

---

ALBERTO MUSSO

---

## LA PROPRIETÀ INTELLETTUALE NEL FUTURO DELLA RESPONSABILITÀ SULLA RETE: UN REGIME SPECIALE?

---

**SOMMARIO:** 1. Neutralità della rete e principio di responsabilità da controllo: un conflitto pressoché endemico. — 2. Il controllo preventivo: dovere o non dovere? — 3. Il dovere (o meno) di controllo e la conoscenza effettiva dell'illecito contraffattivo nell'ambito della proprietà intellettuale. — 4. Il filtraggio dei contenuti tra qualificante attività volontaria e paradossale aggravamento del regime di responsabilità. — 5. Il distinto regime della responsabilità per i fornitori « attivi » o « passivi » di servizi telematici.

### I. NEUTRALITÀ DELLA RETE E PRINCIPIO DI RESPONSABILITÀ DA CONTROLLO: UN CONFLITTO PRESSOCHÉ ENDEMICO.

---

La sentenza emessa in primo grado, nel caso « *Google/Vivi-Down* »<sup>1</sup>, rappresenta l'ennesimo stadio di un conflitto sostanzialmente endemico fra principi sulla responsabilità tradizionalmente elaborati — comprendenti sia l'elemento della condotta illecita, sia l'elemento psicologico — ed attività sempre più oggettivate, quando non addirittura svolte da intelligenze artificiali tramite modalità automatiche rispetto ad una valutazione cosciente dell'elemento umano: basti considerare, per esempio, l'analisi che la motivazione della sentenza accorda alla circostanza che le eventuali operazioni di controllo successivo o di filtraggio preventivo venissero effettuate — nella fattispecie — da sistemi automatici piuttosto che da impiegati addetti a tale compito<sup>2</sup>. Questo conflitto risulta per l'appunto endemico, qualora la responsabilità si debba in particolare fondare sulla « coscienza » o sulla « consapevolezza » (*scienter*) dell'atto illecito — come avviene necessariamente per la responsabilità penale o, di regola, per la responsabilità ri-

---

\* Il presente scritto riproduce la relazione al Convegno « *Il futuro della responsabilità sulla rete. Quali regole dopo la sentenza Google/Vividown* », organizzato dall'Università di Roma Tre e dalla Fondazione Calamandrei e svoltosi il 21 maggio 2010, con alcuni

aggiornamenti successivamente intervenuti.

<sup>1</sup> Trib. Milano, 12 aprile 2010, in questa *Rivista*, 2010, 474.

<sup>2</sup> Trib. Milano, 12 aprile 2010, cit., in motivazione, teste DOIG in proposito, 79 ss. del dattiloscritto.

sarcitoria in sede civile<sup>3</sup> — rispetto a flussi d'informazioni ormai enormi nella quantità e in rapidissima successione nelle modalità, quali sono in particolare le informazioni visive o sonore veicolate attraverso siti come *YouTube*. Non vi è dunque da meravigliarsi se, sul punto, si siano prospettate le tesi più diverse, dalla totale estraneità dei fornitori di servizi telematici (*internet service providers* o « ISP »), rispetto ai contenuti illeciti ivi veicolati<sup>4</sup>, ad una responsabilità diretta e quasi oggettiva per l'omissione dei controlli verso attività definite perfino « pericolose » ex art. 2050 c.c.<sup>5</sup>, a causa della loro facilità di effettuazione, diffusione universale e idoneità a violare i diritti di terzi non solo in materia di proprietà intellettuale, ma anche di onore, riservatezza, immagine, ecc.<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> V. per es. § 106 e 107 *UhrG.*, nell'ordinamento tedesco, sul necessario elemento soggettivo nelle condotte penalmente rilevanti in materia; anche per la responsabilità civile, la giurisprudenza nordamericana aveva tuttavia richiesto di regola la consapevolezza (« *scienter* ») in capo al *provider*, evitando gli automatismi di responsabilità sostanzialmente oggettive (cfr. già N.D. Ill., 1997, nel caso, « *Marobie-FL, Inc. v. National Association of Fire Equipment Distribs.* », 983 F. Supp. 1667, spec. 1178 ss.). In Italia v. Trib. Cuneo, 19 ottobre 1999, in *Annali it. dir. autore*, 2000, 809, per il quale l'*internet service provider*, che offra servizi di *hosting*, risulta corresponsabile per violazioni dei diritti d'autore nei siti ospitati sul proprio *server* soltanto quando ponga in essere una condotta attiva ovvero omissiva — causalmente correlata al danno ed ascrivibile quanto meno a titolo di colpa — come, per es., allorché il *service provider*, a conoscenza dell'illecito, cooperi con l'autore dell'immissione dei contenuti protetti per la realizzazione del sito.

<sup>4</sup> Come rileva anche la sentenza in esame, in motivazione, 95 del dattiloscritto, non è infatti accettabile la tesi di una « sconfinata prateria di *internet* », nella quale « tutto è permesso e niente può essere vietato, pena la scomunica mondiale del popolo del *web* » (cfr. LONGHINI, *Dura lex, sed lex: la legge è uguale per tutti... anche su Internet*, in *Dir. aut.*, 2010, 123 ss.). Sulla responsabilità civile dei fornitori di servizi telematici, fra i molteplici contributi, v. GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'internet service provider*, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, spec. 234 ss.; PLAZZA, *La responsabilità civile dell'internet provider*, in *Contr. e impresa*, 2004, 130 ss.; BOCCHINI, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico: contributo allo studio dell'illecito plurisoggettivo permanente*, Ed. Scientifiche Italia-

ne, Napoli, 2003; PIERUCCI, *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti della rete*, in *Riv. critica dir. privato*, 2003, 143 ss.; G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, Giappichelli, Torino, 2002; FRANZONI, *La responsabilità del provider*, in *Resp. comunicazione impresa*, 1997, 767 ss.; per la responsabilità penale, cfr. RESTA, *La responsabilità penale del provider: tra laissez faire ed obblighi di controllo* (nota a Trib. Milano, 18 marzo 2004), in *Giur. merito*, 2004, 1715 ss.

<sup>5</sup> Così NIVARRA, *Dolo, colpa e buona fede nel sistema delle sanzioni a tutela della proprietà intellettuale*, in *Annali it. dir. autore*, 2000, 334 ss.; ma, in materia di marchi, v. Trib. Napoli, 26 febbraio 2002, in *Arch. civ.*, 2002, 706, per cui, alla stregua delle regole generali sull'illecito, il *provider* risponde a fini risarcitori solamente se versa in dolo o in colpa.

<sup>6</sup> Per la casistica italiana, da ultime, cfr. BIXIO, *Social network e danno morale da diffamazione* (nota a Trib. Monza, 2 marzo 2010), in questa *Rivista*, 2010, 467 ss.; CUNEGATTI, *Danno all'immagine e responsabilità dell'internet service provider* (nota a Trib. Roma, 15 settembre 2007, e Trib. Milano, 16 luglio 2007), in *Dir. Internet*, 2008, 133; TRUCCO, *Pubblicazione d'immagini personali in rete e responsabilità del provider* (nota a Trib. Bari, 13 giugno 2006), *ivi*, 2006, 563 ss.; in Francia, v. App. Parigi, 10 febbraio 1999, in questa *Rivista*, 1999, 926, con nota di RICCIO, *La responsabilità del provider nell'esperienza francese: il caso Hallyday*, per il quale, rigorosamente, ogni *provider* — nell'offrire anche una mera ospitalità in siti creati e gestiti dallo stesso, ma in tal modo consentendo a chiunque di diffondere segni, scritti, immagini, suoni e messaggi, sotto qualsiasi denominazione o perfino anonimamente — eccede in *re ipsa* il ruolo tecnico di semplice trasmettitore e deve pertanto assumere

## 2. IL CONTROLLO PREVENTIVO: DOVERE O NON DOVERE?

È sintomatico che, a partire dall'avvento di *internet* quale sistema di comunicazione di massa, anche rispetto all'impossibilità giuridica di dedurre una diretta responsabilità per materiale contraffattivo o comunque illecito nelle ipotesi di meri *carriers* d'informazioni — equiparabili effettivamente ad un postino che rechi una lettera minatoria nell'esercizio delle sue funzioni — sia stata battuta per prima la via della responsabilità concorrente nell'illecito, così prospettandosi già nel diritto nordamericano sia ipotesi di un vero e proprio concorso per condotte agevolatrici della contraffazione (*contributory infringement*) sia fattispecie di responsabilità vicaria per omissione dei controlli dovuti in virtù della qualità professionale dell' esercente il servizio di comunicazione (*vicarious liability*), a volte dedotte pure congiuntamente nei confronti dei *service providers*<sup>7</sup>; ma anche nel diritto continentale europeo

verso i terzi le conseguenze giuridiche di eventuali illeciti commessi.

<sup>7</sup> Per l'imputazione d'entrambe le fattispecie ai gestori del sito « *Napster* », che aveva posto *directories* di musica protetta a disposizione degli utenti, v. per es. le decisioni nei casi « *Arista Records, LLC, v. Usenet.com, Inc.* », 633 F. Supp. 2d, 124, a 146 ss. (S.D.N.Y., 2009) e « *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.* », 239 F.3d 1004 (9<sup>th</sup> Cir., 2001). Responsabilità concorrente è stata riconosciuta dalla Corte Suprema U.S.A. nei confronti del gestore del sito « *Grokster* » per aver esso indotto attivamente gli utenti ad impiegare *software* al fine di violare materiali protetti da *copyright*: « *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc., v. Grokster, Ltd.* », 125 S. Ct. (2000), 2764, spec. 2780 sul punto. Natura più oggettiva per omesso controllo su di un soggetto, verso il quale si abbia un potere in questo senso per particolari relazioni anche economiche (*servant-master*, ecc.), caratterizza invece le fattispecie di *vicarious liability*, in particolare ove « *the right and ability to supervise coalesce with an obvious and direct financial interest in the exploitation of copyrighted materials* »: in questi termini, v. già la giurisprudenza nordamericana nel caso « *Shapiro, Bernstein & Co. v. H.L. Green Co.* », 316 F.2d 304, a 307 (2<sup>nd</sup> Cir., 1963), mentre recentemente — nel caso « *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.* » (9<sup>th</sup> Cir., 10 dicembre 2007, 508 F.3d 1146, spec. 1178 ss.) — il giudice ha contraddittoriamente affermato una corresponsabilità nella contraffazione delle immagini da parte degli utenti nei confronti del gestore di un motore di ricerca in

via di *contributory infringement*, avendo quest'ultimo omesso le misure disponibili per il controllo o per il filtraggio, ma respingendo un'imputazione di *vicarious liability* per l'impossibilità del convenuto di vagliare tutte le immagini, nonché relativi *hyperlinks*, non avendo egli « *the practical ability to police third-parties websites* ». Per una comparazione tra la giurisprudenza francese e nordamericana, v. FALLETTI, *La responsabilità dell'internet provider in diritto comparato per materiale pubblicato da terzi* (nota a Cal. Supreme Court, 20 novembre 2006, nel caso « *Barrett v. Rosenthal* » e a Trib. Gr. Inst., Parigi, 19 ottobre 2006, M.H.P. c. Google France S.a.r.l.), in *Dir. Internet*, 2007, 137 ss.: la prima sentenza ha ritenuto immune da responsabilità per la ripubblicazione di presunto materiale diffamatorio non soltanto il *provider*, ma anche l'utilizzatore che aveva ripreso le frasi in oggetto da altri siti internet, ai sensi della sec. 230 del *Communications Decency Act*, che prevede appunto — secondo l'unanime interpretazione della Corte Suprema ivi esposta — un'area di *safe harbor* per ogni *user of interactive computer services* che ripubblichi materiale oltraggioso senza *malice* o senza alcuna *conspiracy* con il *service provider* o con l'originario autore della diffamazione. Cfr. BARTHOLOMEW, *Copyright, Trademark and Secondary Liability after Grokster*, in *Colum. Journ. of Law & Arts*, 2009, 445 ss., e MENELL, *Indirect Copyright Liability and Technological Innovation*, *ibidem*, 375 ss.; YEN, *Third-Party Copyright Liability After Grokster*, in *Minn. Law Rev.*, 2006, 184 ss.

— come per es. nell'ordinamento germanico — la giurisprudenza aveva spesso desunto responsabilità per concorso nella contraffazione (*Störerhaftung*) dai principi generali in materia d'illecito<sup>8</sup>, a causa dell'omissione dei « necessari » controlli (*Prüfungspflicht*)<sup>9</sup>. In Italia, altresì, una rigorosa sentenza emessa dal Supremo Col-

<sup>8</sup> BGH, 15 gennaio 2009, in *GRUR*, 2009, 841; App. Amburgo, 31 gennaio 2007, in *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (Rechtsprechungsdienst)* [ZUM-RD], 2007, 569. Nello stesso caso « Cyber-sky » e con le medesime conclusioni, App. Amburgo, 8 febbraio 2006, *IIC*, 2006, 989, con nota di RÖSLER; per App. Francoforte, 1° luglio 2008, in *Computer und Recht* [CR], con nota di HORNUNG, la violazione del dovere di controllo preventivo non può tuttavia originare di per sé un'obbligazione al risarcimento dei danni, che devono essere dimostrati secondo i principi generali dell'illecito civile, incluso il presupposto del requisito psicologico. In quest'ultimo caso, peraltro, la responsabilità in esame si riferiva all'utente ovvero al gestore che aveva consentito l'accesso a terzi non autorizzati, non adottando le opportune misure di protezione. Per una corresponsabilità dell'utilizzatore in caso di accesso abusivo da parte di terzi ad una rete *wireless* non adeguatamente protetta, cfr. invece App. Düsseldorf, 27 dicembre 2007, in *ZUM-RD*, 2008, 170; per corresponsabilità dell'utente in violazione di proprietà intellettuale da parte di terzi qualificati (impiegati o parenti), cfr. inoltre Trib. Monaco, 19 giugno 2008, in *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* [ZUM-RD], 2008, 805, che ha riconosciuto i presupposti di *Störerhaftung* per gli omessi controlli all'accesso abusivo da parte di coabitanti e familiari, soprattutto se minorenni) o Trib. Monaco, 4 ottobre 2007, *ibidem*, 157, che ha negato sia il potere-dovere di controllo sia la conseguente responsabilità del datore di lavoro per l'indebito uso privato della postazione informatica da parte di dipendenti, mentre assenza di (cor)responsabilità dei genitori per abusivo *download* è stata riconosciuta da App. Francoforte, 20 dicembre 2007, in *ZUM*, 2008, 231, e Trib. Mannheim, 30 gennaio 2007, in *CR*, 2007, 394, rispettivamente per figli minori, in precedenza avvertiti dell'illegalità di tali atti, o per figli ancora minorenni, ma già consapevoli di commettere illeciti. La giurisprudenza tedesca tende a dedurre tale responsabilità da clausole generali (§§ 823 e 1004 BGB: GERCKE, *Die Bedeutung der Störerhaftung im Kampf gegen Urheberrechtverletzungen*, in *ZUM*, 2006, 593 ss.), mentre, in Ita-

lia, occorrerebbe verificare quanto gli artt. 2048 e 2049 c.c. sul piano civile ovvero gli artt. 171 ss. della l. n. 633/1941 e succ. mod., sul piano penale, siano applicabili direttamente a questa fattispecie, soprattutto in caso di figli minori, parenti o dipendenti. In Svezia, nel caso « Tommy Olsson », in *Nytt Juridiskt Arkiv*, I, 2000, 292, sulla base della legislazione ivi vigente, la Corte Suprema ha per es. negato una responsabilità penale per *downloading* dei fonogrammi commerciali — riconoscendo unicamente un diritto a compenso monetario in capo ai produttori fonografici lesi — qualora non fossero stati coinvolti diritti d'autore in senso stretto, esonerando altresì da corresponsabilità anche il portale tramite il quale lo scaricamento e i relativi *hyperlinks* venivano effettuati (v. ROSÉN, *Server Copyright Liability. Notes on the Swedish Act on Liability for Intermediaries and Two Recent Decisions of the Swedish Supreme Court*, in *Scandinavian Studies in Law. Intellectual Property*, vol. 42, 2002, 147 ss.). Negli Stati Uniti, un'apposita esenzione normativa salvaguarda gli enti di istruzione inferiore e superiore — incluse le Università — per le contraffazioni commesse all'interno dei propri siti dai docenti o da altri dipendenti: 17, U.S.C., § 512(e). In Francia, l'art. 11 della legge « Hadopi » (sulla quale v. *infra*, testo e nota n. 49), ha introdotto *ex novo*, nel *code de la propriété intellectuelle*, fra gli altri, l'art. L.336-3, il quale, al 1° *alinea*, stabilisce ora espressamente che « la *personne titulaire de l'accès à des services de communication au public en ligne a l'obligation de veiller à ce que cet accès ne fasse pas l'objet d'une utilisation à des fins de reproduction, de représentation, de mise à disposition ou de communication au public d'uvres ou d'objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin sans l'autorisation des titulaires des droits prévus aux livres Ier et II lorsqu'elle est requise* », precisando che « le *manquement de la personne titulaire de l'accès à l'obligation définie au premier alinéa n'a pas pour effet d'engager la responsabilité pénale de l'intéressé* » (2° *alinea*).

<sup>9</sup> Sul punto, v. SPINDLER e LEISTNER, *Secondary Copyright Infringement. New Perspectives in Germany and Europe*, in *IIC*, 2006, 788 ss.; HOFFMANN, *Zivilrechtli-*

legio in materia di servizi radiotelevisivi<sup>10</sup> aveva confermato la condanna di un'emittente, in concorso nella contraffazione di *copyright*, per non avere essa controllato che pure sui brevi brani musicali, sincronizzati negli *spots* pubblicitari degli inserzionisti, fosse stato ottenuto il consenso per l'uso dal legittimo titolare: dovere che sembra francamente esulare da ogni possibile diligenza tecnica ed esigibilità giuridica — al di là dell'impegno richiesto dall'emittente a tutti gli inserzionisti di non trasmettere contenuti illeciti, anche sotto questo profilo, nelle proprie condizioni generali di contratto con gli inserzionisti stessi<sup>11</sup> — e che in effetti, correttamente, anche la sentenza nel caso « *Google/ViviDown* » risulterebbe escludere in quanto « non esiste, a parere di chi scrive, per lo meno fino ad oggi, un obbligo di legge codificato che im-

che *Haftung im Internet*, in *MultiMedia und Recht* [MMR], 2002, 284 ss.

<sup>10</sup> Sotto il profilo della pretesa (ma tendenzialmente inesigibile) *culpa in vigilando*, cfr. infatti Cass., 29 maggio 2003, n. 8597, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2660, per la quale — posto che la sincronizzazione non autorizzata di un brano musicale per la realizzazione di uno *spot* comporta una lesione dei diritti di utilizzazione esclusiva dell'opera dell'ingegno — risponde dell'illecito contraffattivo sia la concessionaria della pubblicità, sia l'emittente televisiva che ha trasmesso lo *spot* senza avere verificato che tutti i brani o altre opere, ivi riprodotti, fossero stati debitamente autorizzati. Ma si consideri altresì l'endemica difficoltà nell'accertare la legittima *chain of titles* di opere cinematografiche o audiovisive per la mancanza di formalità costitutive o traslative dei molteplici diritti di utilizzazione, la quale, tuttavia, non esime dalla responsabilità per il mancato accertamento della titolarità in capo ai distinti *successors-in-title*, con la diligenza professionale esigibile, da parte dell'ultimo utilizzatore: v. Cass. 5 marzo 2010, n. 5359, in *Mass. Foro it.*, 2010, 230; Cass., 13 febbraio 1989, n. 868, in *Rep. Foro it.*, 1989, *Diritti d'autore*, n. 76.

<sup>11</sup> In senso critico, v. correttamente LONGHINI e GHIGNA, *La violazione dei diritti di sfruttamento dell'opera musicale negli spot pubblicitari con particolare riferimento alla responsabilità dell'emittente televisiva e della concessionaria di pubblicità*, in *Dir. aut.*, 2002, 23 ss.; sul punto — anche per l'ulteriore casistica circa la responsabilità dell'intermediario *on* e *off line* per omissione dei (dovuti?) controlli con la diligenza esigibile nelle singole fattispecie — v. MUSSO, *Opere dell'ingegno letterarie e artistiche*, in *Comm. Cod. Civ. Scialoja-*

*Branca*, a cura di GALGANO, Zanichelli - Foro Italiano, Bologna-Roma, 2008, 271 ss., con più ampi riferimenti. In particolare — analogamente ad un'inesigibilità dei doveri di controllo in capo ai fornitori dei servizi di *mere conduit*, *hosting* e *caching*, espressamente contemplata dalla disciplina sul commercio elettronico, ovvero, *off line*, in capo ad edicolanti o librai, per le pubblicazioni a stampa da essi vendute (l. 17 luglio 1975, n. 355, in relazione alla responsabilità anche penale altrimenti derivante ai sensi degli artt. 14 e 15 della l. 8 febbraio 1948, n. 47, nonché *ex artt.* 528 e 725 c.p.) — v., sul piano della proprietà intellettuale, Cass., 7 aprile 1999, n. 3353, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2322, assai più « morbida » nella valutazione della colpevolezza dei distributori, sui quali non può gravare un obbligo di verifica per tutto il materiale offerto in vendita in una libreria, mentre, per la pretesa illegittimità costituzionale della l. n. 355/1975 da parte di Pret. Palermo, 6 marzo 1976 (r.o. n. 360) — non sussistendo per l'ordinanza di rinvio alcuna « difficoltà di ordine intellettuale riguardo alla possibilità e al dovere degli edicolanti di esaminare e valutare la merce » — v. Corte Cost., 20 dicembre 1982, n. 241, in *Dir. autore*, 1983, 203, che ha peraltro dichiarato l'inammissibilità della questione per motivi procedurali. Anche in Germania, Trib. Berlino, 14 novembre 2008, in *ZUM*, 2009, 163, ha considerato insussistente la responsabilità di un venditore di libri *on line* per la contraffazione operata dagli autori dei volumi pubblicizzati e offerti in vendita. Per la dottrina cfr. SPONZILLI, *L'elemento soggettivo nella violazione del diritto d'autore e la ripartizione della responsabilità risarcitoria fra i concorrenti nell'illecito*, nota ad App. Torino, 13 gennaio 2006, in *Dir. autore*, 2007, 217 ss.

ponga agli ISP un controllo preventivo della innumerevole serie di dati che passano ogni secondo nelle maglie dei gestori o proprietari dei siti *web*, e non appare possibile ricavarlo *aliunde* superando d'un balzo il divieto di analogia *in malam partem*, cardine interpretativo della nostra cultura procedimentale penale»<sup>12</sup>. In effetti — pur qualificandosi *Google Italy* come *hoster* « attivo », ma nel senso che esso avrebbe maggiori capacità di riconoscere eventuali reati commessi dagli *uploaders* — la sentenza dichiara espressamente che « non può essere imposto (perché irrealizzabile) allo stesso un obbligo generale e specifico di controllo su tutti i dati sensibili caricati (obbligo impossibile, se non altro, perché si imporrebbe ad un terzo la preventiva conoscenza di tutti i dati personali e particolari di tutte le persone che in ogni momento « transitanò sul *web* »). Nonostante il clamore e le interpretazioni troppo spesso generiche che se ne sono fatte sulla stampa quotidiana<sup>13</sup>, è significativo ribadire come la sentenza menzionata non abbia quindi condannato *Google* per aver omesso possibili controlli sui contenuti apposti, ma per non aver evidenziato sufficientemente nelle proprie condizioni generali di contratto con gli utenti — ritenuti soggetti evidentemente più « a rischio » degli inserzionisti professionali — la proibizione d'immettere contenuti illeciti e, in particolare, in violazione del diritto di *privacy*: siffatta disciplina viene infatti considerata « speciale » dalla sentenza, rispetto a violazioni della proprietà intellettuale o, comunque, della disciplina generale di cui agli artt. 14 ss. del D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 70 — in attuazione degli artt. 12 ss. della direttiva n. 2000/31/CE sul commercio elettronico<sup>14</sup> — in quanto la memorizzazione e il trasporto dei dati personali costituirebbe in ogni caso un trattamento degli stessi, trasformando così il fornitore del servizio, per l'appunto, sempre in un *hoster* « attivo », in quest'ambito, anche nei casi di esenzione previsti dalle norme da ultime richiamate per i fornitori più « passivi »<sup>15</sup> sul piano generale. Occorre d'al-

<sup>12</sup> Trib. Milano, 12 aprile 2010, cit., 95 del dattiloscritto.

<sup>13</sup> V. per es. LONGO, *L'ardua sentenza su Google*, 15 aprile 2010, all'URL: [www.ilsole24ore.com/art/tecnologie/2010-05-18/lardua-sentenza-google-162800.shtml?uuid=AY79iHqB&fromSearch](http://www.ilsole24ore.com/art/tecnologie/2010-05-18/lardua-sentenza-google-162800.shtml?uuid=AY79iHqB&fromSearch).

<sup>14</sup> Sul punto — da ultima — v. l'ampia rassegna di SICA e ZENO-ZENCOVICH, *Legislazione, giurisprudenza e dottrina nel diritto dell'internet*, in questa *Rivista*, 2010, 377 ss.; per la giurisprudenza italiana, in particolare, cfr. già Trib. Velletri, 20 maggio 2000, in *Annali it. dir. autore*, 2000, 991, per cui l'ISP che, dietro pagamento di un canone di abbonamento, si limita a fornire ad un *content provider* l'ac-

cesso alla rete telematica e lo spazio per la pubblicazione dei suoi contenuti attraverso un *personal computer* del *content provider*, nonché tramite una serie di parole-chiave fornite dall'ISP stesso — specialmente in una situazione nella quale il contenuto del sito possa essere costantemente modificato ed aggiornato dal *content provider* — non può essere considerato corresponsabile per tutti gli illeciti commessi attraverso siffatto sito *web*.

<sup>15</sup> Ciò che peraltro non esclude, sempre secondo la sentenza in esame, che *Google Italy* possa esser ritenuta responsabile anche ai sensi degli artt. 14 ss., cit., ma solo « nel momento in cui si provi la consapevolezza del fatto delittuoso, al di là della

tronde ribadire come sia l'art. 2, § 3, lett. a) della direttiva n. 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, sia l'art. 156-bis della l. n. 633/1941 sulla protezione dei diritti d'autore e connessi, mantengano espressamente ferme le suddette norme circa l'esenzione da responsabilità del fornitore di servizi, confermandone pertanto la generale operatività, quanto meno nell'ambito dei diritti d'autore, nonché dell'intera materia della proprietà industriale ed intellettuale.

### 3. IL DOVERE (O MENO) DI CONTROLLO E LA CONOSCENZA EFFETTIVA DELL'ILLECITO CONTRAFFATTIVO NELL'AMBITO DELLA PROPRIETÀ INTELLETTUALE.

Se nel caso « *Google/ViviDown* » la condanna concerneva la specialità del diritto alla riservatezza, occorre chiedersi se le ulteriori conclusioni alle quali è pervenuta la sentenza siano applicabili anche alla materia della proprietà intellettuale e, in particolare, alle violazioni del diritto d'autore, che, in *internet*, vengono inevitabilmente perpetrate mediante servizi della società dell'informazione: come si è infatti osservato, la decisione in esame ha fondato la condanna dei tre responsabili della società in causa unicamente sulla mancata evidenziazione dell'obbligo di rispetto della normativa in materia di *privacy* — limitandosi essi ad inserirlo quale sorta di « clausola di stile » tra le molteplici condizioni generali del servizio — escludendo invece l'applicabilità dei medesimi criteri elaborati in materia di proprietà intellettuale, per la quale il concorso nella contraffazione viene di norma ricondotto alla disciplina generale della responsabilità dei prestatori di servizi nella società dell'informazione, ex artt. 14-17 del D.Lgs. n. 70/2003, come è stato ribadito anche dal Supremo Collegio in materia di diritto d'autore<sup>16</sup> e, per le corrispondenti norme europee, dalla Corte di Giustizia in tema di segni distintivi<sup>17</sup>. In effetti è soprattutto in materia di pro-

esistenza di posizioni di garanzia non mutuabili da altri settori dell'ordinamento »: così a 105 del dattiloscritto.

<sup>16</sup> Cass., 23 dicembre 2009, n. 49437 (caso « *Pirate Bay* »), in questa *Rivista*, 2010, 437, con nota di MERLA. Sul precedente stato dell'arte in ambito civilistico, v. SPEDICATO, *La responsabilità extracontrattuale del provider per violazioni del diritto d'autore*, in *Cyberspazio e dir.*, 2003, 95 ss.; Id., *Postille in tema di responsabilità extracontrattuale del provider alla luce del recente d.legisl. n. 70/2003*, *ivi*, 2003, 155 ss.

<sup>17</sup> Corte Giust. CE, 23 marzo 2010, C-236/08 C-237/08 e C-238/08 (caso « *Google AdWords* »), in questa *Rivista*, 2010, 707

con nota di SPEDICATO. Anche in materia di diritto d'autore, appare pertanto *contra legem* l'orientamento inverso di una parte delle giurisprudenze nazionali, tendenti a dichiarare sempre e comunque una corresponsabilità anche risarcitoria di *passive service providers*, non ritenendo applicabili in materia le norme della direttiva sul commercio elettronico: v., per es., App. Monaco, 8 marzo 2001, in *Eur. Copyright and Design Rep.*, 2001, 375, nel caso « *Hit-Bit c. AOL* », così tuttavia « *sidestepping the exemption from liability under German media law* », come commenta criticamente DIETZ, *Germany*, in GELLER (a cura di), *International Copyright Law and Practice*,

prietà intellettuale che il conflitto « endemico » tra il rispetto dei diritti di esclusiva e la « libera » diffusione *on-line* di creazioni o marchi protetti, da parte di terzi, appare aver originato il *leading case* sulla responsabilità di *service provider*: come nel caso « *Playboy/Tattilo* » la giurisprudenza nordamericana — inevitabilmente raggiunta per prima da tali controversie<sup>18</sup> — elaborò la distinzione successivamente affermatasi tra mera visualizzazione e *active inducement* all'acquisto dei prodotti contrassegnati in un « *targeted market* » per fondare sia la competenza giurisdizionale sia l'applicazione della legge nazionale sulla confusione tra segni distintivi, così nel caso « *Scientology* » venne effettuata la prima distinzione tra *service providers* « passivi » ed « attivi » al fine di escludere, in capo ai primi, un inesigibile obbligo di controllo sulla liceità delle informazioni veicolate e, così, escludendone anche la responsabilità concorrente o vicaria<sup>19</sup>. Questa prima impostazione è stata poi più analiticamente codificata alla *sec. 512(a)-(d)*, 17,

Bender-Lexis Nexis, Newark (NJ), 21<sup>a</sup> ed., 2009, 114, testo e nota n. 76, chiedendosi « *quaere how to reconcile such holdings with those (...) excusing liability in comparable situations* ». In Italia, sull'applicazione delle norme in tema di commercio elettronico alla violazione dei segni distintivi, v. DE CATA, *Contraffazione di marchio a mezzo di registrazione di nome a dominio e responsabilità del provider* (nota a Trib. Napoli, 18 febbraio 2004), in *Riv. dir. ind.*, 2005, II, 95 ss.; SAMMARCO, *Illeciti contraffattori: responsabilità del provider, rischio di impresa e ruolo della registration authority* (nota a Trib. Napoli, 26 febbraio 2002), in questa *Rivista*, 2002, 1050 ss.

<sup>18</sup> Cfr. S.D.N.Y., 19 giugno 1996, *Playboy Enterprises, Inc. v. Chuckleberry Publishing, Inc.*, et al., in *Eur. int. prop. rev.*, 1996, D-334, che ha sanzionato la violazione del marchio « *Playboy* », negli Stati Uniti, da parte della casa editrice italiana Tattilo s.p.a., la quale aveva istituito in Italia un sito per pubblicizzare la propria rivista concorrente « *Playmen* », sia in edizione cartacea, sia in edizione *on line*. Il Justice Sheindlin — dopo avere accertato che « *although portion of the text is written in Italian, enough sections appear in English to allow an English-speaking user to navigate the site with ease* », essendosi previsti abbonamenti con il prezzo espresso sia in lire sia in dollari — aveva concluso: « *[d]efendant has actively solicited United States customers to its Internet site, and in doing so has distributed its product within the United States* ». La fattispecie in esame era esemplare, in quanto nel paese

di origine del sito (l'Italia) era già intervenuta una sentenza definitiva, la quale aveva legittimato l'impiego del marchio « *Playmen* » per la rivista in questione: la Corte di Cassazione italiana (sent. 28 aprile 1977, n. 1604, in *Riv. dir. ind.*, 1978, II, 209, con nota di R. FRANCESCHELLI, *Il caso Playboy*) aveva infatti negato la contraffazione nei confronti del marchio « *Playboy* », considerato debole in quanto descrittivo del contenuto del prodotto editoriale. Al contrario, negli Stati Uniti — anche a causa della rinomanza ottenuta con l'uso dal 1953 e del conseguente *secondary meaning* — il marchio « *Playboy* » era stato tutelato dalla giurisprudenza tramite un'inibitoria emessa il 26 giugno 1981, nei confronti della stessa Editrice Tattilo, alla quale era stato vietato, in via definitiva, l'uso del marchio « *Playmen* » per contrassegnare riviste o prodotti affini in lingua inglese, da pubblicare, offrire in vendita, distribuire, importare o esportare negli Stati Uniti d'America. Sul punto, v. per tutti GELLER, *International Intellectual Property, Conflicts of Laws and Internet Remedies*, in *Journ. Intell. Property Rights*, Vol. 10, 2005, 133 ss.

<sup>19</sup> V. il caso « *Religious Technology Center v. Netcom On-line Communication Services, Inc.* », 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995); viceversa, nel caso « *Sega Enters Ltd. v. Maphia* », 948 F Supp. 923 (N.D. Cal. 1996), il gestore del sito era stato considerato colpevole per *willful contributory infringement*, a causa della consapevole partecipazione nelle attività di *downloading* e *uploading* relative a materiali contraffatti.

U.S.C., che prevede una espressa esenzione per il *passive carrier* o per altri *providers* assimilabili<sup>20</sup>, i quali non effettuano attività incidenti sui contenuti (come *system caching* o *user postings*), nonché per eventuali presenze di *links*, *directories* o altri sistemi di accesso a materiali contraffatti di siti terzi, in cui, per le medesime ragioni tecniche e giuridiche, il fornitore del servizio, da un lato, non abbia consapevolezza dell'illecito e, dall'altro, abbia comunque adottato un'appropriata procedura di reclamo e di tutela tramite « *notice and take-down* »<sup>21</sup>. Questo *safe harbor* non esenta tuttavia i fornitori dalle sanzioni reali, quale — in particolare — l'inibitoria giudiziaria<sup>22</sup>; d'altro canto, la sec. 512(f) consente al

<sup>20</sup> Entrato in vigore il 28 ottobre 1998.

<sup>21</sup> Un'analogia disciplina normativa è stata introdotta dalla legge giapponese n. 137/2001 (*an Act to Limit the Liability for Damages of Specified Telecommunication Service Providers and to Require Disclosure of Transmitters' Information*, o, più brevemente « *ISP Liability Limitation Act* »), entrata in vigore il 27 maggio 2002, che « limita » la responsabilità anche risarcitoria nei confronti di parti lese nei propri diritti di proprietà intellettuale, *privacy* e onore, alla circostanza in cui il fornitore di servizi sia ragionevolmente a conoscenza dell'illecito e tecnicamente in grado di sospenderne la diffusione.

<sup>22</sup> 17, U.S.C., Sec. 17(J), ai sensi della quale « *the following rules shall apply in the case of any application for an injunction under section 502 against a service provider that is not subject to monetary remedies under this section: (1) Scope of relief. — (A) With respect to conduct other than that which qualifies for the limitation on remedies set forth in subsection a), the court may grant injunctive relief with respect to a service provider only in one or more of the following forms: i) an order restraining the service provider from providing access to infringing material or activity residing at a particular online site on the provider's system or network; ii) an order restraining the service provider from providing access to a subscriber or account holder of the service provider's system or network who is engaging in infringing activity and is identified in the order, by terminating the accounts of the subscriber or account holder that are specified in the order; iii) such other injunctive relief as the court may consider necessary to prevent or restrain infringement of copyrighted material specified in the order of the court at a particular online location, if such relief is the least burdensome to the service provider among the forms of re-*

*lief comparably effective for that purpose.*

— (B) *If the service provider qualifies for the limitation on remedies described in subsection a), the court may only grant injunctive relief in one or both of the following forms: i) an order restraining the service provider from providing access to a subscriber or account holder of the service provider's system or network who is using the provider's service to engage in infringing activity and is identified in the order, by terminating the accounts of the subscriber or account holder that are specified in the order; ii) an order restraining the service provider from providing access, by taking reasonable steps specified in the order to block access, to a specific, identified, online location outside the United States. (2) Considerations. — The court, in considering the relevant criteria for injunctive relief under applicable law, shall consider: (A) whether such an injunction, either alone or in combination with other such injunctions issued against the same service provider under this subsection, would significantly burden either the provider or the operation of the provider's system or network; (B) the magnitude of the harm likely to be suffered by the copyright owner in the digital network environment if steps are not taken to prevent or restrain the infringement; (C) whether implementation of such an injunction would be technically feasible and effective, and would not interfere with access to noninfringing material at other online locations; and (D) whether other less burdensome and comparably effective means of preventing or restraining access to the infringing material are available. (3) Notice and ex parte orders. — Injunctive relief under this subsection shall be available only after notice to the service provider and an opportunity for the service provider to appear are provided, except for orders ensuring the preservation of evidence or other orders ha-*

giudice di condannare il titolare dei diritti d'autore o di diritti connessi per danni — inclusi i costi procedurali e le spese legali — se costui induca consapevolmente il fornitore del servizio ad inibire attività altrui, presentandole falsamente come illecite<sup>23</sup>. Appare infatti evidente come — nell'ottica di un bilanciamento degli interessi — una mera diffida, da parte dell'eventuale titolare dei diritti nei confronti del fornitore per la rimozione del (presunto) materiale contraffattivo, possa essere a sua volta arbitraria, ledendo così, viceversa, il diritto della controparte a diffondere propri (leciti) materiali. Si è già infatti rilevato che la liceità di opere dell'ingegno di ogni tipo, in *internet*, sia spesso non soltanto di difficile tracciabilità rispetto ad un'origine legittima o meno, ma anche assoggettabile a difficoltose valutazioni giuridiche e perfino all'accertamento di accordi contrattuali « a monte » che il singolo *service provider* certamente non può conoscere<sup>24</sup>. Risulta pertanto coerente a siffatto bilanciamento che anche la disciplina nazionale di cui ai già menzionati artt. 14-17 del D.Lgs. n. 70/2003, dopo avere esentato i fornitori dei servizi sostanzialmente passivi — ossia operanti in attività di *mere conduit*, *hosting* o *caching*, in attuazione degli artt. 12 ss. della direttiva n. 2000/31/CE<sup>25</sup>, analogamente alla disciplina nordamericana — abbia tuttavia loro imposto l'obbligo della rimozione tempestiva dei materiali illeciti unicamente previo ordine di una « autorità competente »<sup>26</sup>, così evitandosi anche in Europa, da un lato, l'impotenza dei titolari di fronte

*ving no material adverse effect on the operation of the service provider's communications network* ».

<sup>23</sup> Sul punto cfr. C.D. Cal., 22 agosto 2005, CV 04-9253-RGK (PLAx), nel caso « Marvel Entert., Inc. v. NCSoft Corp. », dov'è stata giudicata falsa la presentazione dei fatti nella diffida alla rimozione di personaggi a fumetti, impiegati per un gioco *on line*, senza precisarsi che essi erano stati creati a tal fine dalla ricorrente stessa per gli utenti; C.D. Cal., 2003, 298 F. Supp. 2d 914, nel caso « Hendrickson v. Amazon.com, Inc. », che ha ritenuto inadeguata la diffida notificata nove mesi prima dell'apposizione di materiale illecito da parte del presunto contraffattore; C.D. Cal., 2001, 165 F. Supp. 2d., 1082, nel caso « Hendrickson v. eBay » (rigetto della richiesta inibitoria in sede di *summary judgment* per « improprietà » della diffida notificata).

<sup>24</sup> Cfr. BGH, 15 ottobre 1998, in *Archiv für Presserecht*, 1998, 624 (caso « *Möbelklassiker* »), sulla tendenziale mancanza della corresponsabilità di un editore per la pubblicità di mobili disegnati da Le Corbusier, per i quali non era chiara, né

in fatto, né in diritto, la loro protezione mediante diritto d'autore; nello stesso senso, v. App. Francoforte, 29 novembre 2005, *ivi*, 2006, 177.

<sup>25</sup> Sull'esclusione di corresponsabilità nei confronti di *cache providers* per siti attraverso il quale vengano offerti servizi di accesso e *download* a materiali contraffattivi — in ottemperanza ai corrispondenti §§ 7-10 *Telemediengesetz* — v. App. Düsseldorf, 15 gennaio 2008, *ZUM*, 2008, 332.

<sup>26</sup> Anche oltralpe — per Trib. Gr. Inst., Parigi, 19 ottobre 2006, in *Dir. Internet*, 2007, 140, nel caso « M.H.P. c. Google France s.a.r.l. », l'*hosting provider* non è responsabile del contenuto del sito di terzi da questi ospitati, ma è obbligato a cancellare i dati archiviati (o a renderne impossibile l'accesso) dal momento in cui abbia conoscenza del loro carattere manifestamente illecito ovvero nei casi in cui ciò gli venga ordinato dall'autorità giudiziaria. Nello stesso senso, Trib. Gr. Inst., Parigi, 15 aprile 2008, in *R.I.D.A.*, 2008, n. 216, 506 (caso « *Dailymotion* ») e Trib. comm., Parigi, 20 febbraio 2008, in *Comm. comm. élect.*, 2008, n. 54 (caso « *Google Video* »).

alla diffusione di materiali abusivi, ma, dall'altro, che la diffida unilaterale, pure da parte di un legittimo *rightholder*, possa già di per sé obbligare il fornitore del servizio a rimuovere altrettanto unilateralmente il preteso contenuto illecito, a meno che, nella diffida, l'illiceità non sia talmente evidente *de facto* o motivata *de jure*, da precostituire anche per il fornitore del servizio una difesa di *fumus boni juris* di fronte a possibili rimozioni rivelatesi successivamente infondate<sup>27</sup>. A fronte di eventuali richieste di rimozione immediata e in assenza di obblighi analoghi all'editore<sup>28</sup>, potrà valutarsi altresì l'adeguatezza della procedura adottata volontariamente dal fornitore di servizi per queste controversie — come la disciplina nordamericana impone invece necessariamente<sup>29</sup> — e, in particolare, la sua efficienza, inclusa la facoltà di contraddire in favore del soggetto i cui materiali dovrebbero o potrebbero venire oscurati per effetto della diffida: ciò si potrebbe desumere non solo dal generale onere di cooperazione del debitore con il creditore ancorché apparente *ex art. 1227 c.c.*, ma come aspetto dell'ulteriore potere — e non dovere — dell'ISP di denunciare *sua sponte* materiali illeciti o che tali (manifestamente?) appaiano, stabilito altrettanto fermamente tanto nella disciplina europea, quanto nella legislazione nordamericana, anche per il fornitore passivo<sup>30</sup>. Tuttavia, sia in Europa sia negli Stati Uniti d'America,

<sup>27</sup> Negli Stati Uniti d'America, si è affermato con chiarezza che i reclami, da parte degli aventi diritto, debbano essere sufficientemente completi in sé e motivati, non avendo il *service provider* un onere di « *cobble together adequate notice from separately defective notices* »: 9<sup>th</sup> Cir., 2007, 488 F.3d, 1102, spec. 1112 s., nel caso « *Perfect 10 v. CCBill LLC* ». La giurisprudenza ha via via definito le necessarie informazioni e modalità che una procedura di *notice* deve presentare per potere consentire l'adeguata ed effettiva consapevolezza circa i materiali illeciti da parte del fornitore di servizi *on line*: v. già 4<sup>th</sup> Cir., 2001, 239 F.3d, 619, spec. 625, nel caso « *ALS Scan, Inc. v. Remarq Communities, Inc.* ». In particolare, ai fini dell'esonero da responsabilità e danni in via riconvenzionale per l'abusiva rimozione, chi abbia attuato la procedura di « *take down* » dev'essere quanto meno in uno stato soggettivo di « *good faith belief* » (9<sup>th</sup> Cir., 2004, 391 F.3d, 1000, nel caso « *Rossi v. Motion Picture Association of America* »). È stata viceversa censurata dalla giurisprudenza una procedura di *notice and take-down*, se effettuata dal titolare di *copyright* prevalentemente come « *sword to suppress publication of embarrassing content rather than a shield to protect its intellectual pro-*

*perty* »: N.D. Cal., 2004, 337 F. Supp. 2d, 1195, spec. 1204 s., nel caso « *Online Policy Group v. Diebold, Inc.* ».

<sup>28</sup> Per l'iniziale applicazione analogica della medesima responsabilità dell'editore, v. Trib. Bologna, 26 novembre 2001, in *Dir. autore*, 2002, 332, secondo il quale, nel caso di riproduzione e trasmissione per via telematica di scritti lesivi dei diritti della personalità — a differenza della posizione giuridica dell'*access provider* o del *service provider* — sussiste una responsabilità del *content provider* che produce e gestisce i contenuti stessi, atteso il suo dovere di controllo sulla liceità delle informazioni immesse sul sito, ai sensi dell'art. 2043 c.c., e considerata altresì una sua equiparazione agli organi di stampa, con conseguente operatività analogica dell'art. 11 della l. 8 febbraio 1948, n. 47, nei suoi confronti. In senso più critico sull'applicazione dell'art. 57 c.p., v. MELZI D'ERIL e VICEVANI, *La responsabilità del direttore del periodico telematico, tra facili equiparazioni e specificità di internet* (nota a Trib. Firenze, 13 febbraio 2009), in questa *Rivista*, 2010, 91 ss., con ampi e ulteriori riferimenti.

<sup>29</sup> 17, U.S.C., Sec. 512(C)(3).

<sup>30</sup> L'art. 15, § 1, della direttiva n. 2000/31/CE (« assenza dell'obbligo generale di sorveglianza »), è netto nel preve-

non appare affatto chiaro tanto in linea di diritto, quanto nella pratica, il grado di diligenza che il fornitore di servizi — quando sia esentato da ogni *duty to monitor* — debba impiegare per segnalare all'autorità competente i materiali suddetti e quando egli ne « debba » essere ad effettiva conoscenza, potendosi ipotizzare che quest'onere di segnalazione non possa che ravvisarsi in casi manifesti per la tipologia del materiale o per le modalità di apposizione dei relativi contenuti<sup>31</sup>. Per esempio — come viene opportunamente segnalato dalla sentenza — nel caso « *Google/Vivi-Down* », gli « indici-rivelatori » di tipo fattuale potevano rendere forse evidente dalla stessa sequenza audiovisiva la violazione di norme civili o penali, così come nel caso di materiale pornografico o, peggio, pedo-pornografico, mentre una valutazione di evidenza risulterebbe sempre assai più dubbia *de jure* per musiche o filmati protetti da *copyright*, potendo i diritti essersi estinti o magari *cleared* dall'utente, ovvero essere i materiali utilizzati in funzione di citazione di altra opera o, infine, impiegati per altri usi consentiti. Un'impostazione siffatta, adottata soprattutto dalla dottrina nordamericana, tuttavia, rischia di essere fuorviante: per quanto evidente o manifesto, il materiale illecito non potrebbe mai essere

dere che « nella prestazione dei servizi di cui agli artt. 12, 13 e 14, gli Stati membri non impongono ai prestatori un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano, né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite ».

<sup>31</sup> In particolare, nel caso più frequente, ma controverso, di *host provider* — conformemente all'art. 14, §1, lett. a), della direttiva n. 2000/31 — anche l'art. 16, 1° comma, del D.Lgs. n. 70/2003, prevede che il prestatore non sia responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore: (1) non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia « al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione »; (2) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso, fermo restando, ai sensi del 3° comma, che la competente autorità giudiziaria o amministrativa competente possano ingiungere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio dell'attività di *hosting*, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse (rimuovendo i materiali illeciti o disconnettendone l'accesso).

Cfr. App. Berlino, 14 gennaio 2005, in *ZUM-RD*, 2005, 127, secondo cui la corresponsabilità di un editore per l'abusiva riproduzione di un personaggio dei fumetti da parte di terzi sorge soltanto se l'illiceità sia riconoscibile all'evidenza; nel medesimo senso, in Italia, Trib. Roma, 22 marzo 1999, in questa *Rivista*, 2000, 66, con nota di SAMMARCO, per il quale il *provider* che effettua il collegamento nella rete non è tenuto ad accertarsi del contenuto illecito delle comunicazioni e dei messaggi che vengono immessi in un sito, sussistendo tuttavia una sua responsabilità per colpa se il contenuto delle comunicazioni da trasmettere appaia illecito all'evidenza. In materia di segni distintivi, v. Trib. Firenze, 7 giugno 2001, in *Guida al dir.*, 2001, n. 37, 41, con nota di DE PAOLA, per il quale la corresponsabilità del *provider* nei confronti dei terzi per gli illeciti contraffattivi, commessi tramite siti internet, ha natura extracontrattuale e, come tale, è configurabile soltanto in casi particolari, se non proprio eccezionali, stante una minore evidenza dell'illecito contraffattivo, rispetto ad altri tipi di atti illeciti, come per es. la violazione di marchi o di denominazioni che godono di una maggiore rinomanza. Per l'eventuale esenzione su base negoziale, v. ancora SAMMARCO, *Le clausole contrattuali di esonero e trasferimento della responsabilità inserite nei termini d'uso dei servizi del web 2.0*, in questa *Rivista*, 2010, 631 ss.

oggetto di segnalazione obbligatoria — sotto pena di responsabilità concorrente od omissiva — quando ciò presupponga, a sua volta, un *duty to monitor* che la disciplina normativa nega in radice, almeno nei casi di *carriers* « passivi »<sup>32</sup>. L'impostazione più corretta sul piano interpretativo impone perciò il potere (ma non il dovere) di segnalazione qualora il *service provider* venga *aliunde* a conoscenza della illiceità del materiale, vuoi per caso vuoi per una segnalazione da parte della stampa o di terzi, oltre che del diretto titolare interessato<sup>33</sup>: in questa prospettiva, dunque, l'evidenza dell'illecito pare costituire unicamente un elemento fattuale di maggiore probabilità nell'auto-segnalazione volontaria da parte del fornitore del servizio, non già il presupposto di un dovere giuridico di segnalazione, ove esso implicitamente si traducesse nel circolo vizioso di doveri di controllo preventivo, esclusi dalla disciplina normativa nelle fattispecie ivi previste, mentre, al di fuori di queste ultime — e pertanto, *a contrario*, in presenza di *duties to monitor* — il grado di maggiore o minore evidenza del contenuto illecito può integrare il parametro per la valutazione della diligenza esigibile dai singoli *providers*, più o meno professionali, ai fini di loro eventuali responsabilità concorrenti per mancata rimozione o segnalazione<sup>34</sup>. Significativo risulta dunque, sotto questo profilo, l'ordinamento svedese, nel quale la disciplina sulla responsabilità dei fornitori di servizi — oltre che dalla l. n. 562/2002, anch'essa emanata in attuazione della direttiva sul commer-

<sup>32</sup> Negli Stati Uniti d'America, in una fattispecie concernenti immagini fotografiche, si è coerentemente dichiarato che la mancanza di un obbligo di monitoraggio attivo da parte del fornitore di servizi *on line* — nell'ambito del previsto *safe harbor* — esonera quest'ultimo da qualsiasi onere di accertare altresì se e quali materiali risultino illeciti (perfino un ipotetico sito « *illegal.net* » potendo essere « *a hoax, or out of date* », o un portale parodistico, ecc.): 9<sup>th</sup> Cir., 2007, nel caso « *Perfect 10 v. CCBill LLC* », cit., 1114 s. Peraltro, nel caso di siti considerati « attivi » e non meri *host*, quali *Mininova* e *Pirate Bay*, caratterizzati da *files* in formato *Bit-Torrent*, i giudici olandesi hanno ritenuto che la (paese) illiceità delle opere ivi veicolate potesse presumersi da parte dei gestori: Trib. Utrecht, 26 agosto 2009 e Trib. Amsterdam, 30 luglio 2009, entrambi in *Intellectuele eigendom en reclamerecht* [IER], 2009, 253 ss.

<sup>33</sup> Il *provider* potrebbe del resto avere la massima convenienza a segnalare spontaneamente illeciti manifesti per evitare successivi contenziosi o comunque danni alla propria immagine, oltre che

per « certificare » od accreditare il proprio sito.

<sup>34</sup> Cfr. Trib. Catania, 29 giugno 2004, in questa *Rivista*, 2004, 466, e in *Resp. civ.*, 2005, 188, con nota di BUGIOLACCHI, *La responsabilità dell'host provider alla luce del D.Lgs. n. 70/2003: esegesi di una disciplina « dimezzata »*, per cui, in caso di diffusione di un'opera tutelata da diritti d'autore, il *provider* sarebbe responsabile non solo se abbia direttamente posto in essere la condotta illecita, ma anche se, consapevole della presenza di contenuti « sospetti » sul proprio *server*, si sia astenuto colposamente da accertamenti sulla loro illiceità e dalla loro successiva rimozione, ovvero se, consapevole dell'illiceità, si sia astenuto dolosamente da tale misura sanzionatoria. Per un'ampia casistica di situazioni ipotizzabili in capo al *service provider* circa la sua potenziale conoscenza (o meno) e diligenza esigibile (o non) ai fini di un eventuale suo *duty to red-flag* materiali illeciti o contraffattivi, ai sensi dell'omologa *sec. 512 dell'U.S Copyright Act, v. NIMMER, Copyright, Sacred Text, Technology and the DMCA*, Kluwer Law Int., L'Aja, 2003, 356 ss.

cio elettronico — è stata integrata, sul piano che qui interessa, dalla specifica l. n. 112/1998 e succ. mod.<sup>35</sup> sulla responsabilità dei gestori di portali telematici (*Lag om Ansvar för Elektroniska Anslagstavlo*), sui quali incombe, per diritto positivo, sia un obbligo di vigilanza *ex ante* nei limiti di quanto sia ragionevolmente esigibile dallo scopo e dalla natura del sito (art. 4)<sup>36</sup> sia il dovere di tempestiva rimozione *ex post* di materiali illeciti (art. 5): tuttavia, l'art. 5, §§ 1 e 2, appare limitare tassativamente siffatto dovere alle ipotesi di manifeste violazioni dell'art. 16, §§ 5, 8, 10.a e 10.b del codice penale — ossia per l'istigazione all'insurrezione, incitamento all'odio razziale, pedo-pornografia ed esibizione o descrizione di atti violenti senza giustificato motivo — nonché per tutti gli atti di contraffazione, previsti dalla legge sul diritto d'autore, ove anch'essi evidenti. Similmente a quanto ipotizzato sul piano del rispetto della *privacy* dalla decisione di primo grado nel caso « *Google/ViviDown* », l'art. 3 della menzionata legge svedese impone altresì ai gestori di portali sia un obbligo d'identificarsi<sup>37</sup> sia un dovere d'informare adeguatamente gli utenti sulle modalità d'impiego dei loro messaggi da parte degli altri utilizzatori. Anche alla luce di una disciplina concernente violazioni evidenti, si è tuttavia rilevata l'endemica propensione di siti come *YouTube* e di altri portali o *blog* simili nell'incorrere in illeciti di diritto d'autore, la cui tutela si estende infatti a qualsiasi riproduzione di opere o materiali protetti, di ogni tipo, anche in maniera parziale, incidentale o temporanea e senza alcuna necessità di fini lucrativi<sup>38</sup>: come s'era allora osservato, in effetti, basta che, in un filmato ivi apposto, s'intoni « *Happy Birthday to You...* »<sup>39</sup> o s'indossi una *t-shirt* con l'immagine di un personaggio dei cartoni animati o — magari — un capo di abbigliamento considerato già di per sé opera del disegno industriale, e ciò risulterebbe probabilmente sufficiente per costituire una (manifesta?) violazione del di-

<sup>35</sup> Da ultimo, modificata con la l. n. 505/2008 e con la l. n. 2010/401.

<sup>36</sup> Per portale telematico s'intende ogni servizio per l'intermediazione di messaggi diffusi al pubblico, costituiti da testi, suoni o immagini (art. 1); l'omessa rimozione dei materiali illeciti, ivi enunciati, per dolo o colpa grave, integra anche la responsabilità penale, se essa non è già sanzionata dal codice penale o dalle norme penali della legge sul diritto d'autore (art. 6).

<sup>37</sup> Obbligo che sembra così completa- re, anche per i siti non commerciali, l'obbligo previsto dall'art 5 della direttiva sul commercio elettronico; sembra peraltro evidente che la legge svedese in esame — prevenendo un sia pur limitato *duty to monitor* — si applichi, a questo proposito,

ai soli gestori « attivi », contrastando altrimenti con la direttiva in caso di una sua estensione agli ISP esentati da siffatto dovere in radice.

<sup>38</sup> La cui presenza, come risulta chiaramente dal confronto tra gli artt. 171 e 171-ter della l. n. 633/1941, integra un reato più grave e eventualmente maggiori sanzioni risarcitorie: TERRACINA, *Lucro e profitto nella giurisprudenza della Corte di cassazione in materia di violazione del diritto d'autore e dei diritti connessi* (nota a Cass. pen., 22 novembre 2006), in *Dir. Internet*, 2007, 257.

<sup>39</sup> MUSSO, *Il rispetto dei diritti d'autore e connessi nell'attuazione italiana della direttiva n. 2007/65/CE sui servizi di media audiovisivi*, in questa *Rivista*, 2010, 227, testo e nota n. 42.

ritto d'autore o di qualche diritto connesso. Sotto questo profilo, dunque, un accordo come quello siglato tra SIAE e *YouTube* per l'attività di *copyright clearance*, tramite l'ente d'intermediazione contemplato dall'art. 180 della l. n. 633/1941, costituisce una polizza di assicurazione sicuramente importantissima per siti siffatti, ma, data la frammentazione oggettiva, soggettiva e funzionale dei diritti d'autore o ad essi connessi, non affatto integrale: sul piano oggettivo, da quanto si è potuto apprendere dalla stampa<sup>40</sup>, l'accordo « coprirebbe » infatti unicamente le opere musicali ed audiovisive (queste ultime, sembra, anche per quanto riguarderebbe l'equo compenso dovuto ex art. 46-bis della l. n. 633/1941)<sup>41</sup>, ma, ad esempio, non le opere figurative, né immagini singole, quali le fotografie<sup>42</sup>; sul piano soggettivo, poi, la SIAE agisce inevitabilmente in rappresentanza dei propri iscritti — quali autori ed editori musicali — ma non di altri titolari di diritti soprattutto connessi, come i produttori fonografici (per i quali *YouTube* pare infatti avere già separatamente concluso distinti accordi *ad hoc*, valevoli anche in Italia)<sup>43</sup> ovvero le emittenti televisive (qual è Mediaset,

<sup>40</sup> Cfr. *Accordo tra YouTube e SIAE. Compenso per brani in video*, all'URL: [www.repubblica.it/tecnologia/2010/07/23/news/musica\\_online\\_accordo\\_youtube\\_siae-5885714](http://www.repubblica.it/tecnologia/2010/07/23/news/musica_online_accordo_youtube_siae-5885714), dove si legge che analoghi accordi sono stati formalizzati anche con *collecting societies* di autori e compositori in Spagna, Gran Bretagna ed alcuni altri Paesi.

<sup>41</sup> Cfr. SIAE, *SIAE e Youtube siglano un accordo di licenza*, all'URL [www.siae.it/ledicola.asp?view=4&open\\_menu=yes&id\\_news=9444](http://www.siae.it/ledicola.asp?view=4&open_menu=yes&id_news=9444).

<sup>42</sup> Resta così aperto, in particolare, il nodo delle fotografie o di altre immagini protette, se esposte in formato ridotto dai motori di ricerca o dai gestori di siti per finalità unicamente segnaletiche (« *thumbnails* »): la liceità di tale esposizione è stata infatti riconosciuta dalla giurisprudenza nordamericana in virtù del più elastico giudizio di *fair use* (Kelly v. Arriba Soft Corp., 336 F.3d 811, 818, 9<sup>th</sup> Cir., 2003), dove si sono considerate non contraffattive le immagini ridotte e a bassa risoluzione di opere fotografiche da parte di un motore di ricerca tramite *thumbnail*, essendo tali « riproduzioni », da un lato « *not of the same type as the original work, because the images were not being sold as pictures but rather were to facilitate the identification of the images in the search engine* ». La tassatività e la rigidità del sistema continentale sulle limitazioni od eccezioni ai diritti esclusivi, invece, consente ancora alla giurisprudenza europea una retri-va asserzione di illiceità — cfr. per

es., in Germania, App. Jena, 27 febbraio 2008, in *MMR*, 408, con nota critica di SCHACK, o Trib. Amburgo, 26 settembre 2008, *ivi*, 2009, con nota critica di HOEREN — escludendosi, in particolare, la liceità di citazione « grafica »: v. Trib. Amburgo, 5 settembre 2003, in *IIC*, 2004, 478, che per l'appunto ha distinto tale fattispecie dalla più tradizionale ammissibilità delle citazioni attraverso parole, sancita dalla stessa Suprema Corte tedesca per indicizzazioni ipertestuali di articoli da riviste nell'ambito dei motori di ricerca (BGH, 17 luglio 2003, in *Eur. Copyright and Design Rep.*, 2005, 67, nel caso « *Paperboy* »). Sul punto, HOGERTZ, *Internet Image rulings interpreted: German Courts rule on Google thumbnails*, in *Copyright World*, Dic. 2003 - Gen. 2009, 10 ss.; LEISTNER e STANG, *Die Bildersuche im Internet aus urheberrechtlicher Sicht*, *CR*, 2008, 499. Per la medesima ambiguità, cfr. già Cass. francese, Ad. Plen., 30 ottobre 1987, nel caso « *Microfor c. Le Monde* », in *Foro it.*, 1988, IV, 214 (liceità d'indicizzazioni di titoli di articoli da altrui riviste). Sulle « citazioni » tramite parole nei motori di ricerca, v. però l'ancora più rigida e criticabile decisione di Corte Giust. CE, 16 luglio 2009, C-5/08, in *G.U.U.E.*, 12 settembre 2009, C 220, 7 (in senso non contraffattivo, per i motori di ricerca testuali su Google, cfr. invece App. Barcellona, Sez. XV, 17 settembre 2008, in *Westlaw JUR*, 2008, n. 336805).

<sup>43</sup> Come osserva infatti LEPIDO, *YouTube-SIAE, c'è l'accordo su musica e vi-*

per l'appunto, parte attrice nella prima sentenza di condanna italiana del sito per la diffusione non autorizzata di estratti dal *reality show* « Il Grande Fratello »<sup>44</sup>; sul piano funzionale, infine, anche per le opere musicali o audiovisive sussistenti in capo ai soggetti rappresentati dalla SIAE, pare inevitabile che quest'ultima abbia potuto « coprire » unicamente i « piccoli diritti » ad essa di norma attribuiti, ma non utilizzazioni maggiori (che peraltro, nel caso degli utenti di *YouTube* e delle tipologie dei materiali ivi apposti, potrebbero in effetti risultare ridondanti)<sup>45</sup>. In mancanza di un'auspicabile presa di posizione normativa che estenda ad un'unica *collecting society* la rappresentanza negoziale *erga omnes* — come già prevede l'art. 9 della Direttiva n. 93/83/CEE per l'esercizio delle licenze di ritrasmissione via cavo<sup>46</sup>, così realizzando un sistema di *one-stop-system* più efficiente in linea generale ed a maggior ragione per le diffusioni massive *online*<sup>47</sup> — occorre, *a fortiori*, ribadire un equilibrato bilanciamento degli interessi in gioco anche sul piano interpretativo, onde evitare che le due contrapposte istanze si annullino in un conflitto che invece dovrebbe sempre più contemperarne un'ottimale alleanza, sia culturale sia economica<sup>48</sup>. In questa prospettiva devono perciò criticarsi i vel-

*deoclip online*, reperibile anche all'URL <http://danielelepido.blog.ilsole24ore.com/i-bastioni-di-orione/2010/07/danielelepido-rivela-accordo-youtube-siae.html>, « le *major* del disco, in realtà, erano già tutelate perché a livello globale tutte le più importanti case discografiche avevano da tempo siglato accordi con YouTube (in Italia sui così detti diritti « connessi »); come riferisce ancora Id., *YouTube sigla la pace con SIAE*, in *Sole-24 Ore*, 28 luglio 2010, 15, « in Italia nel 2009 il fatturato delle case discografiche derivante dallo *streaming* su YouTube è stato di 1,9 milioni di euro, contro il milione e mezzo del 2008 e i 918.000 euro del 2007. Nel primo semestre di quest'anno, invece, le *revenues* incassate sono state pari a 837.000 euro a fronte dei 606.000 euro dello stesso periodo del 2008 (+38%, fonte FIMI/DELOITTE) ».

<sup>44</sup> È significativo che, anche in Italia, l'azione per violazione dei diritti su materiali tutelati dalla l. n. 633/1941 e succ. mod. contro *YouTube* e *Google* — terminata in primo grado con la condanna delle convenute da parte di Trib. Roma, 16 dicembre 2009, in *Giur. it.*, 2010, 1323, per avere esse dapprima consentito in particolare la trasmissione di brani non autorizzati del *reality show* « Grande Fratello », poi per non averli tempestivamente rimossi dopo varie diffide da parte di Reti Televisive Italiane s.p.a. (RTI) — sia stata esperita in base non a diritti d'autore, ma ai diritti

connessi dell'emittente televisiva, ex art. 79 della legge cit.

<sup>45</sup> Per la distinzione tra i « grandi » e « piccoli » diritti, gestiti dalla SIAE, v. DE SANCTIS e FABIANI, *I contratti di diritto di autore*, Giuffrè, Milano, 2000, 206 s.

<sup>46</sup> Sulla quale v. per tutti FABIANI, *Diritti d'autore e diritti connessi nelle radio-diffusioni via satellite o a mezzo cavo*, in *Dir. autore*, 1997, 281 ss.

<sup>47</sup> Come pure auspicato da GHIDINI e QUATTRONE, *Opere multimediali e copyrights di terzi*, in *Riv. dir. ind.*, 1998, I, 5 ss.

<sup>48</sup> Cfr. per esempio quanto dichiarata da M. Mallia (direttore dell'Area Attività Internazionale e Accordi Broadcasting e New Media di SIAE), all'URL: [www.siae.it/edicola.asp?view=4&open\\_menu=yes&id\\_news=9444](http://www.siae.it/edicola.asp?view=4&open_menu=yes&id_news=9444), circa l'accordo con YouTube del 28 luglio 2010: esso segnerebbe, infatti, « un momento importante nell'attività di tutela svolta dalla SIAE, con l'obiettivo di assicurare agli autori e agli editori un compenso che tenga conto dell'intensità di utilizzo delle loro opere su una piattaforma molto popolare, che costituisce oggi uno dei principali veicoli di diffusione e di valorizzazione del repertorio musicale ». Da parte sua, anche C. Muller (direttore delle Partnership di YouTube per l'area South and Eastern Europe, Middle East ed Africa), ha aggiunto: « abbiamo dedicato grande at-

leitari tentativi di una guerra legislativa alla pirateria mediante disconnessioni di utenti presuntivamente contraffattori o rimozioni di siti ritenuti illeciti dai pretesi titolari di diritti lesi, secondo i modelli del *Digital Economy Act* in Gran Bretagna o della legge francese « Hadopi 2 » (*loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur l'internet*)<sup>49</sup>: il vizio di fondo di

tenzione ad instaurare relazioni che permettano agli utenti di YouTube di godere della loro musica preferita e scoprirne di nuova sulla piattaforma. Siamo davvero molto soddisfatti di aver raggiunto un accordo con SIAE, che aiuta gli artisti rappresentati a guadagnare e può consentire a nuovi talenti musicali di emergere».

<sup>49</sup> *The Digital Economy Act* (c. 24), che ha ottenuto il *Royal Assent* in data 8 aprile 2010 — e che, in parte qua, ha implementato il *British Communication Act* del 2003 — è entrato in vigore in data 8 giugno 2010; la *Loi* n. 2009-669 del 12 giugno 2009, enfaticamente « *favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet* », ma più nota come « *Loi Hadopi* », dall'acronimo della *Haute Autorité pour la Diffusion des uvres et la Protection des Droits sur Internet* da essa istituita, ha subito una sostanziale censura d'illegittimità in via preventiva da parte del *Conseil Constitutionnel*, 10 giugno 2009, n. 2009-580 — reperibile all'URL: [www.consil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/2009/decisions-par-date/2009/2009-580-dc/decision-n-2009-580-dc-du-10-juin-2009.42666.html](http://www.consil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/2009/decisions-par-date/2009/2009-580-dc/decision-n-2009-580-dc-du-10-juin-2009.42666.html) — che ne ha comportato una riformulazione emendata con la previsione di un intervento giudiziario per imporre disconnessioni agli utenti che commettano illeciti dopo tre avvertimenti (*loi* 28 ottobre 2009, n. 2009-1311, o « *Loi Hadopi 2* »). Entrambe le leggi sono state criticate per la possibilità che autorità amministrative o perfino ministeriali possano ancora comunque inibire o rimuovere contenuti « illeciti » senza adeguati filtri preventivi da parte dell'autorità giudiziaria: in particolare, v. le *secc.* 124(G)-(J) del *British Communication Act*, introdotte dal *Digital Economy Act*, che consentono al *Secretary of State* d'imporre misure tecniche (« *obligations to limit internet access* ») nei confronti degli ISP, in concerto o meno con l'*OfCom*, fino a permettergli di « *make provision about the granting by a court of a blocking injunction in respect of a location on the internet which the court is satisfied has been, is being or is likely to be used for or in connection with an activity that infringes copyright* ». Analoghi rilievi sono stati infine

espressi contro la proposta di legge nord-americana di autorizzare il Ministro della Giustizia in U.S.A. ad imporre agli ISP un blocco totale dei siti contraddistinti da *domain names* — anche esteri, ma sotto controllo diretto o indiretto delle *registration authorities* statunitensi — contenuti in due « liste nere » stilate dallo stesso *Attorney General* e dal *Department of Justice* (la prima avente ad oggetto i siti o i relativi domini già soggetti ad inibitorie giudiziarie, la seconda di formazione puramente ministeriale); né risulta chiaro se tale legge — ove approvata — superi l'esenzione dalla responsabilità per gli ISP che non s'adeguino all'ordine amministrativo (in proposito, A. PETROU, *Combating Online Infringement and Counterfeits Act riles rights groups*, 22 settembre 2010, disponibile all'URL: [www.techeye.net/internet/combating-online-infringement-and-counterfeits-act-riles-rights-groups](http://www.techeye.net/internet/combating-online-infringement-and-counterfeits-act-riles-rights-groups), mentre il testo della proposta legislativa — presentata dal Sen. Leahy, S.3804, Sept. 20, 2010, 111<sup>th</sup> Congr. — è reperibile all'URL: [www.govtrack.us/congress/bill.xpd?bill=s111-3804](http://www.govtrack.us/congress/bill.xpd?bill=s111-3804)). Parallelamente, in Europa, la risoluzione del Parlamento del 22 settembre 2010, con la richiesta alla Commissione di un'attuazione delle linee direttive d'inasprimento anche penale sulla contraffazione *on line*, contenute nella relazione presentata dalla parlamentare M. Gallo e sponsorizzata da FIMI o da altri gruppi d'interessi imprenditoriali del settore — conformemente ai dettami dell'*Anti-Counterfeiting Trade Agreement* (« ACTA »), peraltro pressoché secretato in *rounds* diplomatici non pubblici, ed in aggiunta alla proposta di direttiva « IPRED-2 » — è stata adottata con maggioranza assai relativa di 328 voti favorevoli, 245 contrari e 81 astenuti (v. MILANO, *Il Parlamento UE contro la pirateria informatica*, in *Sole-24 Ore*, 23 settembre 2010, 38): così, per es., secondo l'euro-parlamentare N. Rinaldi, « l'Europa cade in contraddizione: ci diciamo sempre favorevoli ad una società della conoscenza diffusa e ora si mettono legacci inopportuni alla circolazione d'idee, patrimoni artistici, creatività » (ma anche per L. Berlinguer, vice-presidente della Commissione giuridica del Parlamento stesso, « le misure

queste iniziative di legge è il loro manicheismo tra contraffazione/pirateria e non: basterà infatti che un sito presenti alcuni *thumbnails* non autorizzati per essere « cancellato »? Ovvero che un utente scarichi un *wallpaper* da un *blog* per poter essere totalmente disconnesso dalla rete dopo una diffida, secondo gli schemi di *notice and take-down* sopra menzionati<sup>50</sup>? In realtà, anche in Italia, un potere di disconnessione (o « decadenza dal servizio ») dell'utente è già contemplato quale clausola legalmente inserita nei contratti di abbonamento a servizi di comunicazione elettronica, ex art. 70, 5° comma, del codice delle comunicazioni elettroniche, ma unicamente se questo soggetto « utilizzi, o dia modo ad altri di utilizzare il servizio, per effettuare comunicazioni o attività contro la morale o l'ordine pubblico o arrecare molestia o disturbo alla quiete privata », così però sancendosi tassative fattispecie d'illeciti o comunque lesioni di assai più pregnanti valori

d'inasprimento penale contro gli utenti della rete su cui si fonda il rapporto, oltre che inefficaci, finirebbero per cancellare o limitare il diritto fondamentale all'informazione e all'accesso alla cultura », in PALADINO, *Linea dura contro la pirateria digitale*, reperibile all'URL: [www.europarlamento24.eu/linea-dura-contro-la-pirateria-digitale/0,1254,76\\_ART\\_838,00.html](http://www.europarlamento24.eu/linea-dura-contro-la-pirateria-digitale/0,1254,76_ART_838,00.html). O un'interpretazione restrittiva della direttiva n. 2004/48 — sostenuta nel « rapporto Gallo », che dichiaratamente s'ispira al *Digital Economy Act* o alla « *Loi Hadopi* » — limiterà infine anche il principio di proporzionalità sanzionatoria, ex art. 10, § 3, della direttiva, che perfino *Conseil Constitutionnel*, 10 giugno 2009, n. 2009-580 (reperibile all'URL: [www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/2009/decisions-par-date/2009/2009-580-dc/decision-n-2009-580-dc-du-10-juin-2009.42666.html](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/2009/decisions-par-date/2009/2009-580-dc/decision-n-2009-580-dc-du-10-juin-2009.42666.html)), aveva ribadito per la salvaguardia dei diritti fondamentali d'espressione e di presunzione d'innocenza in relazione agli artt. 9 e 11 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1789, ma che la stessa « *Loi Hadopi* » aveva manifestamente violato, confermando in *subiecta materia* la difficoltà di valutazioni di « evidenza »? Sul medesimo e ormai ritratto *leit-motiv*, v. inoltre la risoluzione del Consiglio, 1° marzo 2010 (2010/C 56/01), contro la pirateria e per la protezione dei diritti di proprietà intellettuale nel mercato interno, in *G.U.U.E.*, 6 marzo 2010, C 56, 1.

<sup>50</sup> La sec. 124(b)(3) del *Communication Act* del 2003, introdotta dal *Digital Economy Act*, prevede per es. che un utente, connesso ad un ISP, venga considerato « a "relevant subscriber" in relation to a

*copyright owner and an internet service provider if copyright infringement reports made by the owner to the provider in relation to the subscriber have reached the threshold set in the initial obligations code »; la disciplina normativa non precisa neppure idonee garanzie probatorie circa la presunta contraffazione denunciata dai *copyright holders* per iniziare l'unilaterale procedimento sanzionatorio contro l'utente, rinviando ancora una volta all'emanando *regulatory code* dell'*Office of Communications (OfCom)*, per l'adozione del quale sono iniziate le procedure di consultazione con la pubblicazione di un *Draft of Code of Practice to include processes to be followed, rights and obligations of rights owners, ISPs and subscribers*, in data 28 maggio 2010 (disponibile all'URL: <http://stakeholders.ofcom.org.uk/consultations/copyright-infringement/>). In ogni caso, l'*OfCom's code*, nel determinare « *the threshold applying for the purposes of determining who is a relevant subscriber within the meaning of section 124(B)(3)* », deve specificamente tenere conto di uno o più tra i seguenti fattori: « *a) the number of copyright infringement reports; b) the time within which the reports are made; and c) the time of the apparent infringements to which they relate* »: v. sec. 124(E)(1)(c) e 124(E)(5). Infine « *the threshold applying in accordance with subs. (1)(c) must operate in such a way that a copyright infringement report received by an internet service provider more than 12 months before a particular date does not affect whether the threshold is met on that date; and a copyright infringement list provided under section 124(B) must not take into account any such report* »: così la sec. 124(E)(6).*

di ordine pubblico, da accertare preventivamente in sede giudiziaria, che assai difficilmente — nonostante le invocazioni dei relativi gruppi d'interessi — possono esser integrate da singoli *downloads* soprattutto per usi privati, sebbene venga poi « fatta salva ogni altra responsabilità prevista dalle leggi vigenti », ma anche l'applicazione di tutte le norme o le disposizioni a tutela dei consumatori (6° comma). Sotto questo profilo, perciò, si deve qui ribadire la cautela con cui, anche in Italia, appare opportuno che agisca l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni — investita del poterdovere di emanare le disposizioni regolamentari necessarie per garantire un'effettiva osservanza della l. 22 aprile 1941, n. 633, sulla protezione dei diritti d'autore e connessi, *ex art. 32-bis* del D.Lgs., 31 luglio 2005, n. 177<sup>51</sup>, indipendentemente dalla piattaforma utilizzata in particolare per la trasmissione di contenuti audiovisivi — nell'assenza di specifiche disposizioni da norme primarie o di un'esperienza europea già consolidata al riguardo. Si noti inoltre, in particolare, come, da un lato, il principio di proporzionalità sanzionatoria — sancito fermamente pure nella rigorosa direttiva n. 2004/48/CE — riguardi anche i controlli del Ministero e dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni o le relative richieste d'informazioni ai fornitori di reti o servizi, tanto in ambito italiano, quanto europeo (art. 10 del D.Lgs. 1° agosto 2003, n. 259, e succ. mod., recante il « codice delle comunicazioni elettroniche »)<sup>52</sup>; come, dall'altro, a prescindere dalla responsabilità sul piano civile o penale degli ISP « attivi » nei confronti dei titolari lesi, la stessa Autorità, sul piano pubblicistico, non paia le-

<sup>51</sup> Recante il « testo unico dei servizi di *media* audiovisivi e radiofonici »; sull'art. 32-*bis*, v. Musso, *Il rispetto dei diritti*, cit., 221 ss.

<sup>52</sup> La norma stabilisce, infatti, che le imprese fornitrici di reti e servizi di comunicazione elettronica debbano trasmettere tutte le informazioni — anche finanziarie — necessarie al Ministero ed all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, nelle materie di rispettiva competenza, al fine di assicurare la conformità alle disposizioni o alle decisioni adottate dagli enti stessi ai sensi del codice delle comunicazioni elettroniche. Queste imprese devono, inoltre, fornire tempestivamente le informazioni loro richieste, nel rispetto dei termini e del grado di dettaglio determinati, rispettivamente, dal Ministero e dall'Autorità. Le richieste d'informazioni, da parte sia del Ministero sia dell'Autorità, sono a loro volta « proporzionate rispetto all'assolvimento dello specifico compito al quale la richiesta si riferisce », nonché « adeguatamente motivate » (1° comma). Ai sensi del 2° comma, il Ministero e l'Autorità for-

niscono anche alla Commissione europea — previa richiesta motivata — le informazioni necessarie a quest'ultima per assolvere i compiti che il Trattato le conferisce, « proporzionate rispetto all'assolvimento di tali compiti (...) ». Cfr. Trib. Pisa, 24 maggio 2007, in *Merito*, 2007, n. 11, 15, con nota di NATALINI, sulla legittimità civilistica della condotta del fornitore di connettività che, in esecuzione di un provvedimento autoritativo legalmente disposto e ribadito dall'amministrazione dei Monopoli di Stato, ai sensi dell'art. 1, 50° comma, della l. 27 dicembre 2006, n. 296, aveva interrotto l'allacciamento di un'impresa alla rete internet; il « considerando » n. 23 della direttiva n. 2004/48 stabilisce pure con chiarezza che l'*enforcement* comunitario della proprietà intellettuale « si limita a quanto è necessario per conseguire tali scopi in ottemperanza al principio di proporzionalità », enunciato — a sua volta — dall'art. 5, § 3, Tratt. CE, agli effetti del più generale rapporto tra le azioni della Comunità e degli Stati Mem-

gittimata comunque ad emanare disposizioni o sanzioni regolamentari nei confronti di fornitori di servizi lineari o non, su qualsivoglia piattaforma, *ex art. 32-bis* del D.Lgs. n. 177/2005, in relazione a servizi di *media* audiovisivi prestati nell'esercizio di attività precipuamente non economiche e non in concorrenza con radiodiffusioni televisive — quali i siti internet privati e i servizi consistenti nella fornitura o nella distribuzione di contenuti audiovisivi generati da utenti privati a fini di condivisione o scambio nell'ambito di comunità d'interessi (qual è anche « YouTube »?), ogni forma di corrispondenza privata, inclusi i messaggi di posta elettronica, nonché i servizi la cui finalità principale non sia la fornitura di programmi, e, infine, i servizi dove i contenuti audiovisivi siano meramente incidentali e non ne integrino del pari la finalità principale<sup>53</sup> — essendo essi esclusi *a priori* dall'ambito dell'applicazione del medesimo decreto legislativo (così l'art. 2, 1° comma, n. 1, nel testo introdotto *ex art. 4* del D.Lgs. 15 marzo 2010, n. 44, in attuazione della direttiva n. 2007/65/CE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri, concernenti l'esercizio delle attività televisive).

#### 4. IL FILTRAGGIO DEI CONTENUTI TRA QUALIFICANTE ATTIVITÀ VOLONTARIA E PARADOSSALE AGGRAVAMENTO DEL REGIME DI RESPONSABILITÀ.

Nell'ottica sopra prospettata dovrebbe infine valutarsi l'attività di filtraggio sui contenuti illeciti: premesso che, in effetti, non pare esistere alcun obbligo di *filtering* sui materiali apposti dagli utenti a carico di siti « passivi », *ex artt. 12 ss.* del D.Lgs. n. 70/2003 — convertendosi ancora una volta tale obbligo in un sostanziale monitoraggio preventivo, spesso peraltro adottato volontariamente su basi automatiche dai siti stessi per ragioni di politica aziendale o affidabilità qualitativa verso la rete e... gli inserzionisti<sup>54</sup> — bisogna domandarsi quali siano limiti ed espan-

<sup>53</sup> Quali, esemplificativamente: a) siti che contengono elementi audiovisivi puramente accessori, come elementi grafici animati, brevi *spot* pubblicitari, informazioni relative ad un prodotto o ad un servizio non audiovisivo; b) giochi *on line*; c) motori di ricerca; d) versioni elettroniche di quotidiani o di riviste; e) servizi testuali autonomi; f) giochi d'azzardo — anche con posta in denaro — ad esclusione delle trasmissioni dedicate ai giochi d'azzardo e di fortuna.

<sup>54</sup> Quando non addirittura per motivazioni censorie o perfino politiche (cfr.

YEN, *Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability and the First Amendment*, in *Geo. Law Jour.*, 2000, 1833 ss., e, per la dottrina italiana, CASSANO e CIMINO, *Il nuovo regime di responsabilità dei providers: verso la creazione di un novello « censore telematico »*, in *Giur. it.*, 2004, 671 ss., nonché, con particolare riferimento alla fattispecie in esame, SARTOR e VIOLA DE AZEVEDO CUNHA, *Il caso Google-Vividown tra protezione dei dati e libertà di espressione on-line*, in questa *Rivista*, 2010, 645 ss.); sul vantaggio im-

sioni giuridicamente doverose di questi filtri, nei casi in cui tale attività diventi necessaria per legge, vuoi perché il *provider* intenda previamente cautelarsi (non rientrando fra le figure esentate secondo le disposizioni sopra indicate), vuoi per un diretto ordine giudiziale<sup>55</sup>, come si desume dalla sentenza del Supremo Collegio, in cui, ammettendosi il sequestro penale del sito « The Pirate Bay », si rileva altresì come tale misura in funzione sostanzialmente inibitoria debba comunque rispettare il principio di proporzionalità tra limitazione all'accesso e perseguimento dei reati, a tutela della libera circolazione delle informazioni in rete, ex art. 5, 2° comma, lett. b), del D.Lgs. n. 70/2003, cosicché « è possibile che il giudice penale, nel disporre il sequestro preventivo del sito *web* (...), possa contestualmente richiedere al *provider* di escludere l'accesso al sito al limitato fine, nella specie, di precludere l'attività di diffusione di opere coperte da diritto d'autore »<sup>56</sup>. Tanto per i filtri preventivi impiegati dal gestore del sito, quanto per i filtri posti a disposizione degli utenti dallo stesso gestore o da terzi, è peraltro evidente l'altrettanto endemica impossibilità di fornire una garanzia affidabile, stanti gli inevitabili aspetti sia giuridici sia qualitativi — e non soltanto in-

prenditoriale da maggiore « accreditamento » verso utilizzatori e clienti, per il *provider* che effettui filtri, MANTELERO, *La responsabilità on line: il controllo nella prospettiva dell'impresa*, in questa *Rivista*, 2010, 406 ss.

<sup>55</sup> Nelle more del processo di secondo grado nel caso « *Google/Vividown* », per es., nonostante l'assenza di un'*injunction* positiva ad apporre un filtro diverso da un più marcato « *warning* » verso gli utenti circa il rispetto delle norme a tutela di dati personali e riservatezza (Trib. Milano, 12 aprile 2010 cit., 96 s. del dattiloscritto), *Google* ha siglato un « protocollo per la segnalazione e la cooperazione » degli abusi su internet, d'intesa con la stessa associazione *Vividown*, la quale diviene così un « *trusted user/flagger* » (ossia « utente/segnalatore privilegiato »), che, tramite una casella di posta, « potrà prima segnalare e, nelle 24 ore successive, chiedere la rimozione dei contenuti lesivi di diritti altrui. *YouTube* non sarà comunque vincolato alla rimozione, ma se decidesse di non sopprimere il contenuto indicato dovrà spiegarne le ragioni a *Vividown*. *Google*, peraltro, si fa carico della formazione del personale che *Vividown* destinerà all'ispezione della rete, e metterà a disposizione un assistente di lingua italiana »: così GALIMBERTI, *Google apre alle sentinelle del web. Una pista per la segnalazione e la rimozione degli abusi*, in *Il Sole-24 Ore*, 23 settembre

2010, 38, il quale riferisce altresì che « l'accordo stragiudiziale prevede che il motore di ricerca metterà a disposizione una pista privilegiata a *Vividown* per segnalare e far rimuovere in tempi veloci "contenuti inappropriati" (...) ». Per questa prospettiva, « le parti indirizzeranno i "comuni sforzi" anche per "educare contro la violenza ed il bullismo perpetrati ai danni delle persone disabili": non si tratta quindi di "un'attività censoria" sul caricamento dei contenuti da parte dei navigatori », in quanto « l'accordo serve invece a promuovere chiare "intenzioni educative" (...) ». *Vividown* potrà infine estendere l'accordo protocollare ad altre associazioni con analoghe finalità: nonostante l'indubbia meritevolezza di tale iniziativa, appare tuttavia complessa una sua applicazione ad ogni altro ambito di potenziale illiceità — dalla pornografia alle violazioni di proprietà intellettuale — che rischierebbe di costituire più « gendarmi » che utenti e, soprattutto per quanto concerne i primi, coinvolgere controlli « interni » o almeno privilegiati da parte di soggetti forse non così « disinteressati » a propri unilaterali interessi economici, rispetto alla meritoria associazione predetta, restando la procedura di notifica *ab externo* un rimedio forse più bilanciato.

<sup>56</sup> Cass. pen., 23 dicembre 2009, cit., in motivazione, § 12. Sul principio di proporzionalità, v. anche *infra*, testo e nota n. 65.

formatici o quantitativi — che un programma di *filtering* è normalmente in grado di misurare o di controllare<sup>57</sup>: data la sua intrinseca base aritmetica, per esempio, la musica risulta più facilmente individuabile di immagini singole o in sequenza — specialmente se inserite, a loro volta, all'interno di altre sequenze d'immagini in funzione occasionale ovvero quali citazioni — per le quali solo assai sofisticati motori grafici sono in grado di ricercare oggetti riconoscibili<sup>58</sup>. E così, per es., per quanto concerne la funzione opzionale per utenti « *Google SafeSearch* », la stessa sentenza nel caso « *Google/ViviDown* » rileva come essa origini problemi « al contrario », risultando, almeno all'inizio, « potenzialmente idonea a bloccare più del dovuto », come notato dal rapporto del *Berkman Center della Harvard University*, anche perché presumibilmente — secondo *Google* — chi, a richiesta, l'attiva, « si preoccupa molto più di ciò che potrebbe passare che non di quello che viene escluso »<sup>59</sup>; viceversa, quanto alle funzioni di blocco preventivo sui materiali contraffatti nell'ambito della proprietà intellettuale, è stato ribadito — anche recentemente — che questi sistemi sono « basati su algoritmi alquanto

<sup>57</sup> Già prima della specifica attività di *filtering* non automatizzato tramite il menzionato protocollo con *Vividown*, « pare infatti che Google avesse già messo a punto un sofisticato sistema di “impronte digitali” audio-video che permettesse di riconoscere automaticamente quando sui propri server fossero « caricate tracce coperte da *copyright* o comunque di proprietà di terze parti » ([www.repubblica.it/tecnologia/2010/07/28/news/musica\\_online\\_accordo\\_youtube\\_siae-5885714/](http://www.repubblica.it/tecnologia/2010/07/28/news/musica_online_accordo_youtube_siae-5885714/)): per alcuni presunti esempi di... *defaillances*, cfr., tuttavia, A. MARUCCIA, *Come ti frego il filtro su YouTube*, anch'esso all'URL: <http://punto-informatico.it/2610089/PI/News/come-ti-frego-filtro-youtube.aspx>. Più recentemente *YouTube* ha aumentato i propri livelli di sicurezza del proprio sistema *ID Content* — necessariamente sviluppato con la cooperazione dei titolari dei diritti che rendano identificabili i brani tramite tracce elettroniche, ascrivibili a *fingerprints* o *watermarks* a loro volta protetti da contraffazioni, alterazioni o manomissioni ex artt. 171-ter, 1° comma, lett. *f-bis* e *h*), della l. n. 633/1941 e 7, § 1, della direttiva n. 29/2001 — potendo quindi aumentare corrispondentemente la lunghezza dei materiali audiovisivi, caricati da parte degli utenti, da 10 a 15 minuti (v. C. TAMBURRINO, *YouTube, altri cinque minuti*, all'URL: <http://punto-informatico.it/2959509/PI/News/youtube-altri-cinque-minuti.aspx>). Negli Stati Uniti

d'America, è la stessa disciplina normativa ad imporre che gli *on line service providers* debbano necessariamente adeguarsi alle (e non interferire con le) misure tecniche di protezione, identificazione o tracciamento, apposte dai titolari: 17 U.S.C., § 512(i)(1-2).

<sup>58</sup> Come si può dedurre da F. MELLO, *YouTube-Siae, accordo sui diritti d'autore*, in *Fatto Quotidiano*, 28 luglio 2010, all'URL: [www.ilfattoquotidiano.it/2010/07/28/youtube-siae-accordo-sui-diritti-d'autore/45034/](http://www.ilfattoquotidiano.it/2010/07/28/youtube-siae-accordo-sui-diritti-d'autore/45034/), peraltro, « oltre a quelli fruiti nei canali ufficiali degli artisti, la tecnologia realizzata da YouTube permette di individuare i brani musicali anche all'interno di altri video: cortometraggi,  *mash-up* (montaggi con più risorse assemblate insieme), video personali, ecc. YouTube, quindi, corrisponderà alla SIAE una somma forfettaria per qualsiasi ascolto, somma che toccherà in percentuale anche alle case discografiche. L'accordo ha valore fino al 31 dicembre 2012 e non sarà a carico dei navigatori che continueranno a fruire gratuitamente della musica in video »; invece — sempre secondo la medesima fonte — i diritti sui brani musicali ascoltati *on line* su YouTube saranno pagati da Google alla SIAE proporzionalmente alla pubblicità « e al numero di accessi di utenti italiani alle pagine contenenti opere tutelate dalla SIAE ».

<sup>59</sup> Trib. Milano, 12 aprile 2010, cit., in motivazione, a 79 del dattiloscritto.

complessi che dovranno passare al setaccio un numero sterminato di *file*; è quindi fisiologico che copie artatamente alterate, convertite in altri formati o comunque manomesse possano sfuggire alle maglie dei controlli»<sup>60</sup>, in particolare all'interno di materiali o di ambienti non testuali, i quali implicano inevitabilmente ricerche grafiche o sonore ed altresì su materiali elaborati. In conclusione, ammessa la difficoltà sia teorica che pratica di adottare filtri davvero efficaci senza difetti (o eccessi), qualora debba valutarsi l'adeguatezza del sistema di *filtering* ai fini del rispetto di eventuali obblighi da parte del *provider*, non potrà che farsi riferimento alla diligenza media ovvero professionale — a seconda della natura dei siti — *ex art.* 1176 c.c.<sup>61</sup>, a meno di considerare pericolosa di per sé stessa siffatta attività e, dunque, *ex art.* 2050 c.c., esigere in ogni caso l'adozione di tutte le misure idonee (inclusi i monitoraggi da parte di persone fisiche), oggettivandosi così al massimo la responsabilità per i flussi informativi *on line* in modo forse coerente con la « spersonalizzazione » dei traffici in rete, ma eccessiva sul piano del bilanciamento d'interessi fra accesso all'informazione e, nella fattispecie, tutela dei diritti di proprietà intellettuale<sup>62</sup>; favorendosi

<sup>60</sup> In questi termini e per maggiori dettagli tecnici, v. PRINCIPATO, *YouTube sfodera i filtri antipirati*, reperibile all'URL: <http://punto-informativo.it/2089954/PI/News/youtube-sfodera-filtri-antipirati.aspx>. Nella giurisprudenza nordamericana, v. 9<sup>th</sup> Cir., 10 dicembre 2007, nel caso « Perfect10, Inc. v. Amazon.com, Inc. » cit., dove si è negata in proposito l'ipotesi della responsabilità vicaria — analoga all'art. 2050 c.c. — ritenendosi allo stato inesistente un'idonea « *image-recognition technology* » che il gestore di un motore di ricerca possa (ovvero debba) adottare al fine di assicurare la presenza di tutti i mezzi in grado d'impedire illecito pregiudizievole; anche in Germania v. Trib. Monaco, 19 aprile 2007, in *MMR*, 2007, 453, con nota di MANTZ, e Trib. Amburgo, 15 giugno 2007, in *ZUM-RD*, 2007, 433, entrambi i quali hanno escluso una corresponsabilità dei gestori di portali per mancato filtraggio dei materiali immessi dagli utenti, considerando inesigibili tali sistemi sul piano legale e, comunque, scarsamente efficienti sul piano tecnico.

<sup>61</sup> Così per es. App. Colonia, 21 settembre 2007, in *ZUM*, 2007, 927, ha imposto all'*host-provider* l'obbligo di specifico controllo individuale sugli *hyperlinks* degli utenti se già segnalati come contraffattivi dal titolare dei materiali attraverso l'apposita procedura di notifica degli illeciti; sulla diligenza esigibile ai sensi dell'art. 4 della

legge svedese n. 112/1998, cit. *supra* — come riferisce PALME, *Swedish Law on Responsibilities for Internet Information Providers*, Department of Computer and Systems Sciences, Stockholm University/KTH, all'URL <http://people.dsv.su.se/~jpalme/society/swedish-bbs-act.html> — la relazione governativa chiarisce che « *the practical method of supervision will depend on the particular circumstances. It is, for example, not required that the supplier continuously checks every single message transmitted by the service. Some kind of supervision is however needed. It is not acceptable to not supervise the service at all for a longer time. The provider must regularly go through the content of the electronic bulletin board. How often this is done varies from case to case depending on the content of the service. Commercial services must check more regularly than private services. It is not intended that the activity of the supplier should be seriously hampered by the Act. If the number of messages is so large, that it is too cumbersome to check them all, it can be acceptable to provide an abuse board, to which users can complain of the existence of illegal messages* ».

<sup>62</sup> *Contra*, v. nettamente Trib. Cuneo, 19 ottobre 1999, in *Annali it. dir. autore*, 2000, 809, per cui l'attività dell'*internet service provider* che offra servizi di *hosting* non pare inquadrabile in alcuna

poi al contempo, in tal modo, la concentrazione di pochi, grandi *providers* che questi rigorosissimi sistemi possano approntare sul piano tecnico ed economico, a detrimento di siti minori e indipendenti con o senza finalità di lucro<sup>63</sup>. Non appare perciò accettabile nemmeno la teoria dell'attività del *provider* come « di per sé » illecita in quanto idonea a provocare causalmente la commissione di atti illeciti tramite scambi *peer-to-peer* da parte degli utenti, la quale equivarrebbe a sostenere che anche un operatore di servizi telefonici — nel predisporre tale attività — agevoli altresì telefonate minatorie od altri eventuali illeciti commessi attraverso la rete così posta a disposizione, risultandone giuridicamente corresponsabile: e di questo passo, si potrebbe sostenere che, per es., il gestore di autostrade — non necessariamente informatiche — agevoli condotte illecite da parte di eventuali guidatori o perfino rapine ai veicoli porta-valori con la predisposizione di tali strutture in sé, senza le quali l'illecito non avrebbe potuto esser commesso, risultandone così ancora corresponsabile...! Oltre che contro il senso comune e il principio di causalità diretta in materia quanto meno risarcitoria — ai sensi dell'art. 1223 c.c., a sua volta richiamato ex art. 2056, 1° comma, c.c., per gli illeciti extracontrattuali, nonché ex art. 125, 1° comma, del D.Lgs. n. 30 del 10 febbraio 2005, anche nel testo sostituito dal D.Lgs. 16 marzo 2006, n. 140, in tema di proprietà industriale — questa teoria, costituente forse l'estremo corollario della già contestata tesi di pericolosità dell'attività *in re ipsa* nella fornitura dei servizi telematici, contraddice palesemente sia la disciplina sull'esonero da responsabilità nell'ambito del commercio elettronico nelle ipotesi ivi contemplate, sia, più specificamente nell'ambito della proprietà intellettuale, il principio d'univocità o, almeno, di prevalenza per finalità illecite che attrezzature o servizi tecnici debbono presentare per essere a loro volta considerati illeciti<sup>64</sup>: cfr. l'art. 171-ter, 1° comma, lett. *f-bis*,

delle fattispecie di responsabilità per fatto altrui, previste dall'ordinamento, né, in particolare, integra un'attività pericolosa.

<sup>63</sup> Cfr., in Italia, Aut. Gar. Concorrenza, 23 novembre 2005, n. 14908, in *Giust. civ.*, 2006, I, 1917, secondo la quale, per es., non è ancora idonea a generare sostanziali mutamenti degli equilibri concorrenziali un'operazione di concentrazione avente per oggetto l'acquisizione dei numerosi rami di azienda — facenti capo ai titolari di concessioni per la raccolta di scommesse ippiche e sportive — da parte della società che già offriva propri servizi di *service provider* alla quasi totalità dei medesimi concessionari, e come tale, pertanto, gestiva i servizi fondamentali per l'e-

spletamento della raccolta. Per i possibili abusi di posizione dominante di *Google Books* nel settore librario *on line*, derivanti alla transazione sulla *class action* in USA, v. LINCESSO, *Proprietà intellettuale e digitalizzazione di libri: il caso Google*, in *Dir. ind.*, 2010, 359 ss.

<sup>64</sup> Così, perfino l'organizzazione di una gara sportiva di *bob* non può essere ritenuta di per sé una « attività pericolosa » ai sensi dell'art. 2050 c.c., con riferimento ai danni subiti dagli atleti, e per i quali è prevedibile la verifica, in quanto provocati da (inevitabili) errori del gesto sportivo degli atleti stessi, impegnati nella gara: per Cass., 13 febbraio 2009, n. 3528, in *Giust. civ.*, 2009, I, 1561, dunque, siffatta

della l. n. 633/1941 e succ. mod., anche in attuazione dell'art. 6, § 2, della direttiva 29/2001/CE, ai sensi del quale gli Stati membri prevedono un'adeguata protezione giuridica contro la fabbricazione, l'importazione, la distribuzione, la vendita, il noleggio, la pubblicità o la detenzione a scopi commerciali di prodotti, attrezzature o componenti, ovvero la prestazione di servizi che (a) siano oggetto di una promozione, di una pubblicità o di una commercializzazione, con la finalità di eludere, o (b) non abbiano, se non in misura limitata, altra finalità o uso commercialmente rilevante, oltre quello di eludere, o (c) siano principalmente progettate, prodotte, adattate o realizzate con il fine di rendere possibile o facilitare l'elusione della protezione delle opere o dei materiali tramite efficaci misure tecnologiche. A questo proposito, anche il « considerando » n. 48 precisa che « tale protezione giuridica dovrebbe rispettare il principio della proporzionalità e non dovrebbe vietare i dispositivi o le attività che hanno una finalità commerciale significativa o un'utilizzazione diversa dall'elusione della protezione tecnica »: non v'è tuttavia dubbio che l'irresistibile « voglia di tutela » nell'attuale ambito della proprietà industriale o intellettuale abbia indotto a responsabilizzare e perfino a criminalizzare sistemi o servizi idonei a diffondere di per sé tanto materiali contraffatti quanto materiali del tutto leciti, deducendosene assai troppo sbrigativamente e astrattamente un'univocità od una prevalenza soltanto nel primo senso, ma così *sidestepping* sia l'area di *safe harbor* prevista in materia di commercio elettronico<sup>65</sup>, sia i principi di causalità diretta e di effet-

attività può essere considerata pericolosa solo se, in conseguenza di essa, gli atleti sono stati esposti a conseguenze più gravi di quelle che possono essere determinate da tali errori. Né, del pari, può considerarsi pericolosa l'attività bancaria, di per sé o in relazione alla natura dei mezzi adoperati; tuttavia la stessa attività può indubbiamente sollecitare, più di altre, iniziative ovvero comportamenti illeciti da parte di terzi, anche pericolosi per l'incolumità altrui; per questo motivo — secondo Cass. 11 febbraio 2009, n. 3350, in *Resp. civ.*, 2009, 806, con nota di IURILLI, stante qui peraltro l'assenza di un'espressa esenzione da *safe harbor* — in ipotesi di furto d'identità, è obbligo della banca effettuare tutti i controlli minimi indispensabili al fine della corretta identificazione del cliente, e della prevenzione di ogni possibile danno patrimoniale all'effettivo titolare di dati bancari. Cfr. inoltre DELLA MONACA, *La fornitura di energia elettrica e la responsabilità da attività pericolosa* (nota a Cass., 15 maggio 2007, n. 11193), in *Resp. civ.*, 2007, 2305; VIDIRI, *Lo sport del calcio è una attività*

*pericolosa?* (nota a Cass., 19 gennaio 2007, n. 1197), in *Corr. giur.*, 2007, 491 ss.; GIRIMONTE, *Esiste uno standard di diligenza nell'esercizio delle attività pericolose?* (nota a Cass., sez. III, 13 maggio 2003, n. 7298), in *Giur. it.*, 2004, 976 ss. In ogni caso, l'accertamento concreto se una certa attività — non espressamente qualificata come pericolosa da una disposizione di legge — possa considerarsi tale o meno, ai sensi dell'art. 2050 c.c., implica una valutazione di fatto, rimessa in via esclusiva al giudice di merito ed insindacabile in sede di legittimità ove motivata in modo logico e corretto: Cass., 19 gennaio 2007, n. 1195, in *Giust. civ.*, 2008, I, 2600. *Contra*, v. ROSSELLO, *La responsabilità del provider de jure condendo*, 625, che tenta di comparare la fattispecie in esame — dando per scontato che l'ISP sia sempre e comunque responsabile in virtù del principio napoleonico « *ubi emolumentum, ibi onus* » con il danno da prodotto.

<sup>65</sup> *Supra*, a nota n. 17; sull'irresistibile « voglia di tutela » iper-protezionista, nella proprietà industriale ed intellettuale,

tiva prevalenza sanciti dalla disciplina nazionale e comunitaria<sup>66</sup>. Permane peraltro assai dubbio che la tecnologia *peer-to-peer* sia di per sé prevalentemente predisposta per la diffusione di materiale contraffatto rispetto alla condivisione di materiali del tutto leciti<sup>67</sup>: ma resta ancora più difficile ipotizzare un salto di secondo grado, ossia considerare potenzialmente illecita o quanto meno pericolosa *in re ipsa* una fornitura di servizi telematici che, a sua volta, consenta anche l'eventuale uso di sistemi *peer-to-peer*, *torrent*, ecc., così violandosi anche l'ulteriore pilastro della neutralità della rete rispetto ai contenuti ivi veicolati o ai sistemi di trasmissione degli utilizzatori<sup>68</sup>.

## 5. IL DISTINTO REGIME DELLA RESPONSABILITÀ PER I FORNITORI

« ATTIVI » O « PASSIVI » DI SERVIZI TELEMATICI.

Chiaritosi che anche nel campo della proprietà intellettuale e, in particolare, nel diritto d'autore, la disciplina della direttiva sul commercio elettronico concernente la (ir)responsabilità dei fornitori di servizi nei casi ivi considerati — come si è rilevato — si applica in via generale e diretta<sup>69</sup>, restano tuttora irrisolti

v. con chiarezza FLORIDIA, in AA.VV., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, Torino, III ed., 2009, 182 s.

<sup>66</sup> Perfino nell'assai rigorosa e pressoché oggettiva disciplina del danno da prodotto, il produttore deve adottare « misure proporzionate in funzione delle caratteristiche del prodotto fornito per consentire al consumatore di essere informato sui rischi connessi al suo uso e per intraprendere le iniziative opportune per evitare tali rischi, compresi il ritiro del prodotto dal mercato, il richiamo e l'informazione appropriata ed efficace dei consumatori » (art. 104, 3° comma, del « codice del consumo », approvato con del D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206): e la responsabilità del produttore insorge anche verso i terzi danneggiati solo se il prodotto è difettoso anche in relazione all'uso al quale il prodotto può essere ragionevolmente destinato ed ai comportamenti che, in relazione ad esso, si possono ragionevolmente prevedere (art. 117, 1° comma, lett. b), ma non se il prodotto è « abusato » in maniera illegale dall'utente, come pure sostengono taluni nel considerare per es. corresponsabile anche il produttore di armi — sicuramente più « pericolose », nel diritto italiano, ex art. 2050 c.c. — per gli eventuali omicidi... abusivamente o perfino accidentalmente commessi dai loro utilizzatori: cfr. per es.

la dichiarazione assai dettagliata sul piano giuridico — alla luce del caso « Maxfield v. Bryco/Jenning », 13 maggio 2003, Alameda Count. Cal. Superior Court — effettuata dalla sen. FEINSTEIN, *In Opposition to the Gun Manufacturers' Liability Bill*, in *Congr. Rec.*, 25 febbraio 2004, v. 150, n. 21, all'URL: <http://feinstein.senate.gov/04Speeches/gun%20liability%20%2025.htm>.

<sup>67</sup> V., per es., l'oscillante casistica olandese cit. *supra* a nota n. 32 e *infra*, n. 70.

<sup>68</sup> Per la dottrina italiana, cfr. RICCIO, *Solo la neutralità degli internet provider può salvare la rete da un « effetto gelo »*, in *Guida dir.*, 2008, n. 48, 107 ss.; per la dottrina statunitense, v. ELKIN-KOREN, *Making Technology Visible: Liability of Internet Service Providers for Peer-to-Peer Traffic*, in *New York Univ. Jour. Legis. & Pub. Policy*, 2006, 15 ss.

<sup>69</sup> Dubbia è infatti la configurabilità di tali norme come eccezionali (perciò insuscettibili di applicazione analogica o, per lo meno, d'interpretazione estensiva), non trattandosi — a ben vedere — di disciplina speciale, ma relativa ad un generale filo rosso che accomuna un'intera tipologia di fornitori « passivi » nei servizi della società dell'informazione secondo una predeterminazione normativa circa l'assenza di un dovere di vigilanza eziologicamente e psicologicamente

numerosi nodi interpretativi e fattuali, tra cui, in primo luogo, una chiara distinzione tra i fornitori « passivi » inclusi nella zona di sicurezza ed i fornitori « attivi » per i quali il *safe harbor* degli artt. 14-17 del D.Lgs. 70/2003 rimane precluso, assoggettandoli così a responsabilità quanto meno concorrente per gli eventuali illeciti contraffattivi degli utenti<sup>70</sup>: è probabilmente la mag-

rilevante per l'interpretazione o per l'applicazione della clausola generale sulla responsabilità, ex art. 2043 c.c., rispetto alla quale la disciplina in esame si presenta dunque come precisazione conforme e non derogatoria, né, di conseguenza, eccezionale.

<sup>70</sup> Com'è noto, del resto, sotto la qualifica di *internet service providers* si assommano molteplicità di figure tipologiche, che procedono dal mero fornitore di connettività al fornitore dei contenuti, dal mero gestore di un portale ad uso di terzi al diffusore di *software* per *peer-to-peer* o di *hyperlinks* per *file-sharing*, ecc.: secondo Trib. Napoli, 14 giugno 2002, in *Corr. giur.*, 2003, 75, con nota di CASSANO e BUF-FÀ, i soggetti tipicamente coinvolti nella gestione di un sito *web* sono infatti almeno tre, ossia: a) il fornitore di contenuti (*content provider*); b) il *maintainer* che interagisce burocraticamente ovvero tecnicamente con l'ente proposto alla registrazione dei nomi a dominio; c) l'*host service provider*, che consente al *content provider* di pubblicare pagine del suo sito sul proprio *server*. La varietà d'ipotesi intermedie contribuisce, in definitiva, ad alimentare un approccio casistico e fattuale, come per es. nota — nell'ambito della giurisprudenza olandese — COHEN JEHOAM, *Facilitating Copyright Infringement by running peer-to-peer networks. Even the Netherlands may join a growing international consensus*, analizzando adesivamente una condanna del gestore di un motore specializzato nella ricerca di *files* MP3 sulla base del fine di lucro e del prevalente impiego per il reperimento di materiali contraffatti (App. Amsterdam, 15 giugno 2006, in *Auteursrecht, Tijdschrift voor auteurs en Mediarecht*, 2006, n. 5, 173, con nota di KOELMAN) rispetto alla precedente decisione della medesima Corte d'Appello (28 marzo 2002, *ivi*, 2002, n. 4, 134), che aveva « assolto » il sito *Kazaa* perché esso non poteva di fatto avere il controllo circa l'uso contraffattivo o meno del suo programma di condivisione da parte dei singoli utenti. Quest'ultima decisione era stata peraltro confermata dal Supremo Collegio olandese (Hoge Raad, 19 dicembre 2003, *ivi*, 2004, n. 1, 9, con nota di HUGENHOLTZ) in base all'analisi di fatto svolta in primo grado ed

alla circostanza che il programma non era utilizzabile esclusivamente per condividere materiali contraffatti, a differenza di quanto è notoriamente avvenuto negli Stati Uniti d'America per l'analogo sito « Grokster », cit., dove la prevalenza dell'uso illecito di fatto è stata ritenuta sostanzialmente determinante pure per l'illiceità in linea di diritto (*contra*, nonostante i tentativi dei giudici di quest'ultimo caso di conciliare le due decisioni secondo la tecnica delle distinzioni, v. però il ragionamento della Corte Suprema nella precedente causa « Sony Corp. America v. Universal City Studios, Inc. », 17 gennaio 1984, in *Foro it.*, 1984, IV, 351, con nota di PASCUZZI). Sul punto, v. inoltre CERINA, *Il caso Napster e la musica on-line: cronaca della condanna annunciata di una rivoluzionaria tecnologia* (nota a Federal Court [USA], Cal., 26 luglio 2000, Leiber v. Napster, Inc.), in *Dir. ind.*, 2001, 26 ss.; in Francia, Trib. Gr. Inst., Parigi, III Sez., 22 giugno 2007, in *Comm. - comm. électronique*, 2007, n. 143, nel caso « Myspace », con indubbio rigore, ha assimilato un gestore di un portale ad un « attivo » editore elettronico — escludendolo, in questa maniera, dalla sfera di salvaguardia della l. 22 giugno 2004, n. 575, che ha attuato in Francia la direttiva sul commercio elettronico — e ha applicato le norme generali sull'illecito civile senza bisogno di una preventiva diffida o notifica al *provider* da parte del titolare leso: v. tuttavia, più recentemente, la decisione del medesimo giudice parigino, III Sez., 10 aprile 2009, ancora inedita, secondo la quale un sito che ospiti filmati audiovisivi degli utenti, pur elaborandoli sul piano tecnico per consentirne lo *streaming* e approntando motori di ricerca per il loro efficace reperimento da parte del pubblico, non diviene per questo un portale attivo — ai fini della disciplina in esame — in quanto la decisione di pubblicizzare tali filmati resta sotto il controllo degli utenti stessi, salva peraltro la responsabilità del gestore del sito nel caso di mancata adozione di misure di salvaguardia dopo un'adeguata diffida notificatagli dall'avente diritto tramite le apposite procedure o altrimenti efficaci per garantire l'effettiva consapevolezza. In Italia, infine, per Trib.

giore difficoltà nell'individuare questi ultimi o la circostanza che il fornitore di servizi sia comunque più solvibile ad avere forse estremizzato l'induzione a reperire sempre e comunque un comportamento « attivo » che integri un *quid pluris* necessario per superare i limiti della mera « passività », originando *a contrario* l'onere di controllo preventivo e la concorrente responsabilità sia penale sia risarcitoria per gli illeciti contraffattivi, così com'era in precedenza avvenuto nel sopra menzionato caso deciso dal Supremo Collegio<sup>71</sup> nell'ambito dei servizi di *media* radiotelevisivi (oggi, fra l'altro, assimilabili in parte ai servizi *on line* per effetto del D.Lgs. 15 marzo 2010, n. 44, in attuazione della direttiva n. 2007/65/CE)<sup>72</sup>: di siffatta tendenza sono state espressione, da ultime, nel caso « *Google AdWords* », le conclusioni dell'Avvocato Generale — secondo il quale « l'*AdWords* non è (...) un veicolo neutro di informazioni » in quanto « *Google* ha un interesse diretto a che gli utenti di Internet selezionino i collegamenti degli annunci pubblicitari », esulando per questo dal *safe harbor* di cui agli artt. 14 ss. della direttiva n. 2000/31 — ma correttamente rigettate dalla Corte di Giustizia<sup>73</sup>, che ha demandato al giudice nazionale un più analitico accertamento di fatto sul punto, mentre anche la giurisprudenza italiana di merito sembra essersi ormai orientata in quest'ultimo senso, escludendo che mere attività di organizzazione del sito o perfino di automatiche predisposizioni di *hit parades* dei materiali ivi apposti possano debordare in una condotta più « attiva » rispetto alle attività previste agli artt. 14 ss. del D.Lgs. n. 70/2003<sup>74</sup>. In ultimo, anche la Suprema Corte ha motivato la sentenza di condanna del gestore del noto sito « *Pirate Bay* », evidenziando come quest'ultimo avesse non solo attivamente, ma pure coscientemente selezionato le opere au-

Catania, 29 giugno 2004, in *Foro it.*, 2005, I, 1259, il titolare del dominio presso il quale viene gestito un sito, se non prova di essersi limitato a mettere a disposizione dei terzi il servizio di ospitalità (ossia di essere mero *service provider* rispetto ad eventuali contenuti illeciti pubblicati su tale sito), si deve ritenere responsabile di tali contenuti e rispondere del danno causato dalla loro diffusione, in qualità di *content provider*.

<sup>71</sup> Cass., 29 maggio 2003, n. 8597, cit. *supra*, a nota n. 10; anche nell'originaria Svezia, la responsabilità sia civile sia penale del gestore del sito « *The Pirate Bay* » è stata da ultimo confermata da Trib. Stoccolma, 17 aprile 2009, in *DOM B* 13301-06, per l'attiva e consapevole induzione alla contraffazione nei confronti degli utenti, con una pesante condanna anche sul piano della liquidazione dei danni risarcibili ai titolari dei diritti di *copyright* lesi. Nello

stesso senso di una (cor)responsabilità per consapevole induzione attiva, cfr. Cass. francese, sez. I, 14 gennaio 2010, in *Comm. comm. électr.*, 2010, n. 25, con nota di STOFFEL-MUNCK (caso « *Tiscali* »).

<sup>72</sup> Su cui v. ROBERTI e ZENO-ZENCOVICH, *Le linee-guida del D.Lgs. 15 marzo 2010, n. 44* (« *Decreto Romani* »), in questa *Rivista*, 2010, 1 ss.

<sup>73</sup> Corte Giust. CE, 23 marzo 2010, cit.; per una coerente critica alle conclusioni dell'avvocato generale *in parte qua* (§ 145), v. SPEDICATO, *La sottile linea di confine*, cit., testo e nota n. 82, anche per ulteriori riferimenti alla neutralità della rete.

<sup>74</sup> Trib. Milano 12 aprile 2010, cit., 105 del dattiloscritto, dove si legge che il filmato in esame era rimasto visibile sul sito di YouTube per due mesi, dove era stato perfino « inserito nei video più divertenti e più « ciccati » dagli utenti (*sic!*) ».

diovisive contraffatte, apposte dagli utenti, al fine di indicizzarle e agevolarne così la fruizione agli altri utenti<sup>75</sup>; a maggior ragione, nel caso di eventuali *hyperlinks* a materiali contraffattivi — correttamente ritenuti illeciti, anche nei confronti dell'utente che li aveva effettuati, solo qualora quest'ultimo fosse consapevole della loro natura illegale e il suo comportamento, anzi, incentivasse deliberatamente la fruizione di tali materiali<sup>76</sup> — il mero fornitore dei servizi d'interconnessione (quale, nella fattispecie, Telecom Italia s.p.a.) è stato ritenuto esente da ogni responsabilità, nonostante le richieste di parte attrice (nella specie, Sky Italia s.p.a.)<sup>77</sup>. Resta invece ancora aperta la questione che riguarda espressamente siti e portali quali *YouTube* (nonché la sua controllante *Google*)<sup>78</sup>, per cui l'idoneità di atti d'indicizza-

<sup>75</sup> Cass. pen., 23 dicembre 2009, cit., in motivazione, che definisce l'intervento non più «agnostico» sui contenuti immessi.

<sup>76</sup> Cass. pen., 4 luglio 2006, in Foro it., 2006, II, 645.

<sup>77</sup> Trib. Milano, 20 marzo 2010, nel caso «Sky Italia c. Telecom Italia s.p.a. ed altro», ancora inedita.

<sup>78</sup> Ma v. anche i siti che ospitano aste *online*: per Trib. Comm., Parigi, 30 giugno 2008, in *Dir. Internet*, 2008, 568, con nota di FALLETTI, «eBay» è un sito d'intermediazione e — pertanto — non può beneficiare della qualifica d'intermediario tecnico ai sensi dell'art. 6 della legge francese sul commercio elettronico perché esso sviluppa un'attività commerciale a fini di profitto sulla vendita di prodotti, non limitandosi ad un'attività di *hosting* consistente nella mera raccolta dei dati. L'aproposito «colpevolista» è stato ribadito da App. Parigi, Pôle 5, II Chambre, 3 settembre 2010, nel caso «Parfums Christian Dior, Kenzo Parfums, Parfums Givenchy e Guerlain», dove appare volersi a tutti i costi confermare — anche da parte del giudice di secondo grado — che le società del gruppo *eBay*, «*afin de mener à bien les opérations en cause (...), assistant les vendeurs dans la définition de l'objet mis en vente et sa description, et en leur proposant de profiter «d'un gestionnaire des ventes», «d'assistants vendeurs» ou de créer une «boutique en ligne» destinée à promouvoir leurs ventes et à améliorer leur visibilité, ou même de devenir «PowerSeller»*», così realizzandosi una pretesa «*intervention active*» in quanto «*tous moyens dont l'objectif est de permettre aux utilisateurs de «développer leurs activités» et de mettre en avant leurs produits*»; nella sentenza «gemella» in pari data (all'URL: [www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id\\_article=2970](http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=2970)), la Corte ha condannato, in particolare, *eBay, Inc.* ed *eBay AG* a risarcire alla soc. *Christian Dior Couture* le somme di € 800.000 per abusivo sfruttamento dei diritti di proprietà intellettuale di quest'ultima, € 1.800.000 per danno d'immagine derivante dai prodotti contraffatti sul sito d'aste e € 80.000 per danni morali. Per le medesime conclusioni legali, infine, v. la terza sentenza gemella dello stesso giudice nel caso «eBay c. L.Vuitton Malletier», anch'essa del 3 settembre 2010. Viceversa, per Trib. Grande Inst., Parigi, 2 luglio 2007, in *Dir. Internet*, 2008, 39, con nota di LOMBARDI, deve negarsi la responsabilità sia del *content* che dell'*hosting provider* per i contenuti illeciti fruibili attraverso un proprio sito *web* — costituente un «meta-mondo», dove le persone si relazionano attraverso identità virtuali (c.d. «*avatar*») — qualora non vi sia la prova dell'apporto causale alla divulgazione di materiali pornografici o della reale conoscenza di contenuti illeciti. Diversa è naturalmente l'ipotesi di responsabilità dell'offerente diretto: cfr. BGH, 11 marzo 2009, in *CR*, 2009, 450, con nota di RÖSSEL (vendita di gioielli contraffatti tramite eBay). In Giappone, cfr. Trib. Tokio, 17 dicembre 2003, nel caso «JASRAC c. Y.K Nihon M.M.O.», dove i gestori del portale M.M.O. sono stati ritenuti corresponsabili per le violazioni commesse dagli utenti anche sul piano del risarcimento del danno — ivi liquidato in 3.400.000 yen a favore di JASRAC ed in 3.700.000 yen a favore di 29 produttori fonografici — poiché considerati non quali meri *hosters*, ma altresì emittenti del servizio di *file-sharing* «*File Rogue*», così esulando anche in questa fattispecie dall'ambito dell'esenzione contemplata dall'*ISP Liability Limitation Act*: su questo caso,

*spip.php?page=jurisprudence-decision&id\_article=2970*), la Corte ha condannato, in particolare, *eBay, Inc.* ed *eBay AG* a risarcire alla soc. *Christian Dior Couture* le somme di € 800.000 per abusivo sfruttamento dei diritti di proprietà intellettuale di quest'ultima, € 1.800.000 per danno d'immagine derivante dai prodotti contraffatti sul sito d'aste e € 80.000 per danni morali. Per le medesime conclusioni legali, infine, v. la terza sentenza gemella dello stesso giudice nel caso «eBay c. L.Vuitton Malletier», anch'essa del 3 settembre 2010. Viceversa, per Trib. Grande Inst., Parigi, 2 luglio 2007, in *Dir. Internet*, 2008, 39, con nota di LOMBARDI, deve negarsi la responsabilità sia del *content* che dell'*hosting provider* per i contenuti illeciti fruibili attraverso un proprio sito *web* — costituente un «meta-mondo», dove le persone si relazionano attraverso identità virtuali (c.d. «*avatar*») — qualora non vi sia la prova dell'apporto causale alla divulgazione di materiali pornografici o della reale conoscenza di contenuti illeciti. Diversa è naturalmente l'ipotesi di responsabilità dell'offerente diretto: cfr. BGH, 11 marzo 2009, in *CR*, 2009, 450, con nota di RÖSSEL (vendita di gioielli contraffatti tramite eBay). In Giappone, cfr. Trib. Tokio, 17 dicembre 2003, nel caso «JASRAC c. Y.K Nihon M.M.O.», dove i gestori del portale M.M.O. sono stati ritenuti corresponsabili per le violazioni commesse dagli utenti anche sul piano del risarcimento del danno — ivi liquidato in 3.400.000 yen a favore di JASRAC ed in 3.700.000 yen a favore di 29 produttori fonografici — poiché considerati non quali meri *hosters*, ma altresì emittenti del servizio di *file-sharing* «*File Rogue*», così esulando anche in questa fattispecie dall'ambito dell'esenzione contemplata dall'*ISP Liability Limitation Act*: su questo caso,

zione o d'intervento nell'apposizione di *user-generated contents* a travalicare la mera condotta « passiva » di *hosting* — secondo una recente sentenza di condanna del giudice capitolino<sup>79</sup> — risulta contrastare, allo stato, con due opposte decisioni che, in base all'analoga disciplina estera di *safe harbor*<sup>80</sup>, da un lato, hanno assai convincentemente analizzato come anche tali attività rientrino nelle funzioni tecniche ascrivibili ai servizi di ospitalità; dall'altro, hanno smentito che l'eventuale fine di lucro dei *service providers* possa surrettiziamente reintrodurre dalla finestra la corresponsabilità di tali intermediari (spesso tipicamente professionali), che la disciplina di esenzione ha chiaramente escluso già dalla porta principale senza distinguere la finalità sotto questo profilo<sup>81</sup>, ma ferma restando la pressoché « endemica » idoneità a ledere possibili diritti altrui da parte degli utenti, nell'ambito di una legislazione dove ormai tutto ciò che esiste... è protetto

v. DOI, *Copyright Infringement and Tort Claims Arising on the Internet and the Role of Service Providers under the ISP Liability Limitation Act*, in *Patents & Licensing*, agosto 2008, 9; ottobre 2008, 9; dicembre 2008, 9; febbraio 2009, 9.

<sup>79</sup> Trib. Roma, 16 dicembre 2009, cit. supra, a nota n. 44.

<sup>80</sup> U.S. District Court, S.D., New York, 23 giugno 2010, nei casi riuniti « *Viacom International, Inc. ed altri v. YouTube, Inc., YouTube, LLC, e Google Inc.* », 7 Civ. 2103 (LLS) e « *Football Ass. Premier League Limited ed altri v. YouTube, Inc., YouTube, LLC, e Google Inc.* », 7 Civ. 3582 (LLS), sulla base della sec. 512(c), 17, U.S.C., ancora inedita, nonché *Juzgado de lo Mercantil*, N° 7, sentenza del 22 settembre 2010, n. 289, nel caso « *Gestevisión Telecinco S.A. c. YouTube LLC*, ed altri », ancora inedita: anche in Spagna — dove gli artt. 13 ss. della legge 11 luglio 2002, n. 34, hanno attuato sul piano interno la direttiva sul commercio elettronico — l'art. 17, §1, estende infatti espressamente le medesime condizioni d'esenzione previste per le attività di *caching*, *hosting* o *mere conduit* ai casi di *hyperlinks* o di altri mezzi per reperire materiali illeciti: « *los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que a) no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de in-*

*demnización, o b) si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente* ». Sotto questo profilo, si precisa inoltre come « *se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse* » (§ 2), mentre l'esenzione « *no operará en el supuesto de que el proveedor de contenidos al que se enlace o cuya localización se facilite actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos* » (§ 3). A siffatto riguardo, la giurisprudenza iberica ha così avuto più facile gioco nell'escludere ogni responsabilità, da parte del fornitore di servizi, qualora quest'ultimo non sia stato destinatario di atti di una competente autorità che abbia effettivamente notificato eventuali contenuti contraffatti o collegamenti ipertestuali ad altri materiali illeciti *off-site*, ovvero in mancanza di un'adeguata diffida da parte del titolare di diritti lesi, anche attraverso le apposite procedure di reclamo nel sito stesso: v. già App. Madrid, II Sez. pen., 11 settembre 2008, in *Rep. pen.*, Aranzadi, 2008, n. 498.

<sup>81</sup> In senso conforme, MANTELERO, *La responsabilità on line*, cit., 409 s.; contra, ROSSELLO, *La responsabilità*, cit., 628.

da qualche privativa<sup>82</sup>. In particolare, occorre evitare la paradossale conseguenza di ritenere fornitore di per sé « attivo » colui che tenti preventivamente di filtrare contenuti, soprattutto mediante sistemi automatici, rendendosi così responsabile per « intromissione » sui contenuti stessi proprio chi operi più diligentemente e coscienziosamente al fine di prevenire gli illeciti e non già di agevolarli, o parimenti disincentivandosi atti di mera organizzazione tecnico-formale dei contenuti ospitati nel sito — ossia nell'ambito di un'attività che è invece tipicamente finalizzata all'*hosting* — per timore di essere perciò considerati fornitori « attivi »<sup>83</sup>. La repressione o rimozione delle attività e dei materiali illeciti, soprattutto nei casi di fornitori « passivi », ben può essere infatti perseguita non già mediante la responsabilità civile o penale di questi ultimi, bensì, secondo quanto si è accennato, attraverso le misure reali — quali l'inibitoria — nei loro confronti (com'è d'altronde previsto espressamente dalla disciplina europea e dalla sua attuazione italiana)<sup>84</sup>, incluso al limite il sequestro

<sup>82</sup> E perfino ciò che non esiste più, come sistemi operativi non più prodotti e forniti dalla *software house* produttrice, pur dietro richiesta di pagamento, ma protetti per periodi quasi geologici, a prescindere da qualsiasi onere d'attuazione per il mercato e di cui l'utente ha però bisogno per far « girare » il legittimo prodotto, acquistato sotto un precedente sistema...!

<sup>83</sup> In Germania v. per es. App. Amburgo, 28 settembre 2007, in *ZUM-RD*, 2008, 343, che ha sancito la corresponsabilità del gestore di un portale, il quale aveva previamente selezionato le fotografie inviate dagli utenti e le aveva poi apposte sul sito, contrassegnato con il proprio marchio e così — secondo i giudici — assumendone la responsabilità: cfr., anche in Italia, l'art. 16, 2° comma, del D.Lgs. n. 70/2003, ai sensi del quale l'esenzione dalla responsabilità per *hosting* non si applica « se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore », conformemente alla direttiva.

<sup>84</sup> Cfr. Trib. Napoli, 15 maggio 2002, in *Dir. ind.*, 2003, 163, con nota di MONTUSCHI, secondo il quale — ancorché la direttiva n. 2000/31/CE escluda il potere degli stati membri d'imporre un obbligo generale di sorveglianza al prestatore di servizi sulle informazioni da lui trasmesse o memorizzate per conto degli utenti nella rete o di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite, e subordini a specifiche condizioni la responsabilità del prestatore che si sia limitato a trasmettere informazioni fornite dal destinatario del servizio oppure a fornire

l'accesso alla rete — resta espressamente impregiudicata la possibilità, secondo gli ordinamenti degli stati membri, che un organo giurisdizionale oppure un'autorità amministrativa esiga dal prestatore del servizio che questi impedisca o ponga fine ad una trasmissione. Pare significativo che la disciplina tedesca di attuazione degli artt. 12 ss. della direttiva n. 2000/31/CE sul commercio elettronico, abbia impiegato il più oggettivo termine di « *Verantwortlichkeit* » in luogo di « *Haftung* »: cfr. HOEREN, *Liability in the Internet and the New German Multimedia Law Regulation*, in *Auteurs & Media*, 1998, 309 ss., anche in relazione alla disciplina precedente in vigore dal 1997. Sull'ormai pacifica facoltà d'imporre ordini inibitori sia definitivi sia cautelari (*vorbeugende Unterlassungsansprüche*) su materiali contraffattivi o sull'accesso ai relativi *links* ai sensi del § 97 *UhrG.*, anche nella giurisprudenza tedesca, v. BGH, 19 aprile 2007, in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Int. Teil)*[*GRUR Int.*], 2007, 933, e BGH, 11 marzo 2004, *ZUM*, 2004, 831, con nota di ERNST, entrambe sulla rimozione di offerte di falsi orologi di marca da un sito di aste *on line*; Trib. Berlino, 14 giugno 2005, *ZUM-RD*, 2005, 398. E così pure in ipotesi di violazione di segni distintivi — quali i nomi a dominio — cfr., in Italia, Trib. Arezzo, 7 novembre 2006, in *Dir. Internet*, 2007, 565, con nota di ALBERTINI, per il quale « il *provider*, che si limiti a registrare un sito (*rectius*: un *domain name*) per conto del cliente, in considerazione dell'automatismo di tale operazione, non ha la

del sito (ma salve le delicate questioni sopra discusse circa i pericolosi « blocchi » alla libertà di espressione sulle parti non contraffattive del sito stesso, che, come si è notato, la Corte di Cassazione italiana ha demandato assai pilatescamente al giudice del rinvio)<sup>85</sup>, nonché tramite l'obbligo di fornire le informazioni necessarie per l'individuazione degli utenti responsabili (come, dopo la lunga *querelle* sul conflitto con il diritto di *privacy* degli utilizzatori, sembra essersi ormai orientata la giurisprudenza, tanto in Europa, quanto in Italia)<sup>86</sup>, sia pure sotto il vaglio del-

possibilità di accertare preventivamente la violazione di anteriori segni distintivi altrui e quindi non è responsabile dei danni cagionati a terzi tramite dette violazioni»: né, secondo il giudice aretino, egli potrebbe esser chiamato a rispondere a prescindere dall'elemento soggettivo della colpa, ossia per avere scelto siffatta modalità automatica di registrazione, poiché tale responsabilità oggettiva richiederebbe una base normativa, che manca, oppure una *ratio* evidente — quale un comune interesse presupposto dagli art. 1228 o 2049 c.c. — potendo tuttavia il *provider* risultare sempre il destinatario di un provvedimento che gli inibisca la riattivazione del nome a dominio lesivo. In tema di segni distintivi, v. U.S. District Court, North California, 15 febbraio 2008, nel caso « Bank Julius Baer co. & Ltd c. Wikileaks.org », in *Dir. Internet*, 2008, 233, la quale ha ingiunto al *provider* di cancellare tutte le registrazioni del *DNS hosting* relative a nomi a dominio e ad *account* di *wikileaks.org* o a qualsiasi altro sito o *server* con una pagina bianca, fino ad un nuovo ordine della corte.

<sup>85</sup> *Supra*, testo e nota n. 56.

<sup>86</sup> C. Giust. CE, 19 febbraio 2009, C-557/07, in *G.U.U.E.*, 16 maggio 2009, C 113, 14 (caso « Tele2 »), e C. Giust. CE, 29 gennaio 2008, C-275/06 (« *Promusicae c. Telefónica España SAU* »), in questa *Rivista*, 2008, 182, e in *Dir. Internet*, 2008, 459, con nota di CASO, *Il conflitto tra diritto d'autore e protezione dei dati personali: appunti dal fronte euro-italiano*. La procedura prevista dalle *secc.* 124(A)-(E) del *Communications Act* — introdotte dal *Digital Economy Act* in Gran Bretagna sotto il titolo « *Online infringement of copyright: obligations of internet service providers* » — contempla, in particolare, la redazione di apposite liste degli indirizzi IP presso i quali risulta scaricato materiale contraffatto, da parte dei titolari dei (presunti) diritti lesi, e da notificare ai relativi ISP affinché questi ultimi notifichino a loro volta un *report* di « *warning* » ai rispettivi utenti (*sec.* 124.A — *Obligation to notify subscri-*

*bers of copyright infringement reports*), senza però che sia specificata un'azione precisa da esperire o la corrispondente legittimazione ad agire. Gli ISP, a loro volta, vengono assoggettati ad una periodica « *obligation to provide copyright infringement lists to copyright owners* » (v. *sec.* 124.B), previa richiesta dei titolari stessi, nei casi previsti dall'emanando *OfCom's code* secondo le disposizioni delle *secc.* 124(C) ss.: queste liste di indirizzi IP, tuttavia, restano ancora anonime, dovendo essere l'autorità giudiziaria ad autorizzare l'ulteriore identificazione degli utenti rilevanti (« *relevant subscribers* ») per non rischiarsi evidentemente le medesime censure di violazione della presunzione d'innocenza nelle quali era incorsa la corrispondente « *Loi Hadopi* », in Francia, nella sua prima versione (v. *supra*, nota n. 49), dove la procedura di *notice and take down* era stata affidata unilateralmente ai titolari dei diritti attraverso l'autorità amministrativa, senza nessun previo filtro giudiziale. In Italia — dopo un'ondeggiante giurisprudenza di merito circa l'obbligo o meno di fornire i dati identificativi degli utenti presunti contraffattori (cfr. la rassegna delle ordinanze capitoline annotate da DE CATA, *Il caso « Peppermint ». Ulteriori riflessioni anche alla luce del caso « Promusicae »*, in *Riv. dir. ind.*, 2008, II, 404 ss., nota a Trib. Roma, 19 agosto 2006, nel caso « Peppermint Jam Records GmbH c. Soc. Wind telecomunicazioni »; Trib. Roma, 1° marzo 2007, « Peppermint Jam Records GmbH c. Soc. Telecom Italia »; Trib. Roma, 5 aprile 2007; Trib. Roma, 20 aprile 2007; Trib. Roma, 26 aprile 2007; Trib. Roma, 14 luglio 2007, « Techland SP z.o.o. c. Soc. Wind Telecomunicazioni ») — v. da ultimi Trib. Roma, 15 aprile 2010, in *Foro it.*, 2010, I, 1598, nel caso « FAPAV. c. Telecom Italia s.p.a. », che, anche per effetto delle indicate decisioni comunitarie nel frattempo intervenute in senso affermativo, ha stabilito che esistono tutti i presupposti per ordinare pure al fornitore di un servizio di mera connes-

l'autorità giudiziaria. Si può perciò concludere nel senso di un doveroso bilanciamento d'interessi, ma di altrettanto doverosa cooperazione *ex art.* 1227 c.c., atteso che il fornitore dei servizi, quand'anche abbia doveri meramente oggettivi *ex post* come legittimato passivo di azioni puramente reali (e soltanto in questo senso possa perciò qualificarsi come « debitore » anche ai sensi della norma sopra menzionata), dovrà legittimamente attendersi dal titolare dei diritti eventualmente lesi una specifica e circostanziata notifica dei materiali contraffattivi che sia idonea a porlo in uno stato di conoscenza non virtuale o generica, ma effettiva, come richiesto dalla direttiva sul commercio elettronico; e, d'altro canto, che la « polizza di assicurazione » dalla responsabilità per gli illeciti dei propri utenti che gli è attribuita dalla disciplina europea o dalla sua attuazione italiana, lo renda altresì titolare di una sorta di « obbligo di salvataggio », analogo all'art. 1914 c.c., nel senso che — come prevede la disciplina ora menzionata — un fornitore anche passivo abbia il dovere di agire prontamente onde « fare quanto gli è possibile per evitare o diminuire il danno », dopo la richiesta di un'autorità competente o per effetto di diffide stragiudiziali notificate secondo le procedure disposte dallo stesso *provider*<sup>87</sup> o, al limite, per sua stessa iniziativa in casi di manifesta e motivata illiceità, conformemente alla *ratio* dell'art. 17, 3° comma, del D.Lgs. n. 70/2003.

sione ad internet di comunicare, tanto all'autorità giudiziaria, quanto all'amministrazione competente per le comunicazioni, le informazioni ricevute nell'ambito della diffida intimata da un'associazione che persegua il fine statutario di tutelare i produttori e i distributori di opere audiovisive, riguardanti violazioni di diritti d'autore su opere cinematografiche commesse mediante accesso ad alcuni siti *web*, corredate dei dati identificativi dei destinatari del servizio, in possesso del *provider*, ed utili ad integrare le notizie contenute nella diffida dell'associazione medesima (che a tali dati identificativi degli abbonati non avrebbe potuto autonomamente accedere).

<sup>87</sup> Analogamente a quanto previsto

dalla disciplina statunitense: in questo senso Trib. Roma, 11 febbraio 2010, in questa *Rivista*, 2010, 275, con nota di GUIDOBALDI, *YouTube e la diffusione di opere protette dal diritto d'autore: ancora sulla responsabilità dei providers tra hoster attivi, conoscenza dell'illecito e obbligo di sorveglianza*, che, tuttavia, identifica l'effettiva conoscenza del sito ospitante anche mediante comunicazioni ricevute dal titolare — e non necessariamente da una pubblica autorità competente, giudiziaria o amministrativa — senza però precisarne la necessità di chiara o specifica elencazione, che nella fattispecie decisa dall'ordinanza, anzi, risultava del tutto esemplificativa (v. in motivazione, 277).