



La responsabilità civile in internet: prove di governo dell'anarchia tecnocratica

Francesco Di Ciommo

Avvocato e Ricercatore di Diritto privato

SINTESI

a) Avvento di internet e crisi del diritto

Con l'avvento dell'informatica di rete (anche detta telematica), e di internet in particolare, sono emerse nuove dimensioni spazio/temporali ed è cambiato radicalmente il modo in cui l'uomo si relaziona con i prodotti, con le informazioni, con i suoi simili e con sé stesso; il che ha determinato una vera e propria "crisi" dell'ordinamento giuridico.

b) Chi governa internet?

Rispetto all'evoluzione che l'informatica di rete ha avuto negli ultimi anni, il giurista è chiamato innanzitutto a chiedersi chi governi tale processo e quale soggetto istituzionale o paraistituzionale è abilitato a regolarne modi, tempi e contenuti.

c) Problemi di responsabilità civile per illeciti commessi on-line

Le reti telematiche, di cui internet rappresenta la massima espressione, costituiscono oggi autostrade della comunicazione e dell'informazione nelle quali ogni giorno si realizzano milioni di illeciti di vario tipo, per il cui risarcimento del danno risulta difficile agire in giudizio per problemi sia di carattere meramente processuale (giurisdizione, legge applicabile, competenza territoriale) sia di carattere sostanziale (l'utente in internet è il più delle volte coperto da anonimato).

d) Le soluzioni approntate dalla dir. 2000/31/CE

La dir. 2000/31/CE, recepita nell'ordinamento italiano con il d.lgs. n. 70 del 2003, disciplina, tra le altre cose, la responsabilità civile per illeciti commessi on-line, individuando alcune ipotesi tipiche in cui l'intermediario è chiamato a risarcire il danno anche per illeciti commessi dagli utenti.

» SOMMARIO

1. Responsabilità civile ed internet: breve introduzione
2. Evoluzione della tecnica e rivoluzione
3. Dai territori nazionali allo spazio transnazionale: il diritto in crisi di identità
4. La "rivoluzione digitale"
5. Internet, comunità virtuali e società globale
6. Chi governa internet? Prove tecniche di anarchia
7. Le potenzialità dannose delle autostrade telematiche
8. Spazio e tempo in internet: i problemi di individuazione dell'autore dell'illecito on-line
9. Questioni aperte di diritto internazionale privato in caso di illecito on-line
10. Il problema della competenza territoriale per illecito on-line: le prime soluzioni giurisprudenziali

11. *Segue*: la tesi preferibile accolta in Cassazione
12. I criteri di imputazione della responsabilità civile per illecito on-line commesso da utente rimasto anonimo
13. *Segue*: la prima giurisprudenza nordamericana e gli interventi legislativi
14. *Segue*: la giurisprudenza europea
15. La responsabilità civile degli intermediari della società dell'informazione nella dir. 2000/31/CE e nel d.lg. n. 70/2003
16. *Segue*: colpa specifica dell'intermediario e dovere di collaborazione con le autorità competenti al fine di identificare l'autore dell'illecito

1. Responsabilità civile ed internet: breve introduzione

Il titolo di questo saggio⁽¹⁾ poggia su due concetti che ormai siamo abituati ad accostare senza timori di sorta, ma che in realtà sono tra loro molto distanti, per una serie di ragioni. I due concetti cui si sta facendo riferimento, come evidente, ruotano attorno all'espressione "responsabilità civile" ed alla parola "internet". Concetti distanti l'uno dall'altro, si diceva, forse addirittura antipodici, *in primis* perché uno caro alla nostra tradizione giuridica più antica, l'altro – al contrario – figlio della modernità a noi più prossima; inoltre, l'uno impregnato ontologicamente di giuridicità, l'altro – potremmo dire – "caratterialmente" (ma non "necessariamente", come appresso si vedrà) refrattario ad una sua regolamentazione giuridica.

Già sulla base di queste prime, forse banali, ma troppo spesso taciute, considerazioni viene in rilievo la difficoltà del compito che si propone di svolgere chi ha in animo di studiare il rapporto che esiste tra i due concetti in parola, e dunque di attraversare lo spazio culturale, sociale, tecnico e storico che li separa, per conciliarli o, al contrario, per scoprire che essi sono e devono restare antitetici e privi di comunicazione. La quale cosa vale ad evidenziare che per capire come e se le regole di responsabilità civile – intese in senso tradizionale – siano destinate ad operare anche in internet, seppure modulate ed adeguate al nuovo *medium*, occorre partire da una, seppure approssimativa, mappatura dei poli tra i quali questa riflessione si muove. Tutto ciò per non continuare – come per troppo tempo si è fatto, e non solo in Italia – a trattare i problemi giuridici delle nuove tecnologie informatiche esclusivamente con un taglio pratico che, inevitabilmente, sconfina nella superficialità e, dunque, nell'ignoranza della complessità dei fenomeni, e che, seppure apparentemente fornisce risposte

concrete utili all'operatore del diritto, non può certamente soddisfare chi ha colto la complessità dei problemi giuridici della grande rete telematica e si è riproposto di affrontarli con piena contezza.

2. Evoluzione della tecnica e rivoluzione

Secondo Harold Berman, il diritto occidentale nasce da una rivoluzione, quella compiuta dalla Chiesa cattolica di Roma a vent'anni di distanza dalla scissione con la Chiesa orientale, e precisamente nel 1075, anno in cui prende corpo la riforma gregoriana e comincia la Lotta per le Investiture; accadimenti che – secondo lo studioso nordamericano – permisero al Vescovo di Roma di sancire l'unità politica e giuridica della sua chiesa, in uno con l'indipendenza dai centri laici del potere, e diedero così «origine alla formazione del primo sistema giuridico occidentale moderno, il "nuovo diritto canonico" (*ius novum*) della Chiesa cattolica romana, e alla fine anche ai nuovi sistemi giuridici secolari – regio, urbano e così via»⁽²⁾.

Sull'attendibilità di tale ricostruzione, non è dato in questa sede soffermarsi⁽³⁾. Giova, invece, evidenziare come, alla base della riflessione di Berman, vi sia l'osservazione per cui le più grandi trasformazioni nella storia degli ordinamenti giuridici occidentali si devono a rivoluzioni sociali, culturali, religiose, economiche, nessuna delle quali, tuttavia, può essere paragonata alla rivoluzione in atto nel XX secolo. Quest'ultima, infatti, appare allo studioso nordamericano più strisciante e camaleontica d'ogni altra e, anche per tale ragione, più inesorabile, tanto da potersi definire in termini di "crisi"; una crisi rispetto alla quale, tuttavia, lo storico, pur dall'osservatorio privilegiato nel quale opera, non riesce ad individuare la scaturigine. Egli indaga tra i mutamenti sociali, economici e politici, e certo non sbaglia; ma qual è stato nel XX secolo e qual è oggi il vero motore immobile di tali cambiamenti?

"Tecnica" e "crisi"
del diritto privato

(1) Il presente scritto – pubblicato con differente titolo, già in AMATO MANGIAMELI (a cura di), *Parola chiave: informazione. Appunti di diritto, economia e filosofia*, Milano, 2004 – riprende e sviluppa considerazioni svolte dall'Autore anche in altri suoi lavori, e principalmente in *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Napoli, 2003; *Internet e crisi del diritto privato: globalizzazione, dematerializzazione e anonimato virtuale*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2003, 117; *Internet (responsabilità civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, boll., X, Roma, 2002.

(2) BERMAN, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, 1983 (traduzione italiana BERMAN,

Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale, Bologna, 1998, 16).

(3) Per gli opportuni approfondimenti, si rinvia dunque, tra le opere più recenti apparse in Italia, a HESPAHNA, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bologna, 1999; AA.VV., *Studi di storia del diritto*, Milano, I, 1996, e II, Milano, 1999; WESEMBERG e WESENER, *Storia del diritto privato in Europa*, a cura di Cappellini e Dalbosco, Padova, 1999; CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea – I: Dalle origini all'opera di Labeone*, Torino, 1997; KELLY, *Storia del pensiero giuridico occidentale*, Bologna, 1996; NERHOT, *Diritto – Storia (saggio di filosofia del diritto)*, Padova, 1994.

Chi scrive aderisce alla tesi per cui, negli ultimi due secoli, le principali trasformazioni culturali, economiche e sociali, nel mondo occidentale, sono state causate dall'evoluzione sempre più rapida ed incontrollabile della tecnica, la quale – dalla rivoluzione industriale in avanti – ha ormai definitivamente ribaltato il suo tradizionale rapporto con l'*homo faber*, divenendo, da strumento nelle mani di quest'ultimo, ambiente che, oltre a condizionare le relazioni umane, determina i tempi ed i modi della sua stessa ulteriore evoluzione⁽⁴⁾.

Tale sensazione è confermata da numerosi dati. Basti considerare come la locuzione "paesi occidentali" appaia oggi, dal punto di vista sociologico, anacronistica, in quanto, per identificare le società che presentano caratteristiche sociali analoghe – a meno di non volersi porre in una prospettiva etnocentrica –, occorre considerare il dato economico, il tenore di vita della popolazione, il livello d'istruzione e di produzione scientifica e la diffusione raggiunta dalle tecnologie, fattori questi che dimostrano quanto sia inutile continuare ad utilizzare vecchie denominazioni geopolitiche. In altre parole, può continuare a parlarsi di diritto occidentale per individuare alcuni sistemi giuridici con una comune origine storica e caratteristiche affini, ma nella consapevolezza che le contaminazioni sociali intervenute grazie alle nuove tecnologie hanno determinato negli ultimi anni, e sempre di più determineranno in futuro, un progressivo avvicinamento tra le culture giuridiche di tutti i paesi, anche non occidentali, che a tali nuove tecnologie hanno pieno accesso, e che, a cagione di ciò, possono essere definiti tecnologizzati.

Di ciò deve tener conto il giurista italiano, e non solo quando svolge i compiti propri del comparatista, dell'internazionalista o dell'internazionalprivatista, bensì anche quando, da civilista, riflette su regole che all'apparenza sono destinate ad operare esclusivamente a livello nazionale, in quanto le intersezioni tra ordinamenti giuridici municipali, nella pratica del commercio e dei rapporti interpersonali, impongono ormai un quotidiano confronto con sistemi giuridici diversi dal proprio.

3. Dai territori nazionali allo spazio transnazionale: il diritto in crisi di identità

Muovendosi in un contesto affatto nuovo, il diritto dei paesi tecnologizzati soffre la fissità e vetustà delle sue categorie tradizionali. Le strutture concettuali che sino alla metà del XX secolo avevano determinato il successo del diritto d'origine romanistica, oggi rischiano di diventare una zavorra insop-

portabile. Sopraffatti dalle nuove dimensioni geoeconomiche e tecnologiche, gli ordinamenti giuridici nazionali mostrano una crisi senza precedenti. Proprio quella avvertita da Berman; la stessa, per intenderci, che ha ispirato di recente in Italia un vivace dibattito, nell'ambito del quale spiccano le voci di Natalino Irti, intervenuto sul rapporto tra norma e territorio, nonché quelle di Paolo Grossi e Maria Rosaria Ferrarese sulla relazione tra globalizzazione socio-economica e diritto⁽⁵⁾.

Una crisi che sembra travolgere la concezione formale del diritto, affermatasi in Europa nel XX secolo dopo il tramonto del giusnaturalismo, a tenore della quale l'ordinamento giuridico trova la sua validità esclusivamente nel rispetto delle procedure di formazione delle norme, a loro volta positivamente disciplinate. Una volta che lo "spazio" transnazionale, in cui sempre più si sviluppano il commercio e le relazioni interpersonali, prende il posto dei "territori" nazionali, l'idea di un diritto, la cui forza deriva dal procedimento di formazione statale, esce oltremodo indebolita. Inoltre, un diritto di tal fatta, che nasce e si modifica attraverso procedimenti legislativi spesso complessi, non sembra in grado di rispondere in maniera rapida ed efficiente ai mutamenti sociali e alle nuove istanze regolatorie. Sul punto occorre svolgere qualche considerazione ulteriore.

4. La "rivoluzione digitale"

L'evoluzione delle società tecnologizzate, sul finire del XX secolo, ha subito una rapidissima, forse imprevista, accelerazione. Due i fattori che in tale torno di anni hanno determinato un cambiamento radicale nel nostro modo di vivere. Il primo è rappresentato dalla semplificazione delle modalità di utilizzazione delle risorse informatiche; il secondo dalla diffusione capillare che la rete internet e le tecnologie digitali hanno avuto in tutto il mondo progredito. In ragione di ciò, si è parlato – ed il riferimento iniziale al pensiero di Harold Berman farebbe pensare che anche questo non sia un caso – di una rivoluzione digitale e, tra i civilisti, c'è chi ha precisato che tale rivoluzione, a sua volta, «deriva dalla rivoluzione informatica, ne è in qualche modo la sua evoluzione estrema»⁽⁶⁾.

Parlare di rivoluzione non è affatto esagerato, come si avrà modo di dimostrare nel corso della riflessione che segue. L'avvento della tecnologia digitale, infatti, in breve tempo ha cambiato il modo in cui l'uomo si relaziona con i prodotti, con le informazioni, con i suoi simili e con se stesso; in definitiva essa ha cambiato il modo in cui l'uomo abita la

⁽⁴⁾ Cfr. diffusamente GALIMBERTI, *Psiche e teche. L'uomo nell'età della tecnica*, Milano, 1999, 457.

⁽⁵⁾ V., in particolare, i lavori di IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001; FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione – Diritto e diritti nella società transnazionale*,

Bologna, 2000. Ma cfr. anche, in proposito, le belle pagine di AMATO MANGIAMELLI, *Diritto e cyberspace. Appunti di informatica giuridica e filosofia del diritto*, Torino, 2000.

⁽⁶⁾ Così ALPA, *Premessa*, in *I problemi giuridici di internet*, a cura di Tosi, Milano, 2001, XIII.

Due i fattori che negli ultimi anni hanno determinato un radicale cambiamento del nostro modo di vivere

terra, sublimando quel concetto di ambiente tecnologico cui si faceva cenno poc'anzi, un ambiente nel quale le dimensioni spaziali e temporali, su cui ragionava Aristotele, semplicemente non esistono più. Di fronte ai nuovi scenari, sopraffatto da una globalizzazione economica e culturale che appare inarrestabile, il diritto occidentale, ancorato al concetto di Stato nazionale, e già per questo in crisi, sembra mostrare definitivamente le corde.

Il dato in parola non può essere trascurato dallo studioso che si appresta ad indagare i problemi sollevati dalle nuove tecnologie nel campo della responsabilità civile. Proprio su tale versante, infatti, ad avviso di chi scrive, si consuma oggi uno scontro che potrebbe risultare fatale per il diritto, o almeno per il diritto inteso come apparato di regole e procedure in grado di assicurare la pacifica convivenza tra gli uomini. Ciò in quanto, attualmente il contratto, come manifestazione dell'autonomia negoziale, mostra, nella dinamica dei rapporti d'impresa e nell'ambito del commercio internazionale, una tendenza imperialista, sino a pochi anni fa ben dissimulata, che lo porta a cannibalizzare gli ordinamenti privatistici nazionali, sacrificati alla logica del mercato. Deriva questa che smentisce clamorosamente le previsioni di Gilmore che tanta fortuna ebbero, sia negli Stati Uniti che in Europa, tra gli anni Settanta e Ottanta⁽⁷⁾.

Mentre si svolge tale vicenda, alcuni obiettivi che, in ogni caso, un ordinamento giuridico moderno non può trascurare di perseguire, rischiano di venire immolati, senza che i legislatori ne siano pienamente consapevoli, alla logica del profitto e del massimo sfruttamento delle risorse. Si pensi alla tutela dei soggetti deboli, alla difesa dell'ambiente, alla protezione dei lavoratori ovvero dei consumatori per danni causati da prodotti difettosi o carenza organizzativa del prestatore di servizi. Problematiche queste – ma gli esempi, come evidente, potrebbero essere tantissimi – che le forze del mercato, sempre attraversate da inquietudini e sempre in bilico tra razionalità ed irrazionalità, da sole non riescono ad affrontare proficuamente.

A ben vedere, tuttavia, sono gli stessi operatori economici a non voler rinunciare alla presenza rassicurante del diritto. Da più parti, infatti, si chiede all'ordinamento giuridico, ed al fattore politico che lo promuove, di affermare la propria autorità e di garantire ai mercati la certezza ed il clima di fiducia che questi ultimi da soli non sono in grado di mantenere nel tempo. In altre parole, le società tecnologizzate, sempre più governate dalle multi-

nazionali che sostengono i partiti politici e promuovono a livello globale lo sviluppo economico e tecnologico, oggi si aspettano che il diritto fornisca la cornice nella quale si possa svolgere al meglio tale sviluppo. Ciò, tuttavia, senza soffocare l'autonomia privata, ed anzi dimostrando che regole giuridiche sanno essere discrete – si potrebbe dire miti – e capaci di far sentire la loro presenza soltanto quando serve: quando, cioè, non vi siano strumenti alternativi in grado di perseguire con eguale efficacia ed efficienza gli obiettivi auspicati.

5. Internet, comunità virtuali e società globale

Il fenomeno internet rappresenta, in questo momento, il fronte più avanzato dello sviluppo delle tecnologie della comunicazione e, in definitiva, l'emblema stesso della società che, proprio per il *medium* che sempre più utilizza per comunicare, viene definita digitale⁽⁸⁾. Tale definizione dà conto di una trasformazione epocale che il mondo progredito ha subito negli ultimi dieci anni. Parlare di era digitale – moda oramai invalsa in ogni campo del sapere – serve ad evidenziare le radicali trasformazioni che hanno, negli ultimi dieci anni, coinvolto il nostro modo di relazionarci con le cose, con gli eventi, con le informazioni e con gli altri. La rivoluzione in atto non trova le sue radici in movimenti culturali, filosofici o politici (sebbene, come era facile prevedere, abbia dato luogo a movimenti di tal fatta), in quanto essa è determinata, più semplicemente, dall'utilizzazione diffusa del nuovo strumento di comunicazione (il *medium*, per l'appunto). È forse la prima volta nella storia recente dell'umanità che un'innovazione di processo influenza in modo tanto diretto i comportamenti umani al punto da determinare così importanti trasformazioni culturali e sociali.

L'uso quotidiano, da parte di milioni di persone in tutto il mondo, di computer collegati alle reti locali che condividono i protocolli utilizzati in internet ha creato le condizioni per la nascita di quella che viene definita la comunità globale o comunità cibernetica. Questa comunità è diversa da ogni altra sotto tanti punti di vista. Per prima cosa, riassumendo, può notarsi come la comunicazione in internet non risenta delle distanze o delle barriere geografiche dato che ogni utilizzatore della rete, da qualunque parte del mondo, può comunicare con altri utenti che accedono ad internet da qualsiasi altro luogo, o sfruttare un servizio prestato online da un server fisicamente ubicato ovunque, come se i suoi interlocutori si trovassero, in quel pre-

Mercato e diritto: un rapporto irrinunciabile anche nell'epoca della globalizzazione e di internet

⁽⁷⁾ Il riferimento, come evidente, è al lavoro di GILMORE, *The Death of Contract*, Columbus, 1974 (traduzione italiana GILMORE, *La morte del contratto*, Milano, 1999).

⁽⁸⁾ Per definire "internet" può dirsi che, dal punto di vista tecnico, esso non è una realtà fisica o tangibile, ma una rete globale che, interconnettendo un numero infinito di reti settoriali o locali, collega più computer e più network attraverso

l'utilizzazione di protocolli comuni. internet è dunque una "rete di reti" (questa è la definizione che ne dà la Corte Federale degli Stati Uniti, Distretto Orientale della Pennsylvania, 11.6.1998, in *Dir. inf. e informatica*, 1996, 604, traduzione e nota di Zeno Zencovich) che si avvale, al fine di trasferire fisicamente i segnali, delle tradizionali reti di telecomunicazione, e in particolare della rete telefonica.

Il cambiamento
dei protocolli
tecnologici
produce effetti
dirompenti anche
sotto il profilo
giuridico

ciso istante, di fronte a lui⁽⁹⁾. In questo senso si suole affermare che la comunicazione via internet ha tra le sue principali caratteristiche la “globalità”, in quanto coinvolge utenti di qualunque nazionalità, cultura, lingua, tradizione e religione, e la “realità”, poiché consente di comunicare in tempo reale, e cioè senza tempi morti di attesa, salvo quelli eventuali che dipendono da difficoltà tecniche di collegamento o dall'eccesso di traffico sulle reti telematiche utilizzate⁽¹⁰⁾.

La realtà della comunicazione in internet, tuttavia, a prima vista non distingue il nuovo *medium* dal telefono, dalla televisione o dalla radio. E ciò in quanto, per comprendere sino in fondo la portata innovativa del fenomeno in parola, occorre far riferimento ad altre caratteristiche tecniche del cyberspace⁽¹¹⁾. In particolare, giova evidenziare come attraverso internet possano essere trasferiti materiali di vario tipo (testi, suoni, disegni, fotografie, filmati, ecc.), circostanza questa che rende la comunicazione in rete più complessa e completa rispetto ad ogni altra forma di comunicazione a distanza sino a conosciuta. Si parla a tal proposito di “multimedialità”. Inoltre, in internet è possibile costruire spazi virtuali (c.d. siti web), che offrono servizi o prodotti perennemente a disposizione di utenti che li vogliono visitare con finalità informative, ludiche, commerciali e quant'altro. All'interno del web l'utente, sfruttando la tecnologia ipertestuale, può muoversi liberamente scegliendo cosa fare e come farlo, cosa cercare e attraverso quali traiettorie; proprio per questo la c.d. navigazione in internet è definita “interattiva”: l'utente non subisce, più o meno, passivamente la comunicazione che gli arriva dal *medium*, come accade per la televisione o per la radio (almeno intese in senso tradizionale), ma muove egli stesso alla ricerca dei contenuti di cui ha bisogno e può addirittura partecipare all'offerta in rete dei contenuti considerato che è molto semplice per chiunque pubblicare (*rectius*, immettere) materiali in internet.

Bastino, nell'impossibilità di dilungarci in questa sede sul punto, le veloci considerazioni sin qui svolte per cogliere la portata epocale dell'avvento di

internet nella nostra quotidianità. A rischio di ripeterci, giova evidenziare come oggi, ogni navigatore che trascorra anche soltanto poche ore alla settimana in rete si colloca, anche se spesso inconsapevolmente, nella società in modo nuovo rispetto al passato; cambia il suo rapporto con il tempo, con lo spazio, con le informazioni, con la propria identità nazionale, con la propria lingua, con le altre persone, con i mercati e con le cose⁽¹²⁾. Parlare di svolta epocale e di nuova era non è, dunque, esagerato. Il punto, per il giurista, è capire come (e se) il diritto è realmente pronto per svolgere, nei confronti del “ciberspazio”, la sua funzione ordinatrice.

6. Chi governa internet? Prove tecniche di anarchia

La regolamentazione giuridica di internet, oltre ad essere assai complessa, in quanto pone capo a una vasta e variegata gamma di questioni, crea problemi nuovi, e allo stato dell'arte in gran parte insuperati, ai legislatori nazionali, che pure hanno dimostrato negli ultimi anni una spiccata sensibilità a riguardo. Prima di approfondire tematiche specifiche, qui occorre – per le evidenti ricadute la questione ha sui problemi di responsabilità civile che successivamente andremo a trattare – brevemente occuparsi di un argomento di teoria generale: chi è legittimato a regolare internet, nonché ogni attività che in esso si compie, e quale efficacia sono destinate ad avere le regole eventualmente poste da un'autorità piuttosto che da un'altra?

La questione posta, come evidente, è nodale. Il dubbio che la alimenta dipende da un'osservazione di fondo: se internet oggi (ma la sua posizione è destinata a consolidarsi in futuro⁽¹³⁾) proietta l'individuo in un vero e proprio spazio di nuova concezione, nel quale i confini nazionali non hanno più alcun rilievo, quale legislatore nazionale o sovranazionale ha l'autorità e gli strumenti tecnici per disciplinare il nuovo fenomeno, considerato che questo è, per sua stessa natura, globale⁽¹⁴⁾?

Nel tentativo di rispondere ai quesiti ora formulati, basta notare come tutti gli organi di governo di internet attualmente operativi – che peraltro svol-

immagini – non le cose – i componenti fondamentali del valore» (così RIFKIN, *L'era dell'accesso*, Milano, 2000, 6 s.; cfr. OHMAE, *Il continente invisibile*, Roma 2001; O'ROURKE, *Property Rights and Competition on the internet*, 16 *Berkeley Technology Law Journal*, 561, 2001).

⁽¹³⁾ Cfr. PARDOLESI e RENDA, *Appunti di un viaggio nel capitalismo digitale: reti e retaggi culturali nel diritto antitrust*, in *La concorrenza tra economia e diritto*, a cura di Lipari e Musu, Bari, 2000, 147; YARBROUGH, *Connecting the World: The Development of the Global Information Infrastructure*, 53 *Federal Commission Law Journal*, 315, 2001; PERRITT JR., *Law and Information Superhighway*, 2ª ed., Gaithersburg-New York, 2001.

⁽¹⁴⁾ STANZIONE, *Commercio elettronico, contratto ed altre categorie civilistiche*, in *Dir. inf. e informatica*, 2001, 652, osserva che «[...] per la natura stessa del commercio elettronico [...] mai come in questo settore è insufficiente il ricorso alla sola normativa nazionale; laddove proprio la globalizzazione del mercato dei servizi e delle informazioni travalica lo spazio giuridico di un dato ordinamento e impone la ricerca delle norme applicabili».

⁽⁹⁾ Per una riflessione di qualche anno fa, ma ancora interessante ed attuale, sulla “morte” delle distanze causata dall'utilizzazione delle nuove tecnologie della comunicazione, cfr. CAIRNCROSS, *The Death of Distance: How the Communications Revolutions Will Change Our Lives*, Boston, 1997, il quale, per inciso, sembra voler evocare GILMORE, *La morte del contratto*, Milano, 1997.

⁽¹⁰⁾ Circa l'origine del termine “telematica”, cfr. FROSINI, *Telematica ed informatica giuridica*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 60; nonché RICHIERI, *Le autostrade dell'informazione*, in *Problemi dell'informazione*, 1995, 27.

⁽¹¹⁾ Di cyberspace parlò per la prima volta nel 1983 Gibson – nel suo celeberrimo romanzo pubblicato in Italia con il titolo *Neuromante*, Milano 1984 – facendo riferimento ad una realtà priva di fisicità, nel senso tradizionale del termine, perché tutta ridotta a segnali digitali.

⁽¹²⁾ È stato recentemente sostenuto che nella nuova era i mercati tradizionali cederanno il passo alle reti e il diritto di proprietà sarà progressivamente sostituito dal diritto di accesso. Ciò in quanto «nella new economy sono le idee, i concetti, le

gono sostanzialmente funzioni tecniche – abbiano natura privata e siano direttamente riconducibili agli Stati Uniti, per avvertire subito quale sia il più grande problema politico e giuridico di internet: la mancanza di rappresentatività, di legittimazione e di democrazia in chi lo dirige⁽¹⁵⁾. Per affrontare al meglio la questione in parola, che si palesa cruciale anche nell'ottica di un delineamento dei futuri assetti giuridici di internet, occorre svolgere un'ulteriore considerazione: ogni cambiamento dei protocolli tecnologici della rete può avvenire al di fuori di procedure formalizzate ed è in grado di produrre effetti di più forte impatto rispetto alla modifica delle regole giuridiche⁽¹⁶⁾.

Il dibattito sul tema è aperto ed acceso. Da una parte ci sono coloro che asseriscono l'opportunità di lasciare che internet si governi da sé, tanto a livello legislativo quanto a livello giurisdizionale⁽¹⁷⁾; dall'altra quelli che invece sostengono la necessità di interventi statali⁽¹⁸⁾, o quantomeno di una regolamentazione mista, in parte lasciata al mercato e in parte realizzata dagli Stati nazionali⁽¹⁹⁾.

Tra questi due opposti, si segnala anche una posizione ulteriore, che è quella di quanti sostengono che le novità introdotte da internet possono essere regolate dai principi giuridici tradizionali, debitamente adattati a livello interpretativo⁽²⁰⁾. Giova, in proposito, evidenziare come la dir. 2000/31/CE – relativa a taluni aspetti giuridici della società dell'informazione, su cui più volte si tornerà nel corso della presente riflessione – agli artt. 16 e 17 faccia carico agli Stati di incoraggiare l'elaborazione di codici di autocondotta, peraltro senza chiarire il valore giuridico da riconoscere a tali codici, e raccomandandi di non ostacolare il ricorso a forme stragiudiziali di composizione delle controversie (c.d. Alternative Dispute Resolution, ADR).

Al centro del dibattito dottrinale appena riassunto, un altro argomento di discussione concerne l'efficienza delle c.d. regole giuridiche di internet. Questi i termini della questione: tra coloro i quali ritengono che un intervento legislativo eteronomo sia in ogni caso necessario, i più sostengono l'opportunità di un coordinamento tra il maggior numero pos-

sibile di legislatori nazionali, o addirittura la necessità di norme uniformi destinate a regolare il fenomeno internet, mentre altri ritengono che sia sufficiente individuare a priori criteri precisi ed oggettivi di selezione delle norme statali di volta in volta applicabili e riconoscere maggior potere all'autonomia privata nella scelta della legge applicabile e della giurisdizione⁽²¹⁾.

7. Le potenzialità dannose delle autostrade telematiche

Conclusa l'operazione di mappatura del territorio, potremmo dire dell'ambiente, in cui si svolgono i rapporti tra le regole di responsabilità civile e internet – così come si era anticipato nel paragrafo introduttivo di questo saggio – occorre adesso affrontare il viaggio, l'itinerario che ci consentirà di conoscere più da vicino l'illecito on-line, o telematico, e quindi la sua ontologia, la sua configurazione, le tecniche preventive, i soggetti che possono realizzarlo ed i criteri di imputazione delle relative responsabilità.

Muovendo in questa prospettiva, vale la pena di cominciare evidenziando, da subito, che le c.d. autostrade telematiche rappresentano un mezzo di comunicazione dalle potenzialità divulgative enormi, capaci di moltiplicare vertiginosamente le possibilità di compiere attività dannose e gli effetti economici delle stesse. È proprio dal davanzale di chi voglia svolgere un'indagine sui profili di responsabilità civile del fenomeno internet, dunque, che risultano maggiormente visibili quei nodi particolarmente intricati, e spesso non percepibili da altre prospettive, che rischierebbero di paralizzare il sistema qualora non fossero preventivamente individuati e, per quanto possibile, sciolti⁽²²⁾.

Malgrado vi siano studiosi che sostengono si possa perseguire questo risultato anche soltanto attraverso sapienti operazioni ermeneutiche compiute sui principi giuridici esistenti, basta fare un semplice inventario delle problematiche emerse negli ultimi anni nel campo della responsabilità extracontrattuale e ricollegabili ad internet, per capire che una soluzione di tal fatta è ottimistica al punto da poter

L'efficienza delle regole giuridiche in internet

⁽¹⁵⁾ Cfr. WEINSTOCK, *Cyberspace Self-Governance: A Skeptical View from Liberal Democratic Theory*, 88 *Calif. L. Rev.*, 395, 2000; WEIBERG, *ICANN and the Problem of legitimacy*, 50 *Duke L.J.*, 187, 2000.

⁽¹⁶⁾ L'osservazione di LESSING, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, 1999, 160, mette in evidenza come, mentre i legislatori municipali e, più in generale, gli ordinamenti giuridici nazionali, tardano ad attivarsi per intervenire in maniera decisa ed efficiente a regolare internet, questo – incurante del sostanziale vuoto normativo che lo circonda – continui la sua espansione e la sua evoluzione.

⁽¹⁷⁾ Così LANIN, *Who controls the internet? States' Rights and the Reawakening of the Dormant Commerce Clause*, 73 *South Calif. L. Rev.*, 1423, 2000.

⁽¹⁸⁾ Così LEMLEY, *The Law and Economics of Internet Norms*, 73 *Chicago-Kent Law Review*, 1257, 1998, il quale contesta l'efficienza in termini economici di un'autoregolamentazione di internet; nonché GOLDSMITH, *Against Cyberanarchy*, 65 *UCLR*, 1199, 1998; SHAPIRO, *The Disappearance of Cyberspace and the Rise of Code*, 8 *Seton Hall Constitutional Law Journal*, 703, 1998.

⁽¹⁹⁾ In questo senso, tra gli altri, LESSING, cit., *passim*; LITAN, *Law and Policy in the Age of the Internet*, 50 *Duke L.J.*, 187, 2000. Cfr. VIGORITI, *E-Commerce e tutela giurisdizionale*, in *Dir. inf. e informatica*, 2001, 669.

⁽²⁰⁾ Cfr. SOMMER, *Against Cyberlaw*, 15 *Berkeley Technology Law Journal*, 1145, 2000.

⁽²¹⁾ Tra i sostenitori di questa seconda tesi, cfr. il saggio di RIBSTEIN e KOBAYASHI, *State Regulation of Electronic Commerce*, in *Law and Economics Working Paper Series*, George Mason University School of Law, 2002, sul sito internet <http://papers.ssrn.com/abstract=294466>.

⁽²²⁾ Così DI CIOMMO, *Profili di responsabilità del commercio elettronico*, in TRIPODI, SANTORO e MISSINEO, *Manuale di commercio elettronico*, Milano, 2000, 486, a cui, se consentito, si rinvia per ulteriori considerazioni sul punto. cfr. STANZIONE, cit., 661, secondo il quale: «la responsabilità è il nodo cruciale per ogni tematica giuridicamente rilevante: lo è a maggior ragione per il commercio elettronico».

essere considerata semplicistica. Autorevole dottrina italiana, infatti, già tre lustri fa, riflettendo sull'incrocio tra computer e illecito civile, dopo aver sottolineato come in Italia su tale argomento regnasse «un'atmosfera di tranquilla indifferenza, che rischia però di essere l'indifferenza dell'ignoranza», evidenziava le «difficoltà di incanalare la variegata ipotesi prospettabili nei binari delle regole tradizionali in materia di responsabilità civile»⁽²³⁾.

8. Spazio e tempo in internet: i problemi di individuazione dell'autore dell'illecito on-line

L'applicazione delle regole e dei principi di responsabilità civile ad internet soffre principalmente il problema della individuazione dei soggetti che pongono in essere o che concorrono nell'illecito. Ciò è dovuto a due caratteristiche della comunicazione telematica che possiamo sintetizzare nei termini di ubiquità e della virtualità.

Chi è in grado di accedere ad un computer connesso alla grande rete «può oggi entrare in contatto in tempo reale con altri utenti, così diventando parte di quella comunità c.d. virtuale nella quale la globalizzazione dei mercati, la multimedialità dell'informazione (giornalistica, culturale, ricreativa, personale o commerciale che sia) e l'abbattimento dei tempi sono tutt'altro che virtuali (nel senso filosofico della parola, per cui è virtuale tutto ciò che può avere in potenza, ma ancora non ha, realizzazione o manifestazione concreta)»⁽²⁴⁾.

Queste peculiarità fanno di internet un'entità, o un nuovo spazio, che le regole giuridiche di stampo tradizionale non riescono, per molti versi, a gestire, in quanto esse si giustificano soltanto in ragione di una concezione consolidata e millenaria – ma in rete superata – di spazio e tempo. Ciò è a dire che nei manuali di diritto non è più possibile spiegare la dimensione spazio/temporale senza rilevare come oggi esistano nuove categorie – globalità, multimedialità, immediatezza – con cui il giurista si deve necessariamente confrontare⁽²⁵⁾.

L'irrelevanza dei confini geografici fa il paio con altre due caratteristiche della comunicazione via internet: la “delocalizzazione” e la “dematerializzazione”. È possibile, infatti, osservare che l'inter-nauta mentre naviga, o si limita ad immettere materiali in rete, rimane nella sua stanza, nel suo ufficio, ovvero nel luogo pubblico dal quale accede alla rete; e tuttavia egli non è nemmeno in quel

posto, considerato che tale attività è realizzata attraverso un sistema che si basa sull'immaterialità ed è dunque essa stessa non geograficamente localizzabile. Come è stato notato, in internet «il soggetto è flusso linguistico, parola testuale o segno grafico, un essere là che non è mai là, ma ovunque sono [...] accessibili le sue parole. L'estensione pratica del soggetto individuo, sociale, culturale o politica, è potenzialmente illimitata, mentre nello stesso tempo il suo centro di gravità resta virtualmente non identificabile e dunque del tutto imprevedibile»⁽²⁶⁾. La qual cosa significa, per il giurista, che l'individuazione – già di per sé tecnicamente difficile – del *locus* in cui il soggetto, responsabile del compimento di una certa attività illecita in internet, si trovava al momento in cui i materiali oggetto della diffusione lesiva sono stati veicolati in rete, in teoria può non essere considerata sufficiente a ritenere di aver rintracciato il luogo in cui detta attività è compiuta ed ancor meno, come evidente, il luogo nel quale gli effetti dannosi della stessa si sono realizzati.

Già dalle brevi considerazioni sin qui svolte, è possibile percepire la portata delle questioni pratiche con le quali si deve confrontare l'interprete che, in casi di illecito compiuto via internet, voglia determinare il foro territorialmente competente o, peggio, si trovi a dover risolvere problemi di giurisdizione, ovvero di individuazione della legge statale applicabile, attraverso le norme di diritto internazionale privato. Difficoltà che si moltiplicano se solo si pensa che non è possibile svolgere un'unica riflessione per tutte le ipotesi di responsabilità in quanto, come è facile intuire, la gamma di tipologie di illecito e di tecnologie utilizzabili genera importanti variazioni sul tema. La dottrina nordamericana che ha studiato il fenomeno della c.d. delocalizzazione – tra l'altro, evidenziandone le differenze rispetto al fenomeno dell'internazionalizzazione – delle attività compiute su internet, parla di “glocalization”, termine derivato dalla fusione delle parole *globalization* e *localization*⁽²⁷⁾.

9. Questioni aperte di diritto internazionale privato in caso di illecito on-line

La difficoltà tecnica di individuare e localizzare chi abbia commesso un fatto illecito servendosi di internet, considerata la vocazione sovranazionale del mezzo di comunicazione prescelto, crea questioni

⁽²³⁾ Così BUSNELLI, *Introduzione*, in *Computers e responsabilità civile*, a cura di Alpa, Milano, 1985.

⁽²⁴⁾ Così già DI CIOMMO, *Dispute sui “domain names”, fatti illeciti compiuti via internet ed inadeguatezza del criterio del “locus commissi delicti”*, in *Foro it.*, 2001, I, 2033.

⁽²⁵⁾ Cfr. ALPA, *New economy e libere professioni: il diritto privato e l'attività forense nell'era della rivoluzione digitale*, in *Contratto e impresa*, 2000, 1175, il quale osserva che «come nell'antica tragedia greca, anche [nella new economy] si realizza – in forme affatto diverse – una unità di tempo, di luogo e di azione»; cfr. anche ID., *Cyber Law. Problemi giuri-*

dici connessi allo sviluppo di internet, in *Nuova giur. comm.*, 1998, II, 385.

⁽²⁶⁾ Così MATHIAS, *La Cité Internet*, Parigi, 1997, in MATHIAS, PACIFICI, POZZI e SACCO, *La Polis Internet*, Milano, 2000, 27.

⁽²⁷⁾ Il neologismo è stato coniato da SOJA, *Afterword*, 48 *Stanf. Law Rev.*, 1427, 1996. Sul punto, cfr. GROSSFELD, *Global accounting: Where Internet Meets Geography*, 48 *AJCL*, 261, 2000. In Germania considerazioni in proposito sono svolte, tra gli altri, da MÜLLER e HENGSTENBERG, *Nationale und internationale Rechtsprobleme in internet*, in *NJW*, 1996, 1777; KOCH, *Internet-Recht*, München, 1998, in particolare 28.

di diritto internazionale privato e di competenza territoriale di non poco momento⁽²⁸⁾.

Prendendo come riferimento la l. 31.5.1995, n. 218, e dunque adottando una prospettiva tipicamente italiana, è possibile svolgere qualche breve considerazione al fine di evidenziare la complessità dei problemi in parola. L'art. 62 di tale testo normativo (anche combinato con l'art. 24) afferma che la legge nazionale applicabile si individua in base al criterio del *locus commissi delicti*, e in particolare prevede che la relativa responsabilità «è regolata dalla legge dello Stato in cui si è verificato l'evento. Tuttavia il danneggiato può chiedere l'applicazione della legge dello Stato in cui si è verificato il fatto che ha causato il danno». Lo stesso criterio è utilizzato per risolvere i conflitti di giurisdizione quando, in forza dell'art. 3, 2° co., sia applicabile l'art. 5, 3° co., della Convenzione di Bruxelles del 27.9.1968, che attribuisce la giurisdizione al giudice del «luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto» (diversamente è a dirsi quando risulti applicabile il 1° co. di tale disposizione, ai sensi del quale la giurisdizione italiana sussiste sempre quando il convenuto è domiciliato o residente in Italia). Il nodo da sciogliere, come evidente, sarà costituito dall'esatta individuazione del posto in cui «si è verificato l'evento», visto che difficilmente – considerati i segnalati problemi di individuazione del luogo «in cui si è verificato il fatto» – il danneggiato si avvarrà della facoltà di chiedere l'applicazione della legge di tal ultimo stato. E ciò, a meno che non si ritenga che si deve considerare avvenuto il fatto nel luogo di stabilimento del prestatore del servizio internet tramite il quale l'illecito è stato realizzato. In tal caso, infatti, viene in soccorso del danneggiato il considerando 19 della citata dir. 2000/31/CE, il quale afferma che: «[...] il luogo di stabilimento, per le società che forniscono servizi tramite internet, non è né là dove si trova la tecnologia di supporto del sito né là dove esso è accessibile, bensì il luogo in cui tali società esercitano la loro attività economica».

Il principio in parola, come evidente, non risolve il problema rappresentato dalla localizzazione del singolo utente che si sia reso responsabile del fatto illecito, bensì solo quello, pur rilevante, della localizzazione dei [provider](#). La direttiva, peraltro, al considerando 23 dichiara espressamente di non voler introdurre norme supplementari di diritto internazionale privato sui conflitti di legge e di non trattare della «competenza di organi giurisdizionali». Se, al contrario, si considera luogo in cui «si è verificato l'evento» quello nel quale il danneggiato ha avuto per la prima volta conoscenza del fatto (per

alcuni illeciti questo è il criterio utilizzato tradizionalmente), non sarà semplice per l'attore dimostrare di essersi trovato ad accedere alla rete da una certa località, piuttosto che da un'altra, quando ha avuto prima conoscenza dei contenuti dannosi; per riuscire in tale impresa dovrà sperare nella collaborazione dei provider coinvolti nella vicenda. Ancora più complicata si rivela la questione qualora – invece di ritenere assodato che il luogo dell'evento sia quello in cui si trovava il danneggiato nel momento in cui ha preso, per la prima volta, coscienza dell'esistenza in rete dei materiali sgraditi – si osserva che ci sono ipotesi in cui l'evento si verifica indipendentemente dalla prima conoscenza del soggetto danneggiato. In tal caso, infatti, occorre individuare di volta in volta il luogo in cui può ritenersi che l'evento si sia verificato; attività ostacolata dal carattere essenzialmente immateriale del cberspazio.

A questo punto, giova richiamare il combinato disposto degli [artt. 56, r.d. 21.6.1942, n. 929](#) (l. marchi), e [3, 1° co., l. n. 218/1995](#), che afferma la giurisdizione italiana, qualunque sia la cittadinanza, residenza o domicilio delle parti, per le azioni in materia di marchi, italiani o internazionali, già registrati o in corso di registrazione, ove estendenti «i loro effetti» in Italia⁽²⁹⁾. L'art. 56 fornisce all'operatore, a differenza delle norme precedentemente richiamate, una regola in grado di operare senza problemi anche con riferimento agli atti illeciti realizzati via internet.

Non è detto, dunque, come da troppe parti si lascia intendere⁽³⁰⁾, strizzando l'occhio all'autoregolamentazione, che le regole giuridiche di derivazione statale siano per definizione inadeguate a gestire il fenomeno internet. È vero, al contrario, che l'applicazione tradizionale dei principi consolidati si palesa, in molti casi, inadeguata alla nuova realtà, ma ciò non esclude che debbano essere proprio i legislatori statali a formularne di nuovi. A questo proposito, pare il caso di segnalare che vi sono diverse proposte di regolamentazione sovranazionale di tali problematiche, a tenore delle quali, per quanto riguarda la tutela del diritto d'autore, si prospettano criteri di collegamento che individuano la legge applicabile in quella dello Stato in cui avviene il c.d. uploading (caricamento sul server del provider delle pagine destinate ad essere visionate sul web) e, in subordine, quella dello Stato in cui si produce l'evento dannoso; mentre, per quanto riguarda la tutela dei diritti della personalità, si preferisce promuovere l'applicazione della legge dello Stato in cui la vittima ha subito il danno, se questo era prevedibile da parte dell'autore dell'illecito e, in subor-

Non è vero che le regole giuridiche di derivazione statale siano per definizione inadeguate a gestire il fenomeno internet

⁽²⁸⁾ Diffusamente su tali problematiche, DRAETTA, *Internet e commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati*, Milano, 2001.

⁽²⁹⁾ Per una recente affermazione della giurisdizione italiana

in applicazione dell'art. 56, l. marchi, cfr. Trib. Roma, 9.3.2000, in *Foro it.*, 2000, I, 2334, con nota di Pascuzzi.

⁽³⁰⁾ Cfr. BALLARINO, *Internet nel mondo della legge*, Padova, 1998, in particolare 224.

Difficile
applicazione
del criterio
del "locus commissi
delicti"
agli illeciti on line

dine, la legge dello Stato dell'uploading dei dati che hanno causato il danno⁽³¹⁾.

10. Il problema della competenza territoriale per illecito on-line: le prime soluzioni giurisprudenziali

Il problema della competenza territoriale del giudice chiamato a risolvere controversie riguardanti internet – al pari delle questioni sulla legge applicabile e sulla giurisdizione di riferimento – coinvolge fattispecie molto eterogenee. Le incertezze concernono sia ipotesi di inadempimento contrattuale che di fatto illecito, sebbene, in relazione alle prime, il d.lg. 22.5.1999, n. 185, – attuazione della dir. 97/7/CE relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza – all'art. 14 disponga che «la competenza territoriale inderogabile è del luogo di residenza o di domicilio del consumatore, se ubicati nel territorio dello Stato»⁽³²⁾. La norma da ultimo citata è applicabile ai soli c.d. contratti business to consumer (tra imprenditore e consumatore) e non anche ai c.d. contratti business to business (tra imprenditori), ma certo contribuisce a fissare – in ambito contrattuale e per fattispecie sottoposte alla legge di Stati facenti parte dell'UE – alcuni necessari punti fermi⁽³³⁾.

Svolta questa breve precisazione relativa ai contratti, è evidente come i maggiori dubbi sulla competenza territoriale dell'autorità giudiziaria per attività compiute in rete ruotino attorno ad ipotesi di fatto illecito. In termini generali, tale competenza è disciplinata, nel nostro ordinamento, dal codice di procedura civile, a tenore del quale l'attore può scegliere di adire il giudice del luogo in cui il danneggiante ha la residenza, il domicilio o, in via residuale, la dimora (artt. 18 e 19), ovvero, alternativamente, quello del luogo in cui l'obbligazione «è sorta o deve eseguirsi» (art. 20). Ai sensi dell'articolo da ultimo citato, l'attore danneggiato da un fatto illecito può teoricamente scegliere tra due criteri alternativi: quello del *forum commissi delicti* e quello del *forum destinatae solutionis*. In concreto, tuttavia, questo secondo si rivela pressoché inutile, perché conduce a ritenere competente il giudice del luogo in cui ha domicilio il debitore al tempo della scadenza dell'obbligazione (in quanto questa ricade nell'ambito di applicazione dell'art. 1182, 4° co., c.c.), così come, nella maggior parte dei casi, sarebbe ai sensi degli artt. 18 e 19 c.p.c. Il solo criterio

adatto a rendere effettiva la disponibilità di un foro territoriale alternativo in caso di illecito è, dunque, quello del *locus commissi delicti*, in applicazione del quale, riguardo alla circostanza in cui vi sia diversità tra il luogo di commissione del fatto e quello di produzione dell'evento dannoso, la giurisprudenza si è tradizionalmente divisa tra chi sostiene che si debba aver riguardo a quest'ultimo e chi ritiene il contrario⁽³⁴⁾, mentre, se il danno si verifica in più luoghi, per orientamento costante si fa riferimento alla località di prima incidenza causale dell'azione nella sfera giuridica dell'attore⁽³⁵⁾.

Anche l'art. 57 l. marchi pone, come foro alternativo a quello della residenza, del domicilio o della dimora del convenuto (art. 56), il foro del luogo dove sono stati commessi i fatti che si assumono lesivi del diritto di marchio. Il problema ermeneutico consiste dunque – in relazione, tanto al fatto illecito in generale, quanto alla lesione del marchio – nel determinare cosa in concreto si debba intendere per *locus commissi delicti*, laddove, come già rilevato, l'illecito commesso via internet può sfuggire ai tentativi di definizione geografica e dispiega il suo potenziale lesivo contemporaneamente in tutta la rete, senza che sia possibile, nella maggioranza dei casi, individuare con certezza un luogo fisico di prima incidenza causale dell'azione.

L'imbarazzo interpretativo è confermato dall'incertezza manifestata dalla giurisprudenza italiana chiamata ad applicare il criterio in parola ad attività compiute via internet. Mentre, infatti, secondo alcune pronunce, l'illecito è commesso dove è ubicato il computer dal quale partono i materiali diretti in rete, e non dove la lesione del diritto si manifesta⁽³⁶⁾; in altri casi si è ritenuto che siano territorialmente competenti tutti i tribunali italiani ubicati in luoghi dai quali è possibile accedere alla rete, perché in ognuno di tali fori si manifesta la lesione del diritto⁽³⁷⁾.

La problematica in esame si palesa ancora più complessa se solo si considera che ogni tipo di illecito deve essere trattato nel rispetto delle sue peculiarità. A tal proposito, giova osservare come, secondo la giurisprudenza di legittimità, quando si discuta una duplice domanda di contraffazione del marchio e concorrenza sleale, per incardinare la causa davanti ad un giudice, occorre affermare la commercializzazione del prodotto nel territorio rientrante nella sua competenza⁽³⁸⁾. Tale precisa-

⁽³¹⁾ Sul punto, cfr. GIURDANELLA, *Problemi di giurisdizione, in Internet. Nuovi problemi e questioni controverse*, a cura di Casano, Milano, 2001, 373. Cfr. Reg. (CE) n. 44/2001 (in G.U.C.E., 16.1.2001, L 12), concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

⁽³²⁾ Per gli opportuni approfondimenti sulla questione specifica, tra gli altri, cfr. DE MARZO, *I contratti a distanza*, Milano, 1999, 67; nonché DANOVÌ, *Il foro del consumatore nei contratti a distanza*, in *Riv. dir. processuale*, 2000, 430.

⁽³³⁾ Sul punto, cfr. GIOVA, *La conclusione del contratto via internet*, Napoli, 2000, 92 ss.

⁽³⁴⁾ Tra le sentenze che esprimono il primo indirizzo, cfr. *Cass.*, sez. I, 5.6.1991, n. 6381, in *Foro it.*, 1992, I, 436. Tra quelle che, invece, accolgono il secondo orientamento, cfr. *Cass.*, sez. III, 29.3.1995, n. 3733, in *Rep. Foro it.*, 1995.

⁽³⁵⁾ Cfr. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, 13ª ed., I, Torino, 2000, 109.

⁽³⁶⁾ Così *Trib. Lecce*, 24.2.2001, e *Trib. Verona*, 18.12.2000, entrambe in *Foro it.*, 2001, I, 2032, con nota di Di Ciommo.

⁽³⁷⁾ Cfr. *Trib. Cagliari*, 28.2.2000, in *Nuova giur. comm.*, 2000, I, 535.

⁽³⁸⁾ Per l'affermazione di questo principio, cfr. *Cass.*, sez. I, 28.10.1997, n. 10582, in *Riv. dir. industriale*, 1998, II, 273.

zione consente di affermare che, nel caso di specie, ogni tribunale italiano sia competente a pronunciarsi quando i prodotti siano “venduti” a mezzo internet, e ciò in quanto tramite la grande rete telematica il prodotto viene commercializzato in ogni parte d'Italia⁽³⁹⁾.

Diversamente è a dirsi se si ritiene che, quando la produzione del danno sia disseminata sul territorio, l'esigenza di determinare un criterio oggettivo unico di individuazione della competenza territoriale imponga di tralasciare l'elemento della commercializzazione per far riferimento al luogo in cui il bene, che porta il marchio illegittimo, è prodotto. Attraverso tale espediente ermeneutico è, infatti, possibile aggirare il problema della competenza territoriale, in caso di illecito effettuato a mezzo internet, semplicemente perché si evita di prendere in considerazione internet. Anche questa soluzione non convince, in quanto finisce presumibilmente per incardinare la causa dinanzi al giudice del luogo in cui il convenuto ha la sede della propria impresa, così rendendo vana la ricerca di un foro “alternativo” a quello generale⁽⁴⁰⁾.

11. *Segue: la tesi preferibile accolta in Cassazione*

A ben vedere, nessuna delle soluzioni sinora passate in rassegna appare soddisfacente. Infatti, mentre quella che fa leva sul luogo in cui è collocato il computer dal quale l'utente accede alla rete o il sito viene gestito (nelle sue due varianti: luogo in cui è ubicato il server, ovvero luogo dal quale i dati vengono immessi in rete) si presta all'arbitrio del danneggiato che potrebbe, di volta in volta, scegliersi il giudice competente; quella che ritiene competenti tutti i tribunali italiani appare inaccettabile in quanto consente, non al danneggiante, ma al danneggiato, di realizzare il c.d. *forum shopping*, con ciò violando allo stesso modo il 1° co. dell'[art. 25 Cost.](#), a tenore del quale il giudice naturale deve essere preconstituito.

In definitiva, il criterio del *locus commissi delicti* non appare, almeno nella sua accezione tradizionale, idoneo ad essere applicato alle fattispecie in cui viene in rilievo l'uso di reti telematiche, e ciò in quanto entità “virtuali” non possono essere individuate materialmente (*id est* dal punto di vista spaziale e temporale) come entità del mondo reale, «né va applicata la logica degli atomi ai byte»⁽⁴¹⁾. Al contrario, una soluzione adatta a dirimere la questione in via definitiva ed equa sembra quella per cui, in caso di illecito realizzato a mezzo internet, la competenza – in alternativa a quanto stabilito dagli

artt. 18 e 19 c.p.c. – spetterebbe al giudice del foro in cui il danneggiato ha la propria sede, la propria residenza o il proprio domicilio⁽⁴²⁾. In tal modo: 1) la causa viene incardinata dove l'illecito è giunto a compimento causando concretamente un danno; 2) si impedisce ad entrambe le parti in causa di compiere attività di *forum shopping* e si precostituisce il giudice naturale territorialmente competente; 3) si evita che il danneggiato debba sopportare spese legate alla necessità di individuare il luogo di gestione del sito nonché il rischio di non riuscire in tale individuazione.

La soluzione proposta è perseguibile attraverso un'interpretazione dell'[art. 20 c.p.c.](#) (o, ad esempio, degli artt. 56 e 57, l. marchi) che, in caso di illecito commesso in rete, faccia leva sulla realizzazione effettiva del danno. Basta, in altre parole, considerare *locus commissi delicti* quello dove il fatto illecito genera realmente il danno economico; luogo che, nel caso in cui l'offesa colpisca un imprenditore, coincide con quello in cui è ubicata la sede dell'impresa e, nel caso in cui colpisca una persona fisica, risulta quello della sua residenza o del suo domicilio, in quanto è lì che questa concretamente può essere pregiudicata da una condotta illecita altrui.

Una simile scelta ermeneutica – che, per inciso, rispetta l'opzione accolta dal legislatore in materia di contratti dei consumatori stipulati a distanza e dunque anche in rete – fa giustizia della singolarità e della peculiarità di internet come strumento adatto a compiere attività dannose, ed inoltre, in un'ottica di law and economics, si rivela funzionale a riequilibrare il rapporto tra gestore del sito e terzi, altrimenti tutto sbilanciato a favore del primo, il quale gode di una vantaggio, se non sempre tecnologico, quantomeno logistico. La perseguibilità e l'efficienza della soluzione proposta trova ulteriore conferma se si considera che l'art. 30, 5° co., l. 6.8.1990, n. 223, – disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato –, afferma, per il reato di diffamazione compiuto attraverso il mezzo radiotelevisivo, la competenza territoriale del giudice del luogo di residenza della persona offesa.

La Cassazione a Sezione Unite ha accolto testualmente la soluzione qui propugnata con l'ordinanza dell'8.6.2002, n. 6591⁽⁴³⁾.

12. I criteri di imputazione della responsabilità civile per illecito on-line commesso da utente rimasto anonimo

Quando, attraverso l'utilizzazione di un servizio prestato da un operatore della rete, un utente rima-

Una soluzione ermeneutica che consente di individuare il foro territorialmente competente per illeciti on line

⁽³⁹⁾ Così già in DI CIOMMO, *Dispute sui “domain names”, fatti illeciti compiuti via internet ed inadeguatezza del criterio del “locus commissi delicti”*, cit., 2041, a cui ci si permette di rinviare per l'argomentazione con cui si sostiene la tesi.

⁽⁴⁰⁾ Tale soluzione è stata adottata, da ultimo, da Trib. Pozzuoli, 14.6.2000, in *Dir. inf. e informatica*, 2001, 231, con nota di Sammarco.

⁽⁴¹⁾ Così NEGROPONTE, *Being Digital*, Knopf, 1995, 211.

⁽⁴²⁾ Per una soluzione giurisprudenziale che sembra accarezzare tale prospettiva, cfr. [Trib. Messina, 6.11.2000](#), in *Foro it.*, 2001, I, 2032, con nota di Di Ciommo.

⁽⁴³⁾ Il provvedimento è pubblicato in *Foro it.*, 2002, I, 1982, con nota di Di Ciommo.

sto anonimo pone in essere un fatto illecito (ad esempio, formulando dichiarazioni in rete che poi si rivelano dannose per terzi, ovvero pubblicando materiali offensivi o diffamanti, o ancora svolgendo atti di concorrenza sleale o di violazione di diritti di privativa altrui), ci si chiede chi sia il soggetto responsabile: chi, in altre parole, deve risarcire il danno prodotto.

Se il servizio è ontologicamente volto a realizzare illeciti – situazione che, ad esempio, si verifica per quei siti che consentono agli user di violare sistematicamente i diritti d'autore, ovvero per quei siti che favoriscono lo scambio di materiale pedopornografico –, non sembra vi sia ragione di dubitare che il prestatore debba rispondere direttamente dei danni causati. Viceversa, nel caso in cui il servizio di per sé non abbia una tale vocazione, appare difficile individuare una precisa responsabilità in capo a chi lo gestisce, mentre sarà certamente responsabile l'utente che, utilizzando detto servizio, ha realizzato l'illecito, sempre che lo si individui.

In alcuni casi, tra prestatore di servizi di rete e user esiste un contratto con il quale il primo declina ogni responsabilità in relazione ai contenuti trattati per conto del secondo, così attribuendo il ruolo di responsabile legale a quest'ultimo. Tuttavia, anche qualora tale accordo – che, del resto, non ha effetto nei confronti dei terzi danneggiati⁽⁴⁴⁾ – manchi, al prestatore non sembra imputabile alcuna responsabilità diretta quando: 1) il servizio non sia ontologicamente destinato a consentire la realizzazione di illeciti; 2) egli non abbia in alcun modo partecipato fattivamente alla realizzazione dell'illecito, ad esempio attraverso la scelta dei contenuti da pubblicare o dei destinatari di un certo messaggio; 3) comunichi ai soggetti danneggiati l'Ip del danneggiante e, se in grado di conoscerne le generalità, anche queste ultime; 4) si sia attivato per cancellare i materiali illeciti non appena ne abbia avuto conoscenza. Prima di giungere a tale conclusione – che, allo stato della legislazione europea e nordamerica-

na di cui si parlerà più avanti, oggi appare certa e, per il momento, definitiva –, il problema della responsabilità civile dei prestatori di servizi della società dell'informazione per illeciti commessi dagli utenti è stato oggetto, soprattutto negli Stati Uniti, di numerose vicende giudiziarie, nell'ambito delle quali, soprattutto in un primo momento, i giudici hanno cercato di tutelare il soggetto danneggiato condannando il provider convenuto⁽⁴⁵⁾.

13. Segue: la prima giurisprudenza nordamericana e gli interventi legislativi

La maggior parte degli illeciti commessi on-line, sinora portati nelle aule giudiziarie, riguardano casi di diffamazione o, più in generale, di lesione dei diritti della personalità⁽⁴⁶⁾. Ciò ha indotto la giurisprudenza e la dottrina che si sono occupate di tali vicende a riflettere circa l'applicazione dei principi operanti in materia di responsabilità editoriale.

Nell'ormai celebre caso nordamericano *Cubby, Inc. v. CompuServe, Inc.*⁽⁴⁷⁾, in un *forum* telematico gestito dalla società CompuServe erano stati diffusi alcuni messaggi dal contenuto diffamatorio, tendenti a gettare discredito sulla società Cubby. La corte, nella circostanza, esclude qualsiasi responsabilità editoriale da parte del gestore del *forum*, osservando che la velocità con cui i dati sono immessi in rete non consente un controllo sui loro contenuti ed equiparando l'attività del service provider a quella del bibliotecario o del giornalaio, i quali non sono tenuti a controllare il contenuto dei libri messi a disposizione del pubblico⁽⁴⁸⁾, sebbene, qualora coscienti della illiceità di un prodotto o di una informazione, debbano attivarsi per impedire la realizzazione dei danni.

Questa impostazione del problema non fu esente da critiche, sicché, dopo pochi anni, nel caso *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services, Co.*⁽⁴⁹⁾, una società che gestiva un bulletin board system (una sorta di bacheca elettronica), in cui erano diffusi alcuni messaggi diffamatori per l'attore, venne

⁽⁴⁴⁾ In una delle prime sentenze italiane in materia di illeciti commessi attraverso internet (Trib. Teramo, 11.12.1997, in *Diritto inf. e informatica*, 1998, 370, con nota di Costanzo), un host provider fu mandato esente da responsabilità in forza della clausola di esonerazione inserita nel contratto che intercorreva tra lui e il soggetto danneggiato.

⁽⁴⁵⁾ Con la generica qualifica di provider si fa generalmente riferimento ad una pluralità di soggetti che rientrano nella categoria degli operatori che la dir. 2000/31/CE definisce «prestatori di servizi della società dell'informazione». Ai fini della presente riflessione, le diverse tipologie di provider devono essere tenute ben distinte al fine di un corretto inquadramento delle relative responsabilità. E ciò in quanto, mentre l'access provider fornisce agli utenti la connessione alla rete, il service provider fornisce servizi ulteriori (caselle e-mail, chatroom, *forum* telematici, newsgroup, motori di ricerca, gestione di banche dati, e bacheche elettroniche in cui gli utenti possono pubblicare i propri materiali e quant'altro), ed il content provider veicola in rete, tramite il suo sito, propri contenuti (notizie ed altro). L'host provider, infine, è un service provider che mette a disposizione uno spazio del disco rigido del proprio server per "ospitare" i siti creati da utenti che desiderano svolgere il ruolo di service o content provider pur non avendo a disposizione le

necessarie tecnologie. A queste figure di intermediari si deve aggiungere quella del c.d. maintener, il quale non è un vero e proprio provider, in quanto non è un intermediario di internet, bensì un operatore che interagisce burocraticamente e tecnicamente, per conto di un provider che intende "aprire" un sito web, con gli enti preposti alla registrazione dei nomi di dominio.

⁽⁴⁶⁾ In argomento, sia consentito rinviare a Di CIOMMO, *Diritti della personalità tra media tradizionali e avvento di internet*, in *Persona e tutele giuridiche*, a cura di Comandè, Torino, 2003, 3.

⁽⁴⁷⁾ 776 *Fed. Supp.* 135 S.D.N.Y., 1992.

⁽⁴⁸⁾ In questi termini si è espressa la giurisprudenza americana già nel primo caso di illecito telematico di cui si abbia notizia: *Daniel v. Dow Jones*, 520 N.Y.S. 2d 334 (N.Y. civ. Ct. 1987). Per affermazioni dello stesso principio, che viene giustificato in ragione della libertà di diffusione delle informazioni, v. anche *Auvil v. CBS '60 Minutes*, 800 *Fed. Supp.* 928, 1992; *Stern v. Delphi Service Corp.*, 626 N.Y.S. 2d 694 (N.Y. Sup. 1995).

⁽⁴⁹⁾ Per l'epilogo della vicenda processuale, v. la sentenza New York Supreme Court, 11.12.1995, in *West Law*, 1995, 323710. Per un commento critico a tale pronuncia, cfr. SIDERITIS, *Defamation in Cyberspace: Reconciling Cubby, Inc. v. CompuServe, Inc. and Stratton Oakmont v. Prodigy Services commi*, 79 *Marq. L. Rev.* 1996, 1079.

condannata in quanto, nella fattispecie, secondo i giudici, essa aveva assunto veri e propri poteri editoriali, visto che si era dotata di un sistema di filtraggio delle informazioni finalizzato ad evitare che fossero lanciati messaggi dannosi. Si andava così delineando una situazione paradossale, giacché l'aver adottato delle content guidelines, in forza delle quali sarebbe stato possibile eliminare materiali offensivi dal sito, nonché l'aver applicato un automatico software screening per la ricerca e l'eliminazione delle parole oscene e offensive, invece che provare la diligenza del service provider, ne determinavano la condanna. Il che finì per disincentivare l'adozione di filtri automatici, in quanto questi erano (e sono) tecnicamente in grado di ridurre, ma non di eliminare, i materiali illeciti o comunque lesivi di diritti altrui presenti nei siti internet.

Tale vicenda, insieme alle preoccupazioni sollevate dalla presenza in rete di una gran quantità di materiale pornografico accessibile a chiunque, e dunque anche ai minori, suscitò la reazione del legislatore americano che nel 1996 emanò, all'interno del nuovo Telecommunications Act (47 United State Code 230⁽⁵⁰⁾), il Communication Decency Act (CDA), il quale, tra l'altro, e per quanto qui interessa, prevede che «nessun fornitore o utilizzatore di un servizio interattivo telematico sarà trattato come un editore nei confronti delle informazioni prodotte da un altro fornitore di contenuto (content provider)» ed inoltre afferma la non responsabilità dei prestatori per gli eventuali danni causati quando, in buona fede, impediscono l'accesso ai materiali ritenuti potenzialmente lesivi di diritti altrui (c.d. Good Samaritan Blocking and Screening of Offensive Material⁽⁵¹⁾), anche a prescindere dal fatto che i materiali in questione ricevano una specifica tutela costituzionale.

Particolarmente significative, a questo riguardo, si rivelano, anche per il peculiare quadro normativo in cui si inseriscono⁽⁵²⁾, alcune vicende giurisprudenziali nordamericane in cui viene esaminata la responsabilità dei provider per violazione del diritto d'autore. In uno dei primi casi di copyright infringement riguardante internet, la controversia Playboy v. Frena⁽⁵³⁾, un gestore di BBS a pagamento, venne

convenuto in giudizio perché, tramite tale servizio, venivano scambiate on-line fotografie il cui diritto d'autore era in capo alla società attrice. Il prestatore si difese dichiarando di aver ritirato prontamente le fotografie in questione non appena venuto a conoscenza dello scambio di foto che avveniva tra gli utenti del servizio in spregio del diritto d'autore suddetto. La Corte, tuttavia, condannò il convenuto. E, pur potendo fondare la decisione sulla teoria del contributory liability, i giudici preferirono soffermarsi sul fatto che il convenuto prestava il suo servizio al fine di lucro e che da esso, dunque, traeva vantaggi patrimoniali, da ciò ricavando la sua responsabilità colposa come direct infringer⁽⁵⁴⁾.

Questo orientamento rimase pressoché isolato, in quanto subito dopo venne sconfessato da numerose pronunce che sancirono l'impossibilità di rimproverare il prestatore di servizi di rete per attività, lesive del diritto d'autore, compiute dagli utenti. Nel caso Marobie v. NAFED, ad esempio, i giudici mandarono esente da responsabilità il provider equiparandolo al proprietario di una fotocopiatrice che non risponde dell'utilizzazione illecita della stessa fatta da altri⁽⁵⁵⁾. Nello stesso senso si espresse la District Court della California nel caso Religious Technology v. Netcom, che respinse la richiesta di condanna del provider richiamando la giurisprudenza in materia di gestori di telefonia e dunque sottolineando l'impossibilità per ogni fornitore di servizi di comunicazione di controllare i contenuti veicolati⁽⁵⁶⁾.

Recuperata, in particolare attraverso l'applicazione della teoria del contributory infringement, una visione colpevo-centrica della responsabilità degli internet provider, per creare certezza nella complessa materia, occorre sottrarre alla discrezionalità dei giudici la valutazione circa l'elemento psicologico e la correttezza del fornitore di servizi via internet. E, dunque, occorre precisare, una volta per tutte, i presupposti rispetto ai quali valutare la partecipazione del prestatore all'illecito dello user⁽⁵⁷⁾. Il 28.10.1998, negli Stati Uniti, è stato emanato il Digital Millennium Copyright Act (DCMA) (17 United State Code 1201)⁽⁵⁸⁾, il quale, tra l'altro, disciplina la responsabilità dei prestatori di servizi di rete per la diffusione di materiali che

Il Digital
Millennium
Copyright Act
statunitense

⁽⁵⁰⁾ Il Telecommunication Act ha modificato il Communication Act del 1934 (47 United State Code 201 et seq.).

⁽⁵¹⁾ Per gli opportuni approfondimenti, cfr. GUENTHER, *Good Samaritan to the Rescue: America Ondine Free from Publisher and Distributor Liability for Anonymously Posted Defamation*, 20 *Comm. and the Law*, 35, 1998.

⁽⁵²⁾ Sull'evoluzione normativa del copyright nordamericano, tra i tanti, cfr. B. NIMMER e D. NIMMER, *Nimmer on Copyright*, I, New York, 2002.

⁽⁵³⁾ Sentenza pubblicata in 839 *F Supp.* 1552 (M.D. Fla. 1993).

⁽⁵⁴⁾ La giurisprudenza americana ha più volte rilevato come, perché vi sia violazione del copyright da parte del direct infringement, non occorra che l'autore dell'illecito sia consapevole della pericolosità o della dannosità della sua condotta. Tra le altre, Da Costa v. Brown, 146 *F 2d* 408 (2d Cir. 1944).

⁽⁵⁵⁾ Marobie-FL, Inc. v. National Association of Fire Equip. Distributors, 853 *F Supp.* 1167 (N.D. Ill. 1997).

⁽⁵⁶⁾ Religious Technology Center, and Bridge Publication, Inc. v. Netcom, Inc. D. Erlich, and T. Klenesrud, 907 *F Sip.* 1361 (N.D. Cal. 1995). In materia di responsabilità del fornitore di telefonia per illeciti commessi dagli utenti, v. *Annotation: Liability of Telegraph or Telephone Company for Transmitting or Permitting Transmission of Libelous or Slanderous Messages*, 91 *A.L.R.* 3d 1015 (1979).

⁽⁵⁷⁾ Su tale esigenza si sofferma in particolare BUTLER, *Plotting the Return of An Ancient Tort to Cyberspace: Towards a New Federal Standard of Responsibility for Defamation for Internet Service Providers*, 6 *Mich. Telecomm. Tech. L. Rev.* 247 (1999-2000).

⁽⁵⁸⁾ Sentenza pubblicata in 17 *U.S.C.* 1201, Pub. L. 105-304, 112 Stat. 2860 (Oct 28, 1998).

violano le norme a tutela del copyright⁽⁵⁹⁾. Al fine suddetto, e cioè per limitare la discrezionalità del giudice nel valutare la contributory liability del provider, la § 512 del capitolo V del title 17 dello U.S.C., introdotta dal title II del DCMA e rubricata "Limitations on liability relating to material on-line", stabilisce regole di esonero della responsabilità per il prestatore che si limiti a fare da intermediario tecnico tra gli utenti coinvolti nell'illecito, senza partecipare volontariamente alla commissione di questo.

La soluzione adottata con il DMCA – alla fine di un dibattito acceso che aveva portato, tra il 1997 e il 1998, alla presentazione di due distinti progetti di legge – sostanzialmente esonera i provider da ogni ipotesi di contributory liability, in caso di violazione di copyright da parte di utenti di internet, quando la partecipazione dei prestatori di servizi di rete alla vicenda che produce un danno a terzi abbia caratteri esclusivamente tecnici. In altre parole, il legislatore nordamericano – sollevando non poche critiche nella dottrina specializzata⁽⁶⁰⁾ – ha così accolto la teoria per cui vi sarebbe contributory infringement solo quando il prestatore eccede il suo ruolo tecnico di intermediario e partecipa volontariamente, anche se non dolosamente, alla commissione dell'atto lesivo.

14. Segue: la giurisprudenza europea

Tra tutte le altre esperienze europee in materia, quella francese appare oggi meritevole di un'attenzione particolare. Dopo alcuni anni, in cui l'unica norma applicabile per analogia alla problematica in esame era rappresentata dall'art. 15 della loi de réglementation des télécommunications, del 6.7.1996, n. 96-659⁽⁶¹⁾, nell'ordinamento transalpino si è regi-

strato – a distanza di soli due mesi dall'emanazione della dir. 2000/31/CE dell'8.6.2000 – un significativo intervento normativo costituito dalla loi 1.8.2000, n. 2000-719⁽⁶²⁾, che, tra l'altro, ha addossato espressamente sugli access e gli host provider l'onere di detenere e conservare i dati che consentono di identificare i soggetti che abbiano contribuito alla creazione dei contenuti dei siti⁽⁶³⁾. In tal modo, è stato limitato l'anonimato degli utenti di internet al fine di evitare che siano compiuti fatti illeciti on-line senza che il responsabile sia individuabile. Prima della loi ora citata, nei due casi giurisprudenziali transalpini più importanti, in cui è stato trattato il problema in parola, il provider ha avuto sempre la peggio ed è stato condannato, in entrambe le occasioni, per omesso controllo sul contenuto dei siti da lui gestiti, messi a disposizione del pubblico o anche soltanto ospitati⁽⁶⁴⁾.

In Italia, sia in dottrina che in giurisprudenza, al fine di perseguire il prestatore di servizi di internet quando non sia possibile individuare il reale autore dell'illecito, in un primo momento, ci si è interrogati sulla possibilità di estendere analogicamente la disciplina riguardante la stampa agli illeciti (in particolare a quelli diffamatori) compiuti on-line⁽⁶⁵⁾. In materia penale – a parte qualche isolata pronuncia in cui l'organo giudicante ha mostrato una certa severità nei confronti dei provider⁽⁶⁶⁾ – si è, per lo più, avversata tale prospettiva, in virtù della indelegabilità che caratterizza il principio di personalità della responsabilità (art. 27, 1° co., Cost.), nonché il principio di legalità (art. 25, 2° co., cost.); mentre si discute in ordine alla applicabilità degli artt. 57, 261, 266, 302, 326, 414, 528, 595, 618 e 621 c.p. In ambito civile, il dibattito ha riguardato l'applicazione degli artt. 11 e 12, l. 8.2.1948, n. 47, che concer-

Il tentativo di applicare analogicamente le norme sulla stampa agli illeciti on line

⁽⁵⁹⁾ Cfr. GOLDSTEIN, *Service Provider Liability for Acts Committed by Users: What You don't Know can Hurt You*, 18 *The John Marshall Journal of Computer & Information Law*, 591, 2000; YEN, *op. cit.*

⁽⁶⁰⁾ Tra gli studiosi maggiormente critici nei confronti del DMCA, in quanto ritenuto eccessivamente benevolo con gli internet provider, cfr. HOLMES, *Making Waves In Statutory Safe Harbors: Reevaluating Internet Service Providers' Liability for Third-Party Content and Copyright Infringement*, 7 *Roger Williams U.L. Rev.*, 215, 2001. Cfr. BURK, *Muddy Rules for Cyberspace*, 21 *Cardozo L. Rev.*, 121, 1999, secondo cui il DMCA crea una situazione di incertezza che, tuttavia, potrebbe rivelarsi economicamente efficiente.

⁽⁶¹⁾ L'art. 15, loi 6.7.1996, n. 96-659, dispone: «ogni soggetto la cui attività consiste nell'offerta di uno o più servizi di connessione audiovisiva, menzionati nel 1° co. dell'art. 43, è tenuto a proporre ai clienti un mezzo tecnico che consenta loro di limitare l'accesso a determinati servizi e di selezionarli».

⁽⁶²⁾ *Journal Officiel*, 2.8.2000, 11903. Con tale provvedimento normativo è stato introdotto nella loi 30.9.1986, n. 86-1067, relativa alla libertà di comunicazione, un nuovo Capo VI, il quale, tra l'altro, prevede che tutti i soggetti la cui attività consiste nell'assicurare, a titolo gratuito o oneroso, lo stoccaggio diretto e permanente di contenuti accessibili al pubblico attraverso i servizi di internet, non sono responsabili, né civilmente né penalmente, della eventuale illiceità di tali contenuti, salvo che omettano di attivarsi prontamente quando l'autorità giudiziaria ordina loro di impedire l'accesso ad alcuni contenuti, ovvero non siano in grado di fornire le generalità e gli altri dati identificativi degli utenti. Per una prima disamina delle legge in parola, v., tra gli altri, LEPAGE, *Du sens*

de la mesure en matière de responsabilité civile sur internet: la loi, la jurisprudence et le fournisseur d'hébergement, in *Dalloz*, 2001, 322; BENSOUSSAN e NOGUIER, *Hebergeur de contenu: Irresponsabilité Actuelle/Responsabilité Virtuelle?*, in *Gaz. Pal.*, 2000, n. 301-302, 26; PANSIER e JEZ, *La Responsabilité des Hébergeurs a l'Aune de la Loi du 1er Août 2000 – Bilan Acquis Jurisprudentiels et d'une Réforme Legislative Amputée*, *ibid.*, n. 252-253, 19.

⁽⁶³⁾ La prima pronuncia giurisprudenziale transalpina, nella quale è stato applicato il principio affermato dagli artt. 43-9 e 43-10, loi n. 719/2000, è rinvenibile in Trib. Grand Inst. Paris, 20.9.2000, di cui dà conto AMADEI, *op. cit.*, 40.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. Trib. Grand Inst. Nanterre, 8.12.1999, in *Gaz. Pal.*, 11-12.2.2000, 2, con nota di Bitan, e tradotta in italiano in *Dir. inf. e informatica*, 2000, 307, con nota di Riccio; nonché Trib. Grand Inst. Parigi, 24.3.2000, in *Gaz. Pal.*, 21-23.1.2001, che riguardava l'utilizzazione di un nome di dominio manifestamente lesivo di un diritto d'autore altrui da parte di terzi che utilizzavano i servizi del provider in questione. Cfr. THOUMYRE, *Responsabilité des hébergeurs: détours et contours de l'obligation de vigilance*, in *Lamy dir. Informatique et réseaux*, in *Bull. Actualité*, n. 127, juill. 2000, 5.

⁽⁶⁵⁾ Cfr., tra i tanti, ZENO ZENCOVICH, *La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa: note critiche*, in *Dir. inf. e informatica*, 1998, 5; COSTANZO, *Ancora a proposito dei rapporti tra diffusione in internet e pubblicazione a mezzo stampa*, *id.*, 2000, 657. Per una riflessione più recente sul punto, si segnala FLORIDA, *E-Law e comunicazione: l'applicazione della normativa sulla stampa alle attività informative e giornalistiche compiute sulla rete*, in *Dir. ind.*, 2003, 145.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. Pret. Vicenza, 23.6.1998, in *Dir. inf. e informatica*, 1998, 821.

nono la responsabilità civile dell'editore e la riparazione pecuniaria a carico dei diffamatori.

In entrambi i contesti (civile e penale) si è sostenuto che nel concetto di stampa non potesse essere ricompreso anche quello di telematica perché l'art. 1, l. n. 47/1948, dispone che «sono considerati stampa o stampati [...] tutte le riproduzioni tipografiche o comunque ottenute con mezzi meccanici o fisico-chimici, in qualsiasi modo destinati alla pubblicazione», così lasciando fuori, da un lato, le riproduzioni tipografiche non destinate alla pubblicazione (ad esempio biglietti da visita), dall'altro, tutto ciò che è destinato alla pubblicazione, ma che non costituisce riproduzione tipografica⁽⁶⁷⁾.

15. La responsabilità civile degli intermediari della società dell'informazione nella dir. 2000/31/CE e nel d.lg. n. 70/2003

Con la dir. 2000/31/CE, emanata l'8.6.2000, l'UE si è dotata di principi comuni in materia di «taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno».

La direttiva in parola rappresenta l'unico riferimento normativo europeo in materia di responsabilità civile dei soggetti che proprio tale articolato definisce «prestatori di servizi della società dell'informazione». Infatti, anche nei settori specifici in cui esistono regole comuni che disciplinano determinati aspetti della realtà digitale, mancano disposizioni che riguardano l'imputazione della responsabilità ed in particolare mancano riferimenti alla eventuale responsabilità dei prestatori che offrono servizi sfruttando la tecnologia digitale e le tecnologie di rete. È il caso, ad esempio, della dir. 2001/29/CE del 22.5.2001, relativa all'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione; la quale volutamente – malgrado la diversa soluzione praticata dal legislatore americano con il DMCA – ha evitato di stabilire regole specifiche circa la responsabilità dei provider per la violazione on-line di diritti d'autore compiuta dagli utenti di internet. Ciò si giustifica in ragione del fatto che, in Europa, la questione relativa alla responsabilità dei prestatori di servizi della società dell'informazione viene avvertita come problema di carattere generale da risolvere in modo unitario, per cui si è preferito demandare il compito di disciplinare la responsabilità dei provider, per ogni fattispecie illecita compiuta on-line dagli utenti, interamente alla

dir. 2000/31/CE, recepita in Italia con il già citato d.lg. 9.4.2003, n. 70.

La direttiva dedica la sezione IV, rubricata “Responsabilità dei prestatori intermediari”, al perseguimento di un difficile temperamento tra gli interessi, spesso confliggenti, dei diversi soggetti che operano in internet (cfr. il considerando n. 41): da un parte, quelli dei prestatori che forniscono servizi di varia natura a non essere ritenuti responsabili per attività illecite compiute dai propri utenti; dall'altra, quelli dell'intera comunità internazionale e delle imprese che temono le potenzialità lesive della rete, preoccupate che internet rimanga uno spazio privo di regole, di controllori e, dunque, di responsabilità. Prima di passare in rassegna le singole disposizioni del testo comunitario che risultano, ai nostri fini, più significative – e che sono state riprodotte fedelmente nella normativa di attuazione italiana – occorre chiarire che la direttiva «non crea una forma di responsabilità *ad hoc* per gli intermediari della rete»⁽⁶⁸⁾, in quanto ha preferito consentire l'applicazione a questi soggetti delle regole di diritto comune, salvo affermare che, quando in capo a tali operatori non è possibile individuare alcuna responsabilità specifica espressamente prevista dalla direttiva stessa, essi non rispondono del fatto illecito compiuto on-line da chi utilizza i loro servizi.

Tale scelta viene attuata attraverso il combinato disposto degli artt. da 12 a 15 del testo comunitario, a cui corrispondono gli artt. 14-17 della normativa italiana di recepimento. In particolare, all'art. 12, rubricato “Semplice trasporto”, all'art. 13, “Memorizzazione temporanea detta caching”, e all'art. 14, “Hosting”, l'articolato in parola prevede che i prestatori di servizi di rete, in presenza di condizioni che garantiscano la loro totale estraneità rispetto ai contenuti veicolati o memorizzati (temporaneamente o meno), non sono responsabili dell'illiceità di quei contenuti. In ogni caso, non appena l'operatore abbia notizia di tale illiceità, deve provvedere a rimuovere i materiali coinvolti⁽⁶⁹⁾.

In particolare, per quanto concerne quella che possiamo definire “l'immunità condizionata” dell'intermediario, l'art. 12 della direttiva stabilisce espressamente che «nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, o nel fornire un accesso alla rete di comunicazione, il prestatore non sia responsabile delle informazioni trasmesse a condizione che egli: a) non dia origine alla tra-

L'immunità condizionata dei prestatori dei servizi di internet

⁽⁶⁷⁾ In materia, si è registrata l'emanazione della l. n. 62/2000, recante “Nuove norme sull'editoria e sui prodotti editoriali e modifiche alla l. 5.8.1991, n. 416”, per una disamina della quale, in particolare sotto il profilo della registrazione dei siti internet, v. *supra*, cap. IV, par. 14.

⁽⁶⁸⁾ Così RICCIO, *Profili di responsabilità civile dell'internet provider*, Salerno, 2000, 78. Cfr. PIERUCCI, *La responsabilità ex-*

tracontrattuale del fornitore di servizi telematici, in MASCHIO (a cura di), *op. cit.*, 459.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. Trib. Grand Inst. Parigi, 20.11.2000, in *Dir. inf. e informatica*, 2001, 209, con nota di Costanzo. Sull'obbligo di rimuovere i materiali illeciti, CASSANO e BUFFA, *Responsabilità del content provider e dell'host provider*, in *Corriere giur.*, 2003, 77, in particolare 81.

Colpa
per violazione
di legge

smissione; b) non selezioni il destinatario della trasmissione; c) non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse». L'art. 12, ult. co., con una formula poi ripetuta anche agli artt. 13 e 14, lascia impregiudicata la possibilità, secondo gli ordinamenti degli stati membri, che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa esiga che il prestatore impedisca o ponga fine ad una violazione.

A sua volta, l'art. 13, a proposito dell'attività di memorizzazione temporanea, prevede che il prestatore non sia responsabile quando: «a) non modifichi le informazioni; b) si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni; c) si conformi alle norme di aggiornamento delle informazioni, indicate in un modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore»; d) non interferisca con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni; e) agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitare l'accesso, non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato oppure un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione dell'accesso».

L'art. 14, infine, individua due condizioni sufficienti ad esonerare da responsabilità il fornitore di hosting. Ed inoltre, al fine di evitare sin troppo facili raggiri, al pt. 2, prevede che il par. 1 – contenente il principio che abbiamo definito di immunità condizionata dell'intermediario – non si applica quando il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore; statuizione questa che si giustifica in ragione del fatto che un prestatore, il quale voglia compiere attività illecite, potrebbe avere buon gioco, ad esempio, a creare una propria società figlia che gestisca un sito ospitato sul proprio server, limitandosi formalmente a svolgere il ruolo di mero intermediario, e così scaricando sul gestore del sito eventuali responsabilità derivanti dalla commissione di illeciti.

Dalla lettura degli artt. 12-14 della direttiva, appare subito evidente come la responsabilità del prestatore sia definita in negativo. La disciplina, di cui alle norme ora citate, stabilisce infatti che, in presenza di determinate condizioni, questi non risponde degli illeciti on-line commessi dagli utenti; la qual cosa, posto che la verifica di tali condizioni dipende esclusivamente dal comportamento dell'intermediario, equivale a dire che quest'ultimo può essere condannato a risarcire il danno soltanto

(70) Il ricorso normativo alla colpa specifica si giustifica anche in ragione del fatto che il legislatore comunitario ha deciso di imputare in capo al provider una responsabilità omissiva. Poiché – posta la “libertà di non agire” che, in via generale, l'ordinamento riconosce ad ogni consociato – l'obbligo di attivarsi per evitare danni ad altri viene considerato dai più un'ipotesi

se ha volutamente consentito che si integrasse una delle condizioni che fanno scattare la sua responsabilità.

In definitiva, può dirsi che vi sarà colpa del prestatore quando questi non si limita a svolgere il ruolo tecnico di intermediario e partecipa, perciò, più o meno attivamente, alla realizzazione dell'illecito dell'utente, con il quale finirà per condividere una [responsabilità solidale](#) per il danno che ne deriva ([art. 2055 c.c.](#)).

16. Segue: colpa specifica dell'intermediario e dovere di collaborazione con le autorità competenti al fine di identificare l'autore dell'illecito

Proseguendo l'analisi della dir. 2000/31/CE, pare interessante notare come la normativa in parola non lasci l'accertamento della colpa del provider alla discrezionalità del giudice. Quest'ultimo, infatti, non è genericamente chiamato, come sarebbe in forza dell'[art. 2043 c.c.](#), a valutare la correttezza della condotta e dell'atteggiamento psichico dell'intermediario, bensì è tenuto ad applicare i principi della direttiva – che il d.lg. n. 70/2003 ha riprodotto fedelmente – e dunque esclusivamente ad accertare, quando il danneggiato agisca contro l'intermediario cercando di provare la sua colpa specifica, che quest'ultimo non abbia posto in essere nessuna delle condizioni che fanno scattare la sua responsabilità.

Siamo, a ben vedere, alle prese con un sistema d'imputazione della responsabilità basato esclusivamente sulla colpa specifica dell'intermediario, e cioè sulla colpa per violazione di legge⁽⁷⁰⁾; mentre al giudice è precluso, in quanto inutile al fine dell'imputazione della responsabilità, ogni accertamento ulteriore relativo all'atteggiamento psichico del convenuto. La circostanza, al di là di ogni pur legittima giustificazione di carattere tecnico-giuridico, mette in chiaro l'obiettivo perseguito dalla normativa in esame, che è quello di modulare regole giuridiche (volte ad esonerare il più possibile gli intermediari della società dell'informazione da ipotesi risarcitorie) di applicazione non arbitraria al fine di creare certezza in una materia nella quale sinora ha dominato l'incertezza.

Una riflessione a parte merita l'ipotesi di responsabilità del prestatore per fatto illecito proprio. È questo, ad esempio, il caso del content provider che risponde della illiceità dei propri contenuti immessi in internet; ma anche dell'access o del service provider che non controlla, nei limiti delle sue possibilità, l'affidabilità dei dati identificativi dell'utente

eccezionale rispetto al semplice canone di diligenza di cui all'art. 2043 c.c., è necessario che esso sia tassativamente previsto da una norma di legge. In altre parole, occorre vi sia una norma primaria, che rende obbligatoria la tenuta di un certo comportamento, perché la violazione della stessa integri un fatto illecito di natura extracontrattuale.

destinatario del servizio e dei dati tecnici in suo possesso, in modo tale da utilizzare gli stessi, su richiesta dell'autorità giudiziaria, per individuare l'autore di un illecito on-line. Infatti, rispetto al fatto illecito compiuto dall'utente: mentre, a tenore della direttiva, per quanto concerne le omissioni di controllo e vigilanza sui contenuti altrui veicolati o memorizzati in rete, il prestatore è stato reso immune da ogni forma di responsabilità, salvo che, come detto, non si rinvenga una sua colpa specifica; rispetto al caso in cui l'omissione riguarda un altro e diverso aspetto coinvolto nello svolgimento della sua attività di fornitore di servizi della società dell'informazione, tornano pienamente operanti i principi tradizionali che operano in materia di responsabilità civile nei singoli ordinamenti nazionali. In proposito pare significativa la lettura dell'art. 15 della direttiva. Il par. 1 di tale disposizione ribadisce il divieto per gli Stati membri di imporre ai prestatori dei servizi di cui agli artt. 12, 13 e 14, «un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano [e] di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite». Previsione questa che trova la sua giustificazione nell'impossibilità tecnica, avvertita soprattutto dagli operatori che forniscono più di un servizio, ovvero servizi caratterizzati dalla messa in rete in tempo reale dei materiali ricevuti dagli utenti, di realizzare

un controllo preventivo sulla liceità dei contenuti; ed inoltre nella volontà del legislatore comunitario di difendere l'attuazione del sistema di immunità condizionata disegnato dalla direttiva.

Ancora più importante, nell'economia della riflessione che si sta compiendo in questa sede, appare il par. 2 dell'art. 15. nel quale si consente espressamente agli Stati di stabilire, in sede di recepimento, «che i prestatori di servizi della società dell'informazione siano tenuti ad informare senza indugio la pubblica autorità competente di presunte attività o informazioni illecite dei destinatari dei loro servizi o a comunicare alle autorità competenti, a loro richiesta, informazioni che consentano l'identificazione dei destinatari dei loro servizi con cui hanno accordi di memorizzazione dei dati». Anche tale opportunità è stata colta dal legislatore italiano, in particolare nell'art. 17, 2° co., d.l.g. n. 70/2003. Circostanza quest'ultima che consente, senza dubbio, di affermare che nel nostro ordinamento gli intermediari siano tenuti a detenere e, all'occorrenza, a comunicare alle autorità competenti dati realmente in grado di identificare gli utenti autori delle attività illecite; dal che si ricava che, tra l'altro, gli access provider devono necessariamente controllare la veridicità dei dati personali spesi dal cliente nel contratto di fornitura di accesso alla rete⁽⁷¹⁾. ■

L'obbligo per i prestatori di servizi di internet di identificare gli utenti quando tecnicamente possibile

⁽⁷¹⁾ Per ulteriori considerazioni volte a suffragare la tesi proposta nel testo, sia consentito rinviare ancora a Di CIOMMO,

Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile, cit., in particolare cap. V.

TRATTATO DEI CONTRATTI

Diretto da Pietro Rescigno e Enrico Gabrielli

Il Trattato dei Contratti si propone al professionista quale strumento unico di approfondimento - di elevato valore scientifico - sulle diverse tipologie di contratti. Un Trattato in senso classico ma anche un Trattato moderno, per l'attenzione che rivolge all'esegesi del dato normativo, senza prescindere dall'analisi degli apporti della dottrina e degli aspetti giurisprudenziali di legittimità e di merito.

I CONTRATTI DEI CONSUMATORI

a cura di Enrico Gabrielli e Enrico Minervini - Pagg 1.600

PIANO DELL'OPERA

- Il consumatore e il professionista
- Il giudizio di vessatorietà delle clausole
- Gli elenchi di clausole vessatorie
- La trasparenza e l'interpretazione
- L'inefficacia delle clausole vessatorie
- La tutela collettiva dei consumatori in materia contrattuale
- Credito al consumo

- Contratti negoziati fuori dei locali commerciali e i contratti a distanza
- Contratti di viaggio
- Contratti di godimento parziale su immobili
- I contratti telematici dei consumatori e internet
- Vendita e garanzia dei beni di consumo



Novità!



Novità!

I CONTRATTI DI COMPOSIZIONE DELLE LITI

a cura di Enrico Gabrielli e Francesco Paolo Luiso - Pagg 1.900

PIANO DELL'OPERA

- Il negozio di accertamento
- La transazione
- L'offerta di riduzione ad equità del contratto
- La conciliazione amministrata dalle camere di commercio
- La clausola compromissoria
- Il contratto di arbitraggio
- La soluzione negoziale delle controversie nel diritto di famiglia
- La conciliazione giudiziale
- La perizia contrattuale



Per ulteriori informazioni: info.giuridica@utet.it