

GIOVANNI MARIA RICCIO

## SOCIAL NETWORKS E RESPONSABILITÀ CIVILE

**SOMMARIO:** 1. L'avvento dei *social network*. — 2. L'economia di internet e lo sviluppo dei *social network*. — 3. Le problematiche giuridiche. — 4. Servizi gratuiti e servizi a pagamento: una dicotomia irrilevante? — 5. Conclusioni.

### 1. LO SCENARIO DEI *SOCIAL NETWORK*.

«Non molto tempo fa, in una terra lontana, esisteva un sistema di editori feudali. Questi editori cercavano di controllare il numero maggiore di utenti (gli archeologi avrebbero in seguito definito quest'era preistorica web 1.0). Gli utenti, per un po' di tempo, furono felici, fino al giorno nel quale scoprirono che anche loro potevano diventare degli editori facilmente e formare le proprie comunità e i propri regni. Crearono così una nuova terra nella quale i contenuti erano democratici e dove ogni utente avrebbe potuto divenire il re di se stesso. I nuovi siti consentono ben presto agli utenti di pubblicare i loro decreti reali (chiamati blog e podcast), votare per i contenuti, trovare vecchi amici, diventare star di internet, avere dei seguaci<sup>1</sup> e, in taluni casi, diventare anche più potenti dei vecchi editori. Gli utenti chiamarono questa nuova Utopia Web 2.0. Benvenuti nel Social Web»<sup>2</sup>.

Questa metafora, che richiama il feudalesimo e la rete vassallatico-beneficiaria, tratteggia bene la rivoluzione che, negli ultimi anni, ha segnato lo sviluppo di internet. Una rivoluzione caratte-

\* 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. La sentenza Trib. Milano 12 aprile 2010 è pubblicata in questa *Rivista*, 2010, 474.

<sup>1</sup> Questo punto è difficilmente traducibile, giacché gioca sul doppio senso di *followers*, che significa appunto seguaci, ma, al tempo stesso, indica i soggetti che seguono i *tweet* di un determinato utente su Twitter.

<sup>2</sup> F. MINI, *Social Media. Introduction*, in *Internet Case Study Book*, R. Ford-J. Wierderman (eds.), Taschen, Köln, 2010, 232.

rizzata dall'avvento dei *social network* e dalla diffusione del Web 2.0, i cui tratti peculiari sono riassunti in tre P<sup>3</sup>:

a) *pubblicazione*: gli utenti creano i propri contenuti. Non sono più meri utenti/fruitori di contenuti realizzati da altri, ma diventano — se così può dirsi — editori dei propri spazi: si pensi, ad esempio, ai blog, ai servizi offerti a musicisti e artisti (es. MySpace), alla possibilità di pubblicare e condividere foto (es. Flickr) e video (es. YouTube);

b) *partecipazione*: gli utenti hanno un ruolo attivo, possono votare per i contenuti immessi in rete (es. Digg) oppure costruire virtualmente comunità di utenti, abbattendo i tradizionali paradigmi delle connessioni umane fondate sulle limitazioni del tempo (è possibile creare una lista di discussione reclutando i compagni delle elementari sparsi in varie parti del pianeta)<sup>4</sup> e dello spazio (è possibile creare un gruppo di persone situate nei vari continenti ed interessati ad un medesimo settore o accomunati dalla medesima passione) (es. Facebook e LinkedIn);

c) *personalizzazione*: i nuovi servizi permettono agli utenti di personalizzare i contenuti offerti dalla rete. Si pensi, in questo senso, alla possibilità di visualizzare una prima pagina di un giornale telematico, che rispecchi le proprie preferenze ed i propri interessi (es. il servizio offerto dal New York Times) ovvero alla possibilità di selezionare la propria musica preferita (es. Last.fm)<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> In termini simili si è espresso il Gruppo dei Garanti Europei, secondo cui le caratteristiche dei *social network* sarebbero, in estrema sintesi, le seguenti: gli utenti sono invitati a fornire i propri dati personali al fine di generare il proprio profilo; i *social network* forniscono strumenti che consentono agli utenti di pubblicare materiale « generato » da loro stessi (si parla, infatti, di *user-generated content*), come fotografie, diari, clip musicali o link verso altri siti; nei *social network* ogni utente ha una lista di contatti, con i quali può interagire. Cfr. Article 29 Data Protection Working Party, *Opinion 5/2009 on online social networking*, 01189/09/EN del 12 giugno 2009.

<sup>4</sup> Un discorso a parte — non necessariamente privo di rilievi giuridici — è quello relativo all'effimerità delle relazioni via *social network*, che non necessariamente indicano un rapporto di stretta relazione (o di amicizia) tra due individui: sul punto si rinvia alle osservazioni di P. SAMMARCO-L. GUIDOBALDI, *L'amicizia tra giudice e avvocato nei social network*, in questa *Rivista*, 2010, 512 s., nonché il parere, commentato dagli stessi A., nel quale la Corte

Suprema della Florida ha giudicato sulla possibilità di un giudice di essere « amico » su Facebook di un avvocato: Corte Suprema Stato della Florida, 17 novembre 2009, n. 20, in questa *Rivista*, 2010, 498.

<sup>5</sup> In questo caso, il rischio è quello che gli utenti, nel *mare magnum* delle informazioni di internet, finiscano per rivolgersi sempre ai medesimi servizi e ricevano unicamente le informazioni che hanno selezionato. In questo modo, dovrebbe essere fortemente circoscritta la possibilità che si ingenerino degli « incontri fortuiti », fondamentali nel *marketplace of information*, dal momento che consentono agli utenti di imbattersi in informazioni che, generalmente, non sono abituati a ricevere, come, per citare l'esempio più elementare, quelle dei giornali che hanno una linea editoriale contrapposta rispetto alle opinioni politiche dei lettori. Sul punto, per più ampi rilievi, v. C. SUNSTEIN, *Republic.com. Cittadini informati o consumatori di informazioni?*, trad. it., Bologna, 2003, ma v. anche Id., *Republic.com 2.0*, Princeton Univ. Press, 2007 (in particolare, la parte nella quale si discorre dei blogs).

## 2. L'ECONOMIA DI INTERNET E LO SVILUPPO DEI SOCIAL NETWORK.

Lo sviluppo dei *social network*, ancor prima che sul piano strettamente giuridico, deve essere osservato alla luce di alcune peculiarità che caratterizzano l'economia di internet.

Provando a sintetizzare un profilo che meriterebbe un'attenzione che, in questa sede, non è dato dedicargli, è possibile individuare almeno tre aspetti che caratterizzano la creazione e l'espansione delle imprese appartenenti alla c.d. *new economy*.

In primo luogo, a differenza delle regole dell'economia tradizionale, ciò che maggiormente conta è l'idea, che costituisce il valore principale dello *start-up* delle imprese, i cui costi fissi, nella fase iniziale, sono piuttosto circoscritti<sup>6</sup>.

Si pensi, ad esempio, a Facebook, che ha fondato il proprio successo sulla necessità di ritrovare vecchi amici e di creare nuovi canali relazionali, oppure — discostandoci dal « mondo » dei *social network* — ad eBay, il cui sviluppo è stato fondato, almeno nella fase iniziale, sulla necessità degli utenti di disfarsi dei beni inutili (l'esempio classico è quello dei regali di nozze) e di usufruire di una « piazza » mondiale nel quale mettere all'asta la propria merce.

Il secondo aspetto che caratterizza l'economia di internet è poi dato dalla facilità con la quale si creano posizioni monopolistiche.

Un esempio di tale aspetto è rappresentato dal motore di ricerca Google. Agli albori di internet, e per tutto il corso degli anni novanta del secolo scorso, i soggetti che offrivano questo servizio erano in forte concorrenza: dopo un decennio, questa battaglia si è conclusa con la vittoria del servizio più efficiente, che ha conquistato le maggiori fette del mercato, costringendo i concorrenti a concentrarsi sull'offerta di altri servizi.

È dimostrato che gli utenti di internet si rivolgono al servizio che funziona meglio degli altri, facilitando la creazione di posizioni monopolistiche o oligopolistiche (come nel caso dei mercati dei motori di ricerca o delle aste telematiche), che, sfruttando l'abbattimento delle distanze<sup>7</sup>, hanno carattere mondiale<sup>8</sup>.

Sulla base di questa riflessione, si comprende, allora, anche il terzo aspetto che distingue la *new economy* dalla *old economy* e dalle regole della concorrenza che guidano l'economia tradizionale.

<sup>6</sup> Sul tema, in un'ottica più generale, si suggerisce la lettura di un recente e interessante saggio: S. JOHNSON, *Where Good Ideas Come From: The Natural History of Innovation*, Riverhead, 2010.

<sup>7</sup> Il riferimento, in questo caso, è ovviamente a F. CAIRNCROSS, *The Death of Di-*

*stance: How the Communications Revolution Will Change Our Lives*, Harvard Business School Press, 2001.

<sup>8</sup> Cfr. M. NEWMAN, D. WATTS, A.-L. BARABÁSI, *The Structure and Dynamics of Networks*, Princeton Univ. Press, 2006.

Lo sviluppo delle imprese che operano su internet conosce, infatti, dei tassi di sviluppo che sono impensabili per le imprese che operano nel mondo « reale ».

Si pensi che Facebook, tra l'aprile del 2008 e l'aprile del 2009, è cresciuta di circa il 700%, divenendo il secondo sito più visitato della rete<sup>9</sup>. Un'altra spia significativa è rappresentata dal valore commerciale dei segni distintivi: tra i primi dieci marchi a livello globale, ne figurano ben cinque di imprese appartenenti alla *new economy*<sup>10</sup>.

### 3. LE PROBLEMATICHE GIURIDICHE.

Se osservato dal punto di vista dell'interprete del diritto, il fenomeno dei *social network* solleva due principali problematiche, tra loro intrinsecamente connesse.

Da un lato, l'attenzione degli utenti e dei mass-media sembra essersi concentrata principalmente sui possibili rischi connessi alla tutela dei dati personali. Dall'altro, ovviamente, non può non porsi il problema della ripartizione delle responsabilità tra utenti e gestori dei servizi.

Quanto al primo aspetto, occorre in via preliminare interrogarsi sull'applicabilità del Codice sulla tutela dei dati personali ai servizi che gestiscono i *social network*.

L'art. 5 del D.Lgs. 196/2003 stabilisce che il Codice si applica a « chiunque » è stabilito in Italia o utilizzi strumenti fisicamente localizzati in Italia<sup>11</sup>.

La seconda ipotesi è, probabilmente, quella di più semplice soluzione, atteso che l'accertamento giudiziario dovrà essere rivolto unicamente a valutare se i *server* che raccolgono i dati si trovano sul territorio nazionale o altrove<sup>12</sup>.

Più complesso, invece, è l'altro caso. Può risultare utile, al fine di determinare se sussista o meno stabilimento, analizzare la rigorosa giurisprudenza della Corte di Giustizia, secondo cui la presenza permanente può manifestarsi anche « tramite un semplice ufficio, gestito da persone dipendenti dall'impresa »<sup>13</sup> ovvero — come nel caso *Daily Mail* — per mezzo dell'azione di un semplice agente<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> Dati Alexa del marzo 2010.

<sup>10</sup> Cfr. BrandZ Top 100, 5<sup>th</sup> Annual Release, 28 aprile 2010.

<sup>11</sup> Sul punto cfr. anche A. MANTELERO, *La responsabilità on-line: il controllo nella prospettiva dell'impresa*, in questa *Rivista*, 2010, 410, ma v. altresì gli ampi richiami, anche alla giurisprudenza del Garante per la protezione dei dati personali *sub* nota 29.

<sup>12</sup> Tuttavia, la giurisprudenza italiana ha accolto — nel caso Vividown — l'applicazione della legge italiana, sebbene nel

caso in questione i *server* del servizio offerto (Google Video) fosse localizzati unicamente negli Stati Uniti. Cfr. Trib. Milano, 24 febbraio 2010, in questa *Rivista*, 2010, 474, nota G. Corrias Lucente, cui si rinvia per ulteriori rilievi ma, in argomento, v. G. CAMERA-O. POLLICINO, *La legge è uguale anche sul web. Dietro le quinte del caso Google-Vividown*, Milano, 2010.

<sup>13</sup> Corte di Giustizia, 30 novembre 1995, Causa C-55/94, Gebhard, in *Racc.*, 1995, I-04165 - punto 25.

<sup>14</sup> Cfr. le conclusioni dell'Avvocato

La questione, invero, si complica laddove si considerano i gruppi di società o le società controllate e si sposta l'attenzione sulla giurisprudenza nazionale. In questo caso, il punto di partenza della Suprema Corte — che ha affrontato per lo più questioni di diritto tributario — consiste nello sganciarsi dalle effettive forme giuridiche utilizzate, a vantaggio di una valutazione casistica, che sia in grado di accertare il grado di autonomia della società nazionale rispetto alla società madre straniera<sup>15</sup>.

Una volta valutata l'applicabilità della normativa sulla tutela dei dati personali ai *social network*, occorre però considerare i problemi di diritto sostanziale.

Riprendendo una forse abusata dicotomia, potremmo dire che, a tal riguardo, si scontra l'approccio antitetico di apocalittici ed integrati. Difatti, ad un'estremità troviamo coloro che considerano Facebook ed i *social network* in generale come la « morte » della privacy<sup>16</sup>. Sul versante opposto, invece, si posizionano coloro che ritengono che si sia al cospetto di una nuova variante della *privacy* tradizionale — recentemente definita come una forma di *contextual integrity*<sup>17</sup> —, forse vissuta addirittura come un valore in declino, che cede progressivamente il passo alla *age of revelation*, all'era nella quale ognuno di noi è interessato più a far conoscere agli altri le proprie vicende, che a tenerle celate e custodite.

In realtà, le due visioni soffrono forse di un eccesso di radicalismo e terminano col cadere nel medesimo errore di prospettiva, poiché entrambe concludono che accedere alla « piazza telematica » equivalga ad accettarne implicitamente le regole della piazza stessa: e, muovendo da tale conclusione, si dividono nell'accettazione acritica della condivisione delle informazioni — anche di natura personale o sensibile — ovvero nel suo assoluto rifiuto.

Tuttavia, chi scrive è dell'avviso che la situazione attuale non offra, quali unici scenari, l'*absolute freedom* o il *total control*, per riprendere una felice classificazione avanzata durante lo scorso decennio da parte della dottrina nordamericana<sup>18</sup>.

Generale Darmon nel caso *Daily Mail* del 7 giugno 1998.

<sup>15</sup> Cfr. ad esempio Cass., 7 marzo 2002, n. 3367, ma v. anche A. LOVISOLO, *La « Stabile Organizzazione »*, in *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, Padova, 2002, 297 ss.

<sup>16</sup> Il richiamo alla morte della privacy è, del resto, da tempo presente in dottrina, seppur declinato con differenti sfumature: cfr. A.M. FROMKIN, *The Death of Privacy?*, 52 *Stan. L. Rev.* 1461, 1462 (2000).

<sup>17</sup> H. NISSENBAUM, *Privacy as Contextual Integrity*, 79 *Wash. L. Rev.* (2004), <http://ssrn.com/abstract=534622>.

<sup>18</sup> Il richiamo è al saggio di C. FRIED,

*Perfect Freedom or Perfect Control*, 114 *Harv. L.R.* (2000) 606, ma v. già R. ABEL, *La parola ed il rispetto*, trad. it., Milano, 1996, *passim* e 101 ss., laddove l'A. sostiene che la risposta delle società occidentali alle tematiche relative alla libertà di manifestazione del pensiero « oscilla fra gli estremi del liberalismo e dell'autoritarismo, fra tolleranza acritica e controllo perfezionista, fra idolatria del mercato e cieca fedeltà allo stato ». Posizioni entrambe criticabili, dal momento che « il liberalismo è incapace di ispirare posizioni di principio in tema di libera espressione, mentre l'interventismo statale, dal canto suo, incoraggia eccessi ed errori ».

Al contrario, esiste una terza via: il problema, infatti, non consiste nell'aderire o meno alle modalità di utilizzo dei *social network*, ma passa attraverso il controllo che gli utenti hanno dei propri dati personali e sulla formazione del momento volontaristico che segna il passaggio di questi dati dagli utenti stessi ai gestori dei servizi informatici.

In altri termini, occorre che i gestori dei *social network* palesino chiaramente le finalità della raccolta ed i limiti del trattamento (se, ad esempio, i profili degli utenti verranno ceduti a soggetti terzi per finalità di *direct marketing*) e compiano ogni ragionevole sforzo affinché tali informazioni — quelle relative al trattamento — siano agevolmente accessibili agli utenti. Allo stesso modo, questi soggetti dovrebbero essere messi in condizione di revocare il proprio consenso ovvero, conformemente a quanto previsto dall'art. 7 del D.Lgs. 196/2003, rettificare, aggiornare, trasformare in forma anonima i propri dati e così via enumerando.

Altro discorso, che forse riguarda solo tangenzialmente l'analisi giuridica, attiene alla presunta fine della *privacy* nei *social network*. È opinione diffusa, infatti, che le generazioni più giovani — i cc.dd. nativi digitali — siano meno preoccupati dalla circolazione dei propri dati personali<sup>19</sup>.

Sarebbe interessante approfondire il punto: è indubbio che sia necessario avviare un processo anche di educazione e di utilizzo responsabile ai *social network*, soprattutto da parte dei minori<sup>20</sup>. Tuttavia, piuttosto che affidarsi ai comportamenti degli utenti, sarebbe preferibile — a modesto avviso di chi scrive — che i gestori dei *social network* fossero obbligati ad adottare rigorose impostazioni di *default*, che non consentano ad utenti, diversi da quelli « accettati », di accedere ad informazioni quali fotografie, opinioni politiche o orientamenti sessuali<sup>21</sup>.

Del resto, non sarebbe la prima volta che, nell'ambito del diritto dell'informazione, si adottano regole di protezione per le categorie più deboli: si pensi, ad esempio, alla disciplina in materia di televendite, che prevede una norma specifica per i minori<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Sul punto v. S. SICA-V. ZENO-ZENCovich, *Legislazione, giurisprudenza e dottrina nel diritto dell'internet*, in questa *Rivista*, 2010, 382.

<sup>20</sup> Interessante, sul punto (sebbene si tratti di una maggiorenne), è il caso *Snyder v. Millersville Univ.*, No. 07-1660, 2008 U.S. Dist. LEXIS 97943, at \*12-22 (E.D. Pa. Dec. 3, 2008). Nella fattispecie, un'insegnante di una scuola aveva pubblicato sul suo profilo di MySpace alcune foto che la ritraevano ubriaca. La scuola aveva disposto il suo licenziamento, ritenendola inadatta a svolgere servizi educativi.

<sup>21</sup> Il medesimo orientamento è stato espresso anche dal Gruppo dei Garanti Europei nella già citata *Opinion*.

<sup>22</sup> Cfr. art. 31, che stabilisce che « La televendita non deve esortare i minorenni a stipulare contratti di compravendita o di locazione di prodotti e di servizi.

La televendita non deve arrecare pregiudizio morale o fisico ai minorenni e deve rispettare i seguenti criteri a loro tutela: a) non esortare i minorenni ad acquistare un prodotto o un servizio, sfruttandone l'inesperienza o la credulità; b) non esortare i minorenni a persuadere genitori o altri ad acquistare tali prodotti o servizi; c) non sfruttare la particolare fiducia che i minorenni ripongono nei genitori, negli insegnanti o in altri; d) non mostrare minorenni in situazioni pericolose ».

#### 4. SERVIZI GRATUITI E SERVIZI A PAGAMENTO: UNA DICOTOMIA IRRILEVANTE?

La seconda area di interesse è quella della responsabilità dei gestori dei servizi di *social network*.

Parte della dottrina ha recentemente sostenuto, in maniera più o meno esplicita, che l'onerosità del servizio dovrebbe incidere anche sul profilo della responsabilità degli operatori. Si richiama il principio del *cuius commoda eius et incommoda* ed il rischio di impresa: in fondo, se questi soggetti ottengono un beneficio devono essere pronti anche a rispondere degli eventuali illeciti dei soggetti che usufruiscono dei loro servizi.

La tesi, per quanto apparentemente fondata, non convince per una serie di ragioni. Innanzi tutto, in linea generale, la gratuità della prestazione non incide sulla diligenza del soggetto chiamato a rispondere. Si pensi, ad esempio, al *revirement* giurisprudenziale in materia di contratto di trasporto, secondo cui il titolo di imputazione della responsabilità *ex art. 2054 c.c.* non dovrebbe variare se tratti di trasporto amichevole o di trasporto di cortesia<sup>23</sup>. In fondo, gli intermediari di internet cos'altro sono se non dei *carrier*, dei soggetti che trasportano contenuti forniti da altri<sup>24</sup>?

Allo stesso modo, potrebbe richiamarsi un parallelo più prossimo, che riguarda un altro mezzo di comunicazione di massa. In materia di responsabilità editoriale, si registra qualche variazione nel caso in cui il giornale sia acquistato in edicola (e si sia, quindi, al cospetto di una prestazione sinallagmatica) ovvero sia stato distribuito all'ingresso di una fermata della metropolitana (costituendo, in questo secondo caso, un atto a titolo gratuito)? Anche in questo caso, la gratuità del bene/servizio fornito non incide sulle regole di responsabilità.

Del resto, nessuno dei servizi di *social network* agisce per scopi puramente filantropici: basterebbe, del resto, osservare le strutture societarie che li governano per avvedersi che non si tratta di enti non-profit e che nessuna di queste società è legata al prin-

<sup>23</sup> Si tratta di Cass., 26 ottobre 1998, n. 10629, in *Foro it.*, 1998, I, 3111, nota F. DI CIOMMO, *Circolazione dei veicoli e danno al trasportato: le nuove frontiere della presunzione di responsabilità*. Cfr., per l'opinione tradizionale, *ex multis*, F. GAMNA, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale in materia di trasporto*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, II, 148 ss.; R. RUSSO, *Concorso dell'azione aquiliana con la contrattuale nel contratto di trasporto*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1950, 962 ss.

<sup>24</sup> Cfr. il *leading case* *Anderson v. New York Tel. Co.*, 320 N.E. 2<sup>d</sup> 647 (N.Y. Ct.

App. 1973); ma, per un'applicazione della *doctrine* dei *common carriers* ad internet v. *Lunney v. Prodigy Services*, 683 N.Y.S. 2d 557 (App. Div. 1998), *aff'd* 164, 1999 N.Y. Lexis 3746 (1999): « Prodigy's role in transmitting e-mail is akin to that of a telephone company, which one neither wants nor expects to superintend the content of its subscribers' conversations. In this respect, an ISP, like a telephone company, is merely a conduit. Thus, we conclude that under the decisional law of this State, Prodigy was not a publisher of the e-mail transmitted through its system by a third party ».



cipio del *non-distribution constraint*. Anzi, come si è evidenziato poc'anzi, gli utili ottenuti da questi servizi — nel caso in cui i servizi stessi siano ritenuti efficienti dagli utenti — sopravanzano sensibilmente le spese sostenute.

Più semplicemente, i gestori di questi servizi — e questo è un altro tratto caratteristico dell'economia di internet — spostano i costi e le aspettative di profitto dai soggetti che, generalmente, non usufruiscono direttamente dei servizi stessi ad altri soggetti (in genere, i soggetti che realizzano investimenti pubblicitari).

Peraltro, ad ulteriore conferma dell'infondatezza della tesi di chi vorrebbe un inasprimento delle regole di responsabilità in caso di servizi a pagamento (ovvero nel caso in cui comunque i gestori dei servizi ottengano un profitto) è sufficiente ricordare la *doctrine*, sviluppatasi in seno al modello di copyright statunitense, secondo cui un soggetto può essere responsabile per un atto compiuto da un terzo nel caso in cui vi sia un *direct financial benefit*<sup>25</sup>. Il beneficio economico, quindi, dovrebbe essere direttamente correlato alla condotta del terzo: un soggetto terzo commette un illecito e, dalla commissione dello stesso, il prestatore intermediario ottiene un beneficio patrimoniale<sup>26</sup>.

Nel nostro caso, invece, la violazione non determina alcun arricchimento in capo all'intermediario, che non potrà essere chiamato a rispondere per la condotta del terzo.

Una soluzione recentemente sposata anche dalla Corte di Giustizia, che ha espressamente ritenuto che le esenzioni previste dagli artt. 12-14 della direttiva sul commercio elettronico, non vengono meno per la semplice circostanza che il servizio offerto sia a pagamento<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Cfr. *Polygram Int'l Publishing, Inc. v. Nevada/TIG, Inc.*, cit.; *Roy Export Co. v. Trustees of Columbia University*, 344 F.Supp. 1350, 1353 (S.D.N.Y. 1972); *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984). Così anche in alcuni casi relativi alle diffusioni radiofoniche: *Boz Scaggs Music v. KND Corp.*, 491 F.Supp. 980, 913 (D. Conn. 1980); *Real-songs v. Gulf Broadcasting Corp.*, 824 F.Supp. 89, 92 (M.D. La. 1993); *Unicity Music, Inc. v. Omni Communs., Inc.*, 844 F. Supp. 504, 509 (E.D. Ark. 1994). Non è irrilevante il parallelo, anche perché le corti statunitensi richiedono, in tali casi, l'ulteriore presupposto del controllo sulle attività svolte: cfr., in questo senso, *Fonovisa Inc. v. Cherry Auction*, 847 F. Supp. 1492 (E.D. Cal. 1994). Ma v. anche i cc.dd. *dance hall cases*: *Dreamland Ball Room, Inc. v. Shapiro, Bernstein & Co.*, 36 F.2d 354 (7<sup>th</sup> Cir. 1929), seguito, tra le altre, da *Deutsch v. Arnold*, 98 F.2d 686 (2d Cir. 1938); *Famous*

*Music Corp. v. Bay State Harness Racing and Breeding Ass'n*, 554 F.2d 1213 (1<sup>st</sup> Cir. 1997); *KEKA Music, Inc. v. Dingus McGees Co.*, 432 F. Supp. 72 (W.D. Mo. 1977). Sebbene sia indiscutibile che i proprietari della *dance hall* ricavano un beneficio anche economico, dal momento che la musica migliora l'ambiente del locale ed attrae la clientela, tuttavia non sempre è semplice calcolare il vantaggio patrimoniale effettivamente ottenuto. Sintetizza questa difficoltà la difesa nel caso *Polygram v. Nevada*, cit., 1331, chiedendosi, ironicamente, « how many minutes of music per meal does it take to show that the financial benefit to a restaurant is direct? ».

<sup>26</sup> Sul tale profilo, sia consentito rinviare a G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, Torino, 2002, spec. cap. 1.

<sup>27</sup> Corte di Giustizia, 23 marzo 2010, procedimenti riuniti da C-236/08 a C-238/08, 116.



Del resto, gli artt. 12-14 della direttiva sul commercio elettronico paiono impedire, comunque, il ricorso ad un criterio di imputazione a carattere oggettivo, quale — per ricorrere all'esempio più prossimo — quello che governa la responsabilità editoriale. Questa soluzione è stata recentemente confermata anche dalla giurisprudenza francese, in un caso di pubblicazione di una foto in violazione del diritto di immagine degli individui ritratti. Nella fattispecie, il tribunale di Parigi ha sì ordinato alla società convenuta (Facebook) di rivelare l'identità del soggetto che aveva « postato » le fotografie, ma ha rigettato la domanda diretta a far dichiarare la responsabilità per omesso controllo, affermando chiaramente che il gestore del *social network* non è « l'editore dei contenuti pubblicati, ma un prestatore tecnico, la cui attività consiste nell'offrire un accesso a dei servizi di comunicazione pubblica »<sup>28</sup>. In un altro caso, sempre deciso dalle corti d'Oltralpe, si è invece ritenuto che i gestori dei *social network* non sarebbero gravati da alcun obbligo di controllo e che, pertanto, non siano tenuti a garantire che i contenuti pubblicati dagli utenti non violino i diritti dei terzi<sup>29</sup>.

La giurisprudenza italiana, invece, non è stata ancora investita dalla questione relativa alla responsabilità dei *social network*. Qualche utile indicazione, tuttavia, può essere ricavata — ragionando *a contrario* — dalla recente giurisprudenza di merito, che, nel decidere in merito ad una diffamazione commessa ad opera di un utente di Facebook ai danni di un altro partecipante al *social network*, ha ritenuto risarcibile il danno morale per violazione della reputazione, dell'onore e del decoro altrui<sup>30</sup>.

## 5. CONCLUSIONI.

Provare a tracciare delle conclusioni, in una materia in perenne divenire come internet, è impresa complessa e forse di scarsa utilità.

<sup>28</sup> Così Trib. Grande Instance Parigi, 13 aprile 2010, disponibile su Legalis.net [http://legalis.net/breves-article.php3?id\\_article=2898](http://legalis.net/breves-article.php3?id_article=2898).

<sup>29</sup> Trib. Grande Instance Parigi, 9 febbraio 2009, disponibile su Juriscom.net <http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=1122>. Il caso di specie, molto simile al precedente, aveva visto coinvolta MySpace. I giudici hanno ritenuto che « les prestataires d'hébergement ne peuvent voir leur responsabilité engagée du fait des activités ou informations stockées, s'ils n'avaient pas connaissance du caractère illicite, ou de faits et circonstances le faisant apparaître » e che « la seule organisation par un prestataire de l'architecture du site permettant la mise à disposition d'espaces

répertoriés aux internautes auteurs de contenus puisse permettre de les qualifier d'éditeurs », concludendo che i prestatori « ne sont nullement soumis à une obligation générale de surveillance, de sorte qu'il n'est nullement évident qu'ils aient pu être tenus de vérifier que la photographie diffusée était libre de droits ».

<sup>30</sup> Trib. Monza, 2 marzo 2010, in questa Rivista, 2010, 463, con nota di M.L. Bixio, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti sulla fattispecie. È evidente, però, che il caso in questione non può essere considerato un precedente, dal momento che la società Facebook non è stata convenuta in giudizio e che, quindi, il giudice investito della controversia non si è dovuto pronunciare sulla sua eventuale responsabilità.

Probabilmente, la prima domanda da porsi è se il quadro giuridico esistente sia in grado di rispondere ai dilemmi posti dall'avvento del *web 2.0* o se sia, invece, necessario dettare nuove regole che meglio possano rispondere al mutato assetto delle comunicazioni in rete.

A nostro avviso, le norme dettate in materia di responsabilità degli intermediari tecnici dagli artt. 12-15 della direttiva sul commercio elettronico possono agevolmente fronteggiare anche i dilemmi posti dai *social network*.

Sarebbe, infatti, miope ritenere che ciò non sia possibile, dal momento che l'attività svolta dagli operatori del *web 2.0* non rientra nelle tre categorie elencate nella normativa comunitaria (*mere conduit*; *caching*; *hosting*). Si tratterebbe, peraltro, di una premessa errata, poiché l'attività svolta dai servizi in questione pare possa essere assimilata alla « memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio » di cui discorrono l'art. 14 della direttiva sul commercio elettronico e l'art. 16 del D.Lgs. 70/2003, che ha recepito la direttiva stessa.

Tuttavia, occorre guardare oltre e provare a riflettere sui principi che, nella materia che ci interessano, dovrebbero guidare gli interpreti ed il legislatore. A proposito del formante legislativo, non può non destare preoccupazione la tendenza — anche in presenza di una direttiva che disciplina la responsabilità degli intermediari — a voler regolamentare la materia a livello nazionale. Si pensi al caso noto della *Loi Hadopi 2* in Francia<sup>31</sup>, ma altresì al *Digital Economy Act* in Gran Bretagna<sup>32</sup> o al progetto di legge belga, che riprende quasi pedissequamente il modello francese<sup>33</sup>.

Anche il legislatore italiano, del resto, non è esente da critiche: si pensi al recente decreto c.d. Romani, che ha imposto ai titolari di web-tv il rispetto delle norme della legge sulla stampa in materia di rettifica.

Una scelta censurabile sotto un duplice profilo, perché non tiene conto delle peculiarità della rete e della difficoltà di trasporre la disciplina della carta stampata<sup>34</sup> e, soprattutto, perché non considera la natura internazionale di internet e l'inutilità di una regolamentazione di rango statale.

<sup>31</sup> *Loi création et Internet* in parte censurata dal Conseil Constitutionnel con la Décision n. 2009-580 DC del 10 giugno 2009.

<sup>32</sup> La legge in questione è stata approvata l'8 marzo 2010 ed è entrata in vigore l'8 giugno successivo e riprende molte delle posizioni espresse nel Mott — MacDonald P2P Report, pubblicato nel febbraio 2010.

<sup>33</sup> *Proposition de loi visant à adapter la perception du droit d'auteur à l'évolution technologique tout en préservant le droit à la vie privée des usagers d'Internet*

*en Belgique*. Nel momento in cui si scrive il progetto di legge è ancora pendente ed in via di approvazione.

<sup>34</sup> Sul punto v. la recente decisione della Cass. pen., 2 ottobre 2010, n. 35511, in questa *Rivista*, *infra*, che ha statuito l'inapplicabilità della responsabilità editoriale, riprendendo fedelmente i dubbi manifestati dalla migliore dottrina (cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa: note critiche*, in questa *Rivista*, 1998, 15 ss.).

Nel valutare il quadro delle responsabilità, deve poi ritornarsi necessariamente a quanto affermato a proposito dello sviluppo esponenziale dei servizi appartenenti al *web 2.0*.

Questi dati, infatti, offrono degli elementi utili (forse decisivi) a comprendere il perché di uno scontro netto tra chi vorrebbe regole di responsabilità più rigorose — fondate su di un modello oggettivo o semi-oggettivo — e chi, al contrario, ritiene che il quadro giuridico delineato dalla direttiva sul commercio elettronico possa far fronte anche ai nuovi strumenti di comunicazione via internet.

Basti pensare a due (tipologie di) casi che hanno investito recentemente le corti.

Il più famoso gestore di aste telematiche (e-Bay) è stato citato, in alcuni Paesi, perché, all'interno del sito venivano venduti prodotti contraffatti. Tali prodotti, però, erano messi in vendita da singoli utenti e non dal gestore del sito<sup>35</sup>.

Allo stesso modo, il più famoso servizio di video *on-line* (You Tube), è stato citato da alcune società televisive, dal momento che, al suo interno, erano diffusi filmati di proprietà di queste società.

Ciò che qui interessa osservare non è il merito delle controversie: si tratta di ordinamenti differenti, governati da regole parzialmente differenti. Peraltro, anche all'interno dei medesimi ordinamenti, alcuni casi si sono conclusi con l'accoglimento della domanda, altri con il rigetto.

Sarebbe però limitante analizzare tali casi unicamente nell'ottica della violazione di una privativa industriale (nel caso di violazione dei marchi) o del diritto d'autore (nel caso di diffusione di video).

La questione, infatti, è più ampia e dimostra l'esistenza non solo di uno scontro fra culture — quella della *old economy* e quella della *new economy* — ma tra diversi modelli di business. Appare, infatti, evidente a chi scrive che le ragioni sottese alle pretese dei titolari dei diritti di proprietà industriale ed intellettuale sono altre e mirano ad un attacco verso concorrenti di un medesimo mercato, nel quale si è assistito, nel corso dell'ultimo decennio, ad una radicale trasformazione dei costumi e delle prassi di consumo degli utenti/consumatori e ad una progressiva richiesta di nuovi servizi.

L'entusiasmo che, negli anni passati, aveva accompagnato l'esplosione della *new economy* non aveva forse considerato una regola economica elementare: se si modifica la domanda, si potrà determinare — come in effetti è avvenuto — un mutamento dello scacchiere dei *players* presenti nel mercato.

<sup>35</sup> Sul punto si rinvia, per ulteriori rilievi, a C. DI MARTINO, *Responsabilità di e-Bay per vendita all'asta di prodotti contraffatti: le risposte delle Corti fran-*

*cesi e statunitensi*, in *Studi di diritto della comunicazione*, V. D'ANTONIO-S. VIGLIAR (a cura di), Padova, 2010, 175 ss.

Per essere più espliciti, il problema non è che un consumatore acquisti un prodotto contraffatto; il reale problema è che i consumatori indirizzano la propria attenzione verso un mercato nuovo, quello degli acquisti di seconda mano, che non è veicolato dai punti vendita delle società produttrici di quel determinato bene. Allo stesso modo, la presunta violazione del *copyright* null'altro è che il paravento dietro cui si nascondono le imprese televisive, preoccupate dal modificarsi delle abitudini dei consumatori del settore dell'*entertainment*, che preferiscono trascorrere la serata a rivedere vecchi spezzoni di video o filmati amatoriali, piuttosto che accontentarsi del palinsesto televisivo.

Il *clash of culture*, come correttamente si è detto<sup>36</sup>, si è trasformato in un *clash of business models*, in cui sono in gioco enormi fette di mercato. A conferma di quanto si dice, basti osservare i dati relativi agli investimenti pubblicitari: nel mercato inglese (ma la situazione non è differente negli altri Paesi industrializzati) gli investimenti pubblicitari su internet hanno raggiunto il 23,5%, sorpassando gli investimenti sui canali televisivi (che, nel 2009, si sono fermati al 21,9%)<sup>37</sup>.

I casi citati (*luxury brands* contro e-Bay, da un lato; emittenti televisive contro YouTube, dall'altro) paiono confermare la lettura che si è provato ad offrire, anche alla luce di un ulteriore rilievo.

E-Bay ha creato un sistema di autodisciplina, denominato Vero Program, che consente ai produttori di determinati beni di segnalare eventuali violazioni commesse dagli utenti: in caso di segnalazione, e-Bay provvede a rimuovere questi beni, per mezzo della chiusura dell'asta. Né questa prassi determina particolari problemi nei confronti degli utenti, essendo prevista nelle condizioni generali di utilizzo del sito.

Similmente, YouTube ha creato un sistema sofisticato, che sfrutta l'identità tra i singoli fotogrammi, per mezzo del quale — su segnalazione del titolare di un diritto — è possibile identificare i filmati caricati illecitamente dagli utenti.

Non sarebbe stato più semplice e più efficiente, in termini economici, affidarsi alle regole di autodisciplina, piuttosto che sostenere l'alea di un giudizio e sopportare i relativi costi transattivi? Evidentemente, l'intento dei rappresentanti della *old economy* non è quello di punire i colpevoli, ma di provare a riappropriarsi, per via giudiziaria, di ciò che la *new economy* gli ha sottratto<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> S. SICA-V. ZENO-ZENCOVICH, *Legislazione, giurisprudenza e dottrina nel diritto dell'internet*, cit., 376 ss.

<sup>37</sup> Dati dell'Internet Advertising Bureau: <http://www.iabuk.net/en/1/adspend-grows300909.mxs>.

<sup>38</sup> Le regole di autodisciplina, nel contesto che ci interessa, possono rappresentare una valida ed efficiente soluzione alle problematiche ancora in discussione. Occorre, quindi, dare nuova linfa, sia a livello interno, sia a livello comunitario,

Più proficuo appare, allora, ritornare a ragionare sui principi segnati dalla direttiva sul commercio elettronico. Principi, peraltro, confermati anche in sede di revisione della direttiva: la Commissione europea, infatti, nel suo *report* sullo stato di attuazione della direttiva, ha chiaramente manifestato che le scelte legislative hanno garantito uno sviluppo dell'economia di internet ed un contenimento delle esigenze dei diversi soggetti operanti sul mercato<sup>39</sup>.

Ciò non sta a significare, ovviamente, che la direttiva non sia modificabile. Anzi, alcuni cambiamenti appaiono opportuni e necessari, al fine di fare chiarezza su diritti e responsabilità in internet.

La direttiva sul commercio elettronico si fonda sul principio della neutralità della rete, in virtù del quale gli ISP non sono responsabili se si limitano a svolgere un ruolo di mera intermediazione tecnica, senza selezionare né i contenuti trasmessi, né i destinatari degli stessi. Tale linea guida, a nostro modesto avviso, dovrebbe essere la chiave di lettura imprescindibile per ogni eventuale ripensamento della direttiva, che possa includere anche i servizi del *web 2.0*.

È fondamentale, quindi, che il punto di partenza sia costituito ancora dalla distinzione tra i soggetti che offrono i contenuti — siano essi utenti o professionisti che utilizzano lo spazio *on-line* offerto dagli intermediari dei servizi di *hosting* — e coloro che, invece, mettono a disposizione le infrastrutture e i mezzi tecnici per effettuare le comunicazioni.

La direttiva sul commercio elettronico, e la scelta di un criterio di imputazione degli illeciti a carattere colposo, ha consentito lo sviluppo dell'economia della rete. Prevedere regole di responsabilità a carattere oggettivo o semi-oggettivo per gli altri soggetti che operano in internet potrebbe vanificare, seppur in parte, le prospettive di sviluppo del sistema ed incidere sulle potenzialità di partecipazione degli utenti e sullo sviluppo stesso dei servizi di *social network*<sup>40</sup>.

agli accordi tra i portatori di interessi diversi. Le esperienze esistenti suggeriscono un cauto ottimismo (si pensi ai servizi già citati predisposti da YouTube e da e-Bay); ma è sicuramente necessario allargare anche lo spettro dei soggetti coinvolti (abbracciando, in primo luogo, le associazioni dei consumatori che, al momento, sono per lo più estranee a tali accordi). Sistemi di *notice and take-down* di natura legislativa dovrebbero rappresentare un'*extrema ratio* e, se adottati, dovrebbero ricalcare, come in Finlandia, l'esempio statunitense del *Digital Millennium*, in modo da seguire un modello che ha raggiunto apprezzabili risultati (condivisi

anche dai titolari dei diritti d'autore) ed evitare il rischio di sensibili distinzioni tra la legislazione comunitaria e quella americana.

<sup>39</sup> Il *report* in questione — redatto, oltre che da chi scrive, da G. Spindler, T. Verbiest e A. Van der Perre — è disponibile sul sito della DG Mercato interno, nella sezione e-commerce. Al momento, peraltro, la Commissione ha annunciato una seconda consultazione, che dovrebbe concludersi alla fine del 2011.

<sup>40</sup> Interessante è anche l'utilizzo dei *social network* nelle piccole e medie imprese: sul punto si rinvia al *report* di AMI & Partners pubblicato nel 2008.