l'arbitrato fra interessi estremamente rilevanti. Un compito che fisiologicamente spetterebbe al legislatore<sup>13</sup>.

#### g) *L'evoluzione del diritto penale.*

Dall'insieme della giurisprudenza che si affastella nei settori prima indicati emerge un dato che non può lasciare il giurista indifferente. Molte delle decisioni sono emesse da giudici penali. Nella motivazione, in forma implicita, ma spesso esplicitamente, si coglie una forte tendenza verso l'estensione analogica delle norme penali. Beninteso questo processo, sicuramente contrario alla nostra secolare tradizione penalistica, non viene espresso *apertis verbis*. Piuttosto si individuano delle forme tecnicamente eleganti per estendere alla novità della rete disposizioni o concetti che si prestano ad una applicazione elastica: gli esempi più evidenti sono l'utilizzazione del secondo comma dell'art. 40 c.p. (« *Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impe-*

TI, *La nuova proprietà intellettuale nella società dell'informazione*, Giuffrè, 2005.

<sup>12</sup> V. nel senso della responsabilità del gestore dello spazio comunitario (nel caso You Tube) Trib. Roma 16 dicembre 2009 e Trib. Roma 11 febbraio 2010, in questa *Rivista*, 2010, con nota di L. GUIDOBALDI. Nonché Cass. 23 dicembre 2009, n. 49437, in questa *Rivista*, 2010, 437 con nota di F. MERLA. Nel senso della limitata responsabilità dell'operatore di rete v. Trib. Milano (SKY c. Telecom Italia) e Trib. Roma 15 aprile 2010 (Fapav c. Telecom Italia). Sulla responsabilità di chi consente l'accesso illecito a contenuti protetti v. Cass. pen. 10 ottobre 2006, 741 con nota di P. SAMMARCO, *I diritti televisivi su manifestazioni sportive:*

*natura giuridica e loro tutela da sfruttamento non autorizzato agevolato dalle tecnologie informatiche*. V. pure le contrapposte decisioni di merito Trib. Milano 14 febbraio 2006, *ivi*, 2006, 359 e Trib. Milano 3 giugno 2006, *ivi*, 2006, 744.

<sup>13</sup> La Corte di Giustizia dell'Unione Europea dopo una prima pilatesca decisione nel caso *Promusicae* (CGCE 29 gennaio 2008, in causa C-275/06) ha assunto una posizione molto più netta a favore dei titolari dei contenuti nell'ordinanza *LSG c. Tele 2* (CGCE 19 febbraio 2009, in causa C-557/07). Tuttavia, nonostante la natura di interpretazione autentica *erga omnes* della decisione, essa stenta a farsi applicare.

*dire, equivale a cagionarlo* »); ovvero il concorso colposo nel reato doloso (art. 113 c.p.); ovvero il dolo eventuale.

Le ragioni che spingono i giudici in questa direzione sono dupplici: la necessità di colmare dei vuoti di tutela; il rilievo degli interessi in gioco. Ma è chiaro che la crescita ipertrofica del concetto di « posizione di garanzia » finisce per trasformare qualsiasi illecito civile (il principio del *neminem laedere* esprime appunto una funzione di garanzia verso i terzi) in un illecito penale.

### 3. IL COMPITO DEL LEGISLATORE.

Va dunque esaminato il ruolo del legislatore in questo campo. Va subito detto che si tratta di un tessuto normativo di matrice quasi integralmente comunitaria, con conseguenti effetti di uniformazione regionale, ma correlati limiti di rigidità. Ora, non si può fare a meno di osservare che le principali disposizioni invocate — gli artt. 12/15 della Direttiva sul commercio elettronico — risalgono ad un decennio fa (31/00) e sono state modellate sul Digital Millennium Copyright Act statunitense del 1998.

La tipologia di soggetti era piuttosto semplice e fotografava la realtà dell'epoca: vi era un operatore sulla rete con compiti essenzialmente di veicolazione di contenuti e di servizi altrui (il *carrier*). La sua responsabilità non sorgeva per questa attività di mero trasporto (*mere conduit*). Essa emergeva quando il soggetto o produceva i contenuti, oppure li modificava, oppure sceglieva a chi fornirli. Il meccanismo rispondeva dunque ad un modello fondato sulla correlazione controllo/responsabilità. Ma la sequenza *mere conduit-caching-hosting* è ancora valida? Le attività che si svolgono sulla rete sono tutte incasellabili in questi stampi?

Le controversie più problematiche nascono da casi nei quali viene a crearsi una sinergia di ruoli fra operatori ed utenti. I primi ritengono di mettere a disposizione unicamente degli spazi digitali che vengono riempiti dagli utenti, cui si connettono altri utenti ancora. Un ruolo dunque meramente passivo, rinforzato dall'assenza di un obbligo di controllo sul come tali spazi digitali vengano utilizzati. Tale risposta non convince chi vede in tale attività una essenziale, e lucrativa, funzione di aggregazione di contenuti, in cui l'insieme vale decisamente più della somma delle sue singole parti.

Il legislatore comunitario era spinto dall'obiettivo di agevolare un settore in espansione e di non gravare eccessivamente gli operatori di internet con responsabilità e relativi *costs of accidents* che avrebbero scoraggiato le imprese dotate di minori capacità patrimoniali. È indubbio che tale scelta, pienamente condivisibile, ha consentito — episodio praticamente unico nell'economia capitalistica — l'affacciarsi di imprese spinte da investimenti minimi

che, in ragione di un'idea innovativa, sono riuscite a conquistare (o a dominare) il mercato di internet.

A distanza di dieci anni, le ragioni che avevano condotto alla direttiva sul commercio elettronico sono ancora condivisibili? È ancora possibile affidarsi completamente alle logiche del mercato ed a soluzioni efficienti sotto il profilo gius-economico oppure è giunto il momento di ripensare tali regole in ragione della necessità di tutelare più incisivamente diritti e libertà dei singoli?

Ancora una volta ritorna il problema del controllo dei singoli sui propri dati personali, ma non è l'unico nervo scoperto. Basti pensare alla necessità di garantire agli utenti il diritto all'oblio e di evitare una tracciabilità eterna<sup>14</sup>.

Anche l'anonimato resta un nodo irrisolto. Internet è uno strumento unico per assicurare la *public participation*; ma non può tradursi nel luogo del non-diritto, sganciato del tutto da obblighi e responsabilità.

Ad ogni modo, quali che siano le preferenze, di certo la classica tripartizione (*mere conduit-caching-hosting*) non appare più adeguata.

Ma ha senso che il legislatore inseguia le novità che si muoveranno sempre più rapidamente del *decision making process*? È possibile individuare alcuni principi suscettibili di adattarsi ai cambiamenti? Come possono essere stabiliti<sup>15</sup>?

#### 4. IL RUOLO DELLA DOTTRINA.

Qui interviene o dovrebbe intervenire il ruolo della dottrina. Una osservazione è d'obbligo. Per quanto si sia scritto sull'argomento — almeno un paio di dozzine di monografie e centinaia di articoli<sup>16</sup> — i risultati, a giudicare dalla giurisprudenza, appaiono modesti.

<sup>14</sup> V. G. FINOCCHIARO, *Il diritto all'anonimato*, Cedam, 2008.

<sup>15</sup> La Convenzione di Budapest, recepita con L. 18 marzo 2008, n. 48 (su cui v. il commento a cura di G. CORASANTI, G. CORRIAS LUCENTE, *Cybercrime, responsabilità degli enti e prova digitale*, Cedam 2009) non appare un modello cui ispirarsi.

<sup>16</sup> La mole non consente neanche un abbozzo di bibliografia: a caso *ex plurimis* v. C. ROSSELLO, *Commercio elettronico. La governance di Internet tra diritto statale, autodisciplina, software e lex mercatoria*, Giuffrè, 2006; C. ROSSELLO, G. FINOCCHIARO, E. TOSI (a cura di), *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale*, Giappichelli, 2006; HDD.

(a cura di), *Commercio elettronico*, Giappichelli, 2007; T. PASQUINO, *Servizi telematici e criteri di responsabilità*, Giuffrè, 2003; A. PALAZZO-U. RUFFOLO (a cura di), *La tutela del navigatore in Internet*, Giuffrè, 2002; G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli Internet providers*, Giappichelli, 2002; M. ATELLI (a cura di), *La disciplina del commercio elettronico e delle altre forme di contrattazione a distanza*, Giappichelli, 2001; V. FRANCESCHELLI (a cura di), *Commercio elettronico*, Giuffrè, 2001; S. SICA-P. STANZIONE (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civiliistiche*, Giuffrè, 2002. Da ultimo v. U. PAGALLO, *Sul principio di responsabilità giuridica in rete*, in questa *Rivista*, 2009, 705.

Le ragioni di ciò appaiono in parte sistemiche e legate alla giurisdizione diffusa. È davvero difficile pensare che la dottrina sia in grado di influenzare giudicanti così sparsi sul territorio e casualmente investiti di queste vicende: dal Tribunale di Modica a quello di Aosta, per prendere due esempi concreti.

Un secondo motivo è solo apparentemente paradossale: la dottrina non penetra non perché è rimasta silente, ma perché lo ha fatto fin troppo ma con gli strumenti inappropriati. Il giudice, al pari del giurista comune, ormai trae la maggior parte delle sue conoscenze da banche dati on-line oppure da ciò che si trova sulla rete. Le classiche monografie e gli articoli su riviste pur blasonate, nella misura in cui sono custodite nelle nostre belle e ricche biblioteche, rimangono inaccessibili a chi, pur desideroso di approfondire le questioni, non può concedersi il lusso di frequentarle. Con un ulteriore paradosso: se la dottrina vuole farsi conoscere dovrebbe imporre agli editori giuridici una licenza *creative commons*, rendere i propri libri accessibili su Google Books, creare un *forum* (quale miglior luogo per un giurista?) nel quale i vari contributi sono leggibili da tutti. È vero che non mancano siti che pubblicano contributi anche di pregio. Ma nel complesso anche il giurista specializzato in ICT rimane legato alla tradizione della carta.

Volendo tuttavia indicare alcuni principi che potrebbero formare oggetto di discussione questi sono:

a) la distinzione fra attività svolte con finalità di lucro e quelle prive di tale finalità. Il brocardo *ubi emolumentum ibi onus*, già presente nei lavori preparatori dell'art. 1384 del *Code Napoléon*, potrebbe svolgere un utile funzione. Laddove il servizio è pagato in tutto o in parte da terzi il regime di responsabilità dovrebbe caratterizzarsi secondo i consueti modelli di impresa. Laddove invece il servizio è effettivamente gratuito e non vi sono finanziamenti di terzi si può immaginare la attenuazione di responsabilità che si associa alla assenza di lucro;

b) la esigenza di identificabilità dei soggetti che operano sulla rete. La rete è davvero, ogni momento ed ovunque, uno straordinario strumento di libertà, sia individuale che collettiva. Ma occorre non dimenticare la straordinaria lezione che ci viene dalla patria dell'Internet. Non c'è, non ci può essere, libertà senza responsabilità. La rete può vivere — e si spera viva — con un minimo di regole. Ma se una regola deve esserci è quella della responsabilità o individuale o d'impresa. Se uno degli aspetti della libertà è quello di poter agire con una propria identità virtuale diversa da quella reale, deve, comunque essere possibile individuare que-

---

Per la dottrina penalistica si v. i numerosi contributi in L. PICOTTI (a cura di), *Il*

*diritto penale dell'informatica nell'epoca di Internet*, Cedam, 2004.

st'ultima quando ci si trovi di fronte alla violazione dei diritti altrui. L'anonimato nel commettere illeciti sulla rete — magari ammantato da un malinteso diritto alla *privacy* — equivale all'anonimato di chi lancia sassi dal cavalcavia di una autostrada o spacca la vetrina col volto coperto dal passamontagna. Nella catena delle relazioni che si creano sulla rete occorre che ci sia qualcuno depositario della identità di coloro che utilizzano i propri servizi; ed in assenza ne è responsabile;

c) se i principali operatori sulla rete — che non sono poi un numero sterminato — non provvedono ad introdurre meccanismi di *self-policing*, la rete diverrà sempre più un terreno di scontro fra tendenze interventistiche degli Stati ai quali non appare accettabile che vi sia una area così vasta sottratta a regolamentazione, e tendenze da « *lumpenwebsurfer* » il cui spirito è quello del « tutto libero, tutto gratis ».