

Francesco Di Ciommo

---

**PROGRAMMI-FILTRO E CRITERI DI  
IMPUTAZIONE/ESONERO DELLA  
RESPONSABILITÀ ON-LINE. A  
PROPOSITO DELLA SENTENZA  
GOOGLE/VIVI DOWN**

---

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

---

FRANCESCO DI CIOMMO

---

## PROGRAMMI-FILTRO E CRITERI DI IMPUTAZIONE/ESONERO DELLA RESPONSABILITÀ ON-LINE. A PROPOSITO DELLA SENTENZA GOOGLE/VIVI DOWN

---

**SOMMARIO:** 1. Internet, fatti illeciti e programmi-filtro. — 2. La recente sentenza del Tribunale Penale di Milano: troppo rumore per nulla. — 3. Responsabilità dei *provider* per illecito degli utenti tra rischio di impresa e attività pericolosa. — 4. I programmi filtro nella prima giurisprudenza nord-americana. — 5. Il Digital Millennium Copyright Act. — 6. Il regime di responsabilità dei *provider* nella direttiva 2000/31/Ce e nel D.Lgs. 9 aprile 2003 n. 70. — 6. L'espressa previsione normativa dell'assenza di un obbligo di sorveglianza in capo ai *provider*. — 7. Le ragioni gius-economiche della soluzione adottata con la direttiva 2000/31/Ce. — 8. I tempi cambiano: una nuova stagione per la responsabilità in Internet?

---

### 1. INTERNET, FATTI ILLECITI E PROGRAMMI-FILTRO.

---

Internet, come ormai noto, oltre a rappresentare lo straordinario « nuovo mondo » della comunicazione e dell'informazione ubiqua ed accessibile a tutti, può rappresentare anche l'ambiente — o, se si preferisce, lo strumento — ideale per il compimento di illeciti, contrattuali e non. Ciò dipende da svariate ragioni, che vanno dalla possibilità che la grande rete telematica offre ad ogni utente di diffondere in tempo reale una notizia, o più generalmente un contenuto, potenzialmente in tutto il mondo, senza grandi spese (ed in molti casi, praticamente senza spesa se non quella della connessione), all'anonimato di cui l'utente può fruire in Internet se, mentre naviga, pone in essere precauzioni tecniche minime finalizzate a non rendere percepibile la sua reale identità né agli alti *user*, né ai fornitori di servizi i cui siti eventualmente visita o che comunque utilizza, né tanto meno al suo *provider* fornitore di accesso.

Gli illeciti più diffusi della rete sono quelli che tipicamente possono essere compiuti, anche nella realtà off-line, attraverso l'uso

---

\* Relazione presentata all'incontro di studi dal titolo « *Il futuro della responsabilità sulla Rete. Quali regole dopo la sentenza Google/Vivi-Down* » organizzato dalla Uni-

versità di Roma Tre e dalla Fondazione Calamandrei e svoltosi il 21 maggio 2010. La sentenza Trib. Milano 12 aprile 2010 è pubblicata in questa *Rivista*, 2010, 474.

di dati altrui o comunque attraverso informazioni: e dunque diffamazione, ingiuria, aggressioni al diritto alla *privacy*, alla riservatezza, al diritto all'identità personale, nonché violazione del diritto d'autore, del segreto industriale e più in generale di altrui privative. A compiere tali illeciti, come si diceva, sono spesso utenti che, celandosi dietro l'anonimato in qualche modo assicurato dalla rete, sfuggono alle responsabilità giuridiche conseguenti al loro operato e spesso sfuggono anche alle inibizioni personali che, altrimenti, potrebbero frenare la condotta socialmente disapprovata. Per entrambe le ragioni Internet rappresenta, o quanto meno può rappresentare, un ambiente adatto a favorire la tenuta di condotte illecite anche da parte di soggetti normalmente poco propensi a comportarsi in modo socialmente o giuridicamente sconveniente.

Quando, attraverso l'utilizzazione di un servizio prestato da un operatore della rete, un utente coperto da anonimato pone in essere un fatto illecito, al fine di non sacrificare le ragioni del danneggiato ci si chiede se esiste un soggetto ulteriore, rispetto al misterioso (e dunque non perseguibile) autore dell'illecito, che possa essere chiamato in giudizio come responsabile. Come vedremo nei prossimi paragrafi, considerata l'assenza di sistemi di assicurazione obbligatoria o di fondi più o meno pubblici destinati a risarcire i malcapitati, questo soggetto è stato sin qui individuato, quanto meno teoricamente, dalla giurisprudenza, sia negli Stati Uniti che in Europa, nella figura del *provider*, e cioè dell'operatore che fornendo servizi in Internet destinati agli utenti consente loro di pubblicare in rete, o inviare tramite la rete, i materiali o le dichiarazioni che producono il danno<sup>1</sup>. Il tentativo pretorio di individuare responsabilità del *provider* per illeciti commessi dagli utenti di Internet, in vero, non ha riguardato solo casi in cui l'autore materiale del fatto sia rimasto anonimo, giacché si ritiene che, indipendentemente da questa circostanza, senza dubbio rilevante, il *provider*, in quanto soggetto organizzato che presta servizi nella c.d. società dell'informazione, abbia comunque una posizione tecnica ed economica tale da non potersi ritenere totalmente estraneo alla vicenda dannosa. Non a caso, si parla dei *provider* anche in termini di « intermediari » della comunicazione on-line (cfr. la direttiva 2000/31/CEE, su cui torneremo *infra*).

In particolare, negli scorsi lustri alcuni giudici hanno ritenuto i *provider* responsabili per non aver posto in essere quanto era nelle loro possibilità al fine di evitare la commissione dell'illecito, ovvero la diffusione degli effetti dannosi dello stesso, in particolare

---

<sup>1</sup> Ormai è ben nota la differenza tra i diversi tipi di *provider*. Per una rapida ricognizione della tematica sia consentito

rinvviare a F. DI CIOMMO, *Internet (responsabilità civile)*, voce dell'*Enc. giur. Trecani*, Aggiornamento 2002 Roma, 2002.

adottando i c.d. programmi filtro. Con tale locuzione si fa riferimento a software in grado di controllare i contenuti dei materiali che gli utenti immettono in rete tramite il servizio reso dal *provider*, così da consentire la presenza sul Web dei soli contenuti leciti. Le tipologie di programmi filtro che i *provider* possono utilizzare sono variegatae, la loro conformazione ed operatività dipende dal servizio reso e dalla *policy* di gestione della propria attività decisa dal *provider*. Quest'ultimo, infatti, può scegliere di controllare in maniera più incisiva i comportamenti dei propri utenti, e di tentare in modo pervicace, per quanto tecnicamente possibile, di prevenire il compimento di illeciti, oppure può — in nome della libertà di espressione che, secondo i più, dovrebbe sempre presidiare la comunicazione telematica, ovvero più prosaicamente al fine di assicurarsi il favore degli utenti — decidere di svolgere un controllo superficiale, a campione, o solo *a posteriori* (e cioè sui materiali già immessi in rete, al fine, ad esempio, di rimuovere quelli ritenuti sconvenienti), o addirittura può preferire non interferire affatto con il modo in cui gli utenti utilizzano i suoi servizi<sup>2</sup>.

La tematica è senz'altro di grande attualità in quanto non vi è dubbio che i *provider* rappresentano attualmente gli unici soggetti che potrebbero, nei limiti delle loro capacità tecniche, evitare — o quanto meno limitare — l'utilizzazione illecita di Internet, sicché l'esistenza, o meno, in capo ad essi di un obbligo giuridico di prevenzione può concretamente e significativamente modificare la stessa morfologia del mondo virtuale<sup>3</sup>.

Sul punto il dibattito, non solo in Italia, è stato recentemente animato dalla sentenza n. 1972/2010 del 22 febbraio 2010-12 aprile 2010, con la quale il Tribunale Penale di Milano ha mandato assolti da responsabilità i vertici di Google Italy s.r.l. dall'accusa di aver offeso la reputazione dell'Associazione « Vivi Down » (per la ricerca scientifica e la tutela delle persone down) e di un ragazzo down protagonista, suo malgrado, della turpe vicenda, « *consentendo che venisse immesso per la successiva diffusione a mezzo Internet, attraverso le pagine del sito <http://video.google.it> e senza alcun controllo*

<sup>2</sup> Circa l'utilizzazione dei filtri da parte dei *provider*, cfr. J.P. SEMITSU, *Burning Cyberbooks in Public Libraries: Internet Filtering Software vs. The First Amendment*, 52 *Stan. L. Rev.* 509 (2000); e M.S. NADEL, *The First Amendment's Limitations on the Use of Internet Filtering in Public and School Libraries: What Content Can Librarians Exclude?*, 78 *Texas L. Rev.* 1117 (2000). Per considerazioni meno datate, v. M. GRADY e F. PARISI (a cura di), *The Law and Economics of Cybersecurity*, New York, 2006.

<sup>3</sup> Come efficacemente sottolinea G. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale. Tecno-*

*logie informatiche e regole privatistiche*, Bologna, 2003, 126-127: « Considerare i provider immuni da qualsivoglia responsabilità per le attività commesse da chi per loro tramite accede alla rete significa rinunciare ad avvalersi dell'unico strumento oggi a disposizione per controllare la rete (il provider è il solo collo di bottiglia attraverso il quale è possibile intercettare e scoprire eventuali abusi) ». Sia consentito sul punto, anche per considerazioni più generali, rinviare a F. DI CIOMMO, *Internet e crisi del diritto privato: tra globalizzazione, dematerializzazione e anonimato virtuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, 57.

*preventivo sul suo contenuto, un filmato in cui persone minorenni, in concorso tra loro, pronunciando la seguente frase “Salve, siamo dell’associazione Vivi down, un nostro mongolo si è cagato addosso [...]” e ponendo in essere numerosi altri atti vessatori nei confronti di un loro coetaneo disabile, ledavano i diritti e le libertà fondamentali nonché la dignità degli interessati».*

Pare utile approfondire la riflessione nei termini che seguono.

## 2. LA RECENTE SENTENZA DEL TRIBUNALE PENALE DI MILANO: TROPPO RUMORE PER NULLA.

«*Troppo rumore per nulla*». Con questa, fin troppo nota, citazione letteraria si chiude la citata recente sentenza del Tribunale penale di Milano, laddove con essa il Giudice ha inteso evidenziare che il clamore mediatico suscitato dal processo in questione sarebbe stato, a suo avviso, eccessivo ed ingiustificato posto che la sentenza avrebbe finito per applicare principi già affermati nella giurisprudenza italiana. Ed in effetti, con tutta probabilità, di troppo rumore per nulla si è trattato.

La elaborata sentenza del Tribunale di Milano, infatti, dopo aver a lungo disquisito di qualificazione di Google come «*host*» (più o meno attivo) o «*content*» *provider*, e di esistenza o meno in capo a Google, ed in generale ai *provider* rientranti nell’una o nell’altra categoria, di un obbligo di controllo preventivo sui contenuti di Internet, e dopo aver evidenziato che Google nel caso di specie non ha svolto i controlli preventivi all’epoca possibili — i quali avrebbero peraltro, nel caso di specie, evitato il compimento dell’illecito (giacché, come subito appreso si chiarirà, bastava un mero controllo lessicale sul titolo del video ad evidenziarne la natura illecita) — finisce per affermare il principio per cui non si può chiedere al *provider* di controllare tutto ciò che transita in Internet in quanto un controllo realmente efficace su tutti i materiali veicolati in rete non è tecnicamente possibile. Di conseguenza, non si può condannare un *provider* per concorso omissivo nel reato compiuto dall’utente, il quale ha dato impulso all’immissione in rete del materiale da cui è derivata la lesione del bene giuridico protetto, per il sol fatto di aver omesso di svolgere controlli preventivi sul materiale che veicola in Internet su richiesta dell’utente.

Dunque, realmente: molto rumore per nulla. Google e gli altri *provider* italiani e mondiali, sotto il profilo che più sta loro a cuore, che per l’appunto è quello dell’esistenza (o meno) di un obbligo di controllo preventivo dei contenuti, possono dormire sonni tranquilli.

Eppure, nella motivazione della sentenza, a proposito della possibilità/opportunità per Google di utilizzare i c.d. programmi-filtro, o comunque di svolgere un controllo preventivo sui contenuti trattati per conto degli utenti, si leggono valutazioni di tenore diverso.

Vero è, infatti, che i programmi-filtro in grado di trasformare il sonoro del video in testo, e di analizzare automaticamente tale testo attraverso un controllo per classi semantiche, non consentivano nel 2006, così come non consentono oggi, l'individuazione di tutte le casistiche di video illeciti, in quanto è evidente che anche attraverso parole apparentemente innocue possono pronunciarsi dichiarazioni ingiuriose, diffamatorie e quant'altro, così come è ben possibile che il sonoro del video non sia nitido e quindi non sia idoneo ad essere trasferito dal software in testo, ed ancora può accadere che l'illiceità del video non dipenda dalle parole che in esso vengono pronunciate ma dalle scene riprese. Tuttavia, nella stessa sentenza si legge che il perito del Giudice aveva sottolineato come, ciò nonostante, l'utilizzazione di programmi-filtro possa rappresentare un valido « compromesso tra un controllo diretto su tutti i video e il debole controllo sociale lasciato agli utenti della community ».

Inoltre, come detto, è la stessa sentenza ad evidenziare come Google nel caso di specie non abbia posto in essere nemmeno il controllo lessicale sul titolo del video, controllo che sarebbe stato tecnicamente possibile e funzionalmente sufficiente ad evidenziare l'illiceità dello stesso considerato il titolo evidentemente volgare ed offensivo dal video in questione. Al riguardo, il Tribunale ha addirittura accertato in sentenza che tale controllo lessicale non è stato realizzato dal *provider* perché la quasi totalità dei dipendenti erano impiegati per altre mansioni che potevano far conseguire introiti e vantaggi alla sua attività di impresa (ad esempio, per la scansione dei testi di « Google books »).

Senonché, malgrado la corposa motivazione e le valutazioni espresse all'esito della complessa istruttoria, il Tribunale di Milano — come detto — perviene alla conclusione che il *provider* non ha concorso nel reato commesso dagli autori del filmato. Ma se questo è lo stato dell'arte sul versante penalistico, laddove il principio di tipicità dei fatti costituenti reato e quello di *favor rei* impongono al giudice la massima prudenza nel valutare la sussumibilità della condotta nella fattispecie di reato codificata, siamo così sicuri che lo stesso è a dirsi sul versante civilistico, nel quale, in mancanza di indici normativi più precisi, è il parametro della correttezza a distinguere i comportamenti e (le omissioni) leciti da quelli illeciti? In altre parole, siamo così sicuri che i *provider* non abbiano un obbligo di controllo preventivo la cui violazione, pur non configurando allo stato un reato, configura un illecito civile produttivo di responsabilità civile?

La sensazione è che, fuori da ogni suggestione, anche sul versante civilistico allo stato sia alquanto difficile configurare l'esistenza di un siffatto obbligo giuridico in capo ai *provider*, in quanto addirittura il D.Lgs. 70/2003 — che, come vedremo più avanti, reca le norme speciali applicabili in materia — e prima ancora la direttiva comunitaria che dal decreto è stata recepita (2000/31/CE), stabiliscono a chiare lettere che il *provider* che

svolga una selezione dei contenuti risponde dei danni cagionati da tali contenuti, laddove, al contrario, se lo stesso si astiene da qualunque selezione non risponde di alcunché. In altre parole, i criteri di imputazione della responsabilità per fatti illeciti commessi on-line adottati dal D.Lgs. 70/2003 creano un sistema basato su una sorta di « immunità condizionata » dei *provider*. E cioè: i *provider* non sono responsabili a patto che rispettino le condizioni espressamente individuate dal citato decreto agli artt. 14 (Responsabilità per attività di mero trasporto), 15 (Responsabilità per l'attività di memorizzazione temporanea) e 16 (Responsabilità per l'attività di memorizzazione), sui quali ci soffermeremo tra breve.

Dunque, addirittura, le poche norme di derivazione legislativa che operano nella materia in esame sembrano voler scoraggiare i *provider* dall'adottare sistemi di filtraggio dei contenuti o comunque di controllo preventivo. Ed in proposito, giova inoltre ricordare che l'art. 17 del D.Lgs. 70/2003 è persino rubricato « Assenza dell'obbligo generale di sorveglianza ».

Il sistema voluto dal legislatore europeo, che sostanzialmente — come a breve si vedrà — riproduce l'approccio nordamericano al tema dato con il Digital Millennium Copyright Act del 1998, è volto ad evitare che un aggravamento delle responsabilità, e dunque dei costi, dei *provider* possa rendere meno plurale e libera la comunicazione in Internet, ma anche a non penalizzare i *provider* europei rispetto ai concorrenti extracomunitari. Tale sistema, razionale sotto il profilo appena indicato, appare tuttavia inefficiente sotto un diverso profilo. Ed infatti, dato l'assetto normativo appena richiamato, quale *provider* europeo si doterà di un sistema di filtraggio o controllo preventivo, ben sapendo che al momento tali sistemi hanno un elevato grado di fallibilità, e soprattutto ben consapevole che il tentativo di limitare il rischio comporterà per lui imputazione di responsabilità nel caso in cui i sinistri si verificano? È evidente come un sistema di tal fatta induce i *provider* a non dotarsi di alcun controllo preventivo, ed inoltre induce gli stessi a non investire nulla in sviluppo di filtri sicuri. Di talché, la domanda che bisogna porsi è se sia davvero questo il migliore dei mondi possibili. O, in altri termini, se siamo realmente sicuri di volere che gli intermediari della comunicazione su Internet consentano a chiunque di dire, fare e pubblicare qualsiasi cosa, anche restando anonimi, senza avere alcuna responsabilità circa i contenuti che essi veicolano on-line, e dunque senza avere nemmeno l'obbligo di evitare ciò che tecnicamente è evitabile.

Ed ancora, una volta che si sia eventualmente risposto in termini positivi a tali quesiti, occorrerebbe per coerenza domandarsi altresì perché ciò che vale riguardo ad Internet non dovrebbe valere anche, ad esempio, per i giornali e l'editoria tradizionale. Perché, in altre parole, un editore dovrebbe rispondere per l'illecito commesso da un giornalista che firma un pezzo pubblicato sul giornale ed un *provider* di Internet no, si badi bene a parità di scopo di pro-

fitto. A tali dubbi potrebbe risponderci osservando che l'editore costituisce la tasca profonda in grado di risarcire il malcapitato effettivamente, al contrario o comunque a prescindere da quanto potrebbe fare il giornalista. Ma un analogo profilo non sussiste anche per gli illeciti commessi on-line? Anzi qui con un aggravante, e cioè che spesso, molto spesso, on-line l'autore dell'illecito, e cioè colui che immette in rete il contenuto dannoso, resta anonimo.

Per provare a formulare qualche risposta rispetto ai quesiti cenati e ad avanzare qualche proposta *de iure condendo*, giova svolgere alcune considerazioni circa le ragioni storiche e giuseconomiche che, alla fine degli anni Novante del secolo scorso, hanno determinato il legislatore nordamericano, seguito a ruota da quello europeo, a disciplinare l'attività dei *provider* nei termini appena sintetizzati.

### 3. RESPONSABILITÀ DEI PROVIDER PER ILLECITO DEGLI UTENTI TRA RISCHIO DI IMPRESA E ATTIVITÀ PERICOLOSA.

I *provider* svolgono, per lo più, la propria attività in maniera organizzata e con fine di lucro. Per tale ragione, quando i primi illeciti compiuti via Internet da utenti rimasti anonimi vennero portati nelle aule dei tribunali, i *provider* furono visti come la « tasca » (se non proprio profonda, quantomeno) sicura a cui fare riferimento per garantire una tutela risarcitoria certa ai soggetti danneggiati da illeciti compiuti on-line in forma anonima<sup>4</sup>. Inoltre, almeno nei primi anni Novanta, i giudici credevano di poter, in tal modo, incidere sulle misure preventive adottate dai *provider*. In altre parole, essi, affermando la responsabilità dei prestatori di servizi senza svolgere alcuna indagine circa la sussistenza di una colpa effettiva a questi rimproverabile, reputavano di poter indurre tali soggetti a minimizzare i rischi a proprio carico verificando preventivamente la liceità dei contenuti che gli utenti desideravano pubblicare in Internet, attraverso l'utilizzazione di programmi-filtro automatici o altre tecniche di controllo.

In breve può dirsi che, in una prima fase, la responsabilità civile dei prestatori di servizi di rete per illeciti compiuti dagli utenti sia stata notevolmente influenzata dalla teoria del rischio di impresa, a tenore della quale il soggetto che ottiene un vantaggio patrimoniale dall'esercizio di una certa attività deve farsi carico in senso oggettivo, e dunque indipendentemente dalla sua eventuale colpa rispetto al compimento dei singoli illeciti, dei costi sociali che essa inevitabilmente crea<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Cfr. E. MONTERO, *La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux*, in AA.VV., *Le commerce électronique européen sur les rails? Analyse et propositions de mise en oeuvre de la directive*

*sur le commerce électronique*, Bruxelles, 2001, 273.

<sup>5</sup> Emblematica, a questo riguardo, risulta una delle prime vicende giurisprudenziali europee aventi ad oggetto la re-

Tuttavia, pur condividendo l'esigenza di applicare ai *provider* un regime di responsabilità oggettiva — o, quanto meno, un regime basato sull'inversione dell'onere della prova circa l'elemento soggettivo e cioè circa la colpa del convenuto (c.d. responsabilità semi-oggettiva) —, alcuni autori, soprattutto nordamericani, evidenziano le difficoltà concettuali insite nel tentativo di giustificare tale scelta di politica del diritto sulla base della mera teoria del rischio di impresa, in particolare mettendo in rilievo l'impossibilità, da parte del prestatore, di svolgere un effettivo controllo sulla liceità dei contenuti scaricati in rete dagli utenti attraverso l'utilizzazione di programmi-filtro o, più ancora, attraverso l'applicazione di persone fisiche incaricate di sorvegliare tutto ciò che avviene on-line.

Si provò, allora, a battere una strada parzialmente diversa sostenendo la dottrina della c.d. *vicarious liability*, in base alla quale risponde dell'illecito chi, avendo il diritto e la possibilità concreta di controllare le azioni dell'autore del fatto, omette di impedire il verificarsi dell'evento lesivo e ne trae profitto. Ovviamente, per questa via si cercò di valorizzare comportamenti attivi da parte dei *provider* finalizzati a tentare di prevenire l'illecito, fino al punto di esonerare il *provider* quando fosse in grado di provare di aver fatto quanto nelle sue possibilità per evitare che l'illecito si compisse<sup>6</sup>. A ben vedere, però, anche il riferimento a tal ultima tesi non si sottrae a severe critiche ed appare, in definitiva, ingiustificato. L'istituto, infatti, tradizionalmente trova per lo più applicazione in caso di responsabilità del datore di lavoro per fatto illecito perpetrato da un dipendente nell'esercizio della attività a cui è preposto, ovvero in caso di responsabilità di genitori, maestri, docenti e tutori per illeciti commessi da minori o da persone incapaci d'agire. Tra prestatoree navigatori non si crea

sponsabilità di un *provider*, al termine della quale la signora Leff-Bure, coniugata Hallyday, riuscì ad ottenere la condanna al risarcimento dei danni da un *provider* di Internet per illecito commesso da un utente che, sfruttando un sito Internet da quest'ultimo messo a disposizione di chiunque volesse pubblicare on-line, aveva diffuso in rete, senza autorizzazione, fotografie « strettamente private » della signora. Il Tribunale sancì la responsabilità del *provider* per omesso controllo sui contenuti da lui ospitati, senza svolgere alcuna indagine volta ad accertarne la colpa (Trib. gr. inst. Parigi, 9 giugno 1998, in *Expertises*, 1998, n. 216, 319; tra i principali commenti alla pronuncia, v. M.H. TONNELIER, *Responsabilité de l'hébergeur*, *ibid.*, n. 219, 308; ed È.A. CAPRIOLI, *Responsabilité du fournisseur d'hébergement d'un site Web*, in *Droit & Patrimoine*, 1999, n. 67, 90). *La Court d'Appel* di Pa-

rigi, con sentenza 10 febbraio 1999 (in *Dalloz*, 1999, jur., 389; pubblicata anche Italia in *Danno e resp.*, 1999, 754, con traduzione e nota di DI CIOMMO, e in questa *Rivista*, 1999, 929, con nota di RICCIO) confermò la condanna del *provider*. Per una riflessione su un caso giurisprudenziale francese più recente, che ha riguardato la enciclopedia virtuale « Wikipedia », v. F. CASAROSA, *Wikipedia: Exemption from Liability in Case of Immediate Removal of Unlawful Materials*, (2009) 6:3 *SCRIP-Ted* 669.

<sup>6</sup> Nella prima giurisprudenza italiana, cfr. Trib. Roma, 4 luglio 1998, in questa *Rivista*, 1998, 807; Trib. Roma, 22 marzo 1999, in *id.*, 2000, 66; Trib. Teramo, ordinanza 11 dicembre 1997, *id.*, 1998, 372; Trib. Napoli, decreto 18 marzo 1997, in *Foro it.*, 1997, I, 2307; Trib. Napoli, ordinanza 8 agosto 1997, in *Giust. civ.*, 1998, I, 258.

alcun rapporto di preposizione, né può dirsi che il primo ha un potere di scelta o di controllo sul comportamento dei secondi, ovvero che egli trae direttamente un'utilità economica dall'attività illecita compiuta in rete dall'utente; circostanze queste ultime che escludono si possa parlare, a suo carico, di una vera e propria *vicarious liability*<sup>7</sup>.

Un'altra strada che si pensò di poter seguire, al fine di giustificare l'applicazione di un regime di responsabilità semi-oggettiva a carico dei *provider*, giunge a configurare il sito o il servizio, messi on-line a disposizione degli utenti, come una « cosa in custodia » del prestatore (cfr. art. 2051 c.c.). Anche tale tentativo, tuttavia, si rivelò privo delle necessarie fondamenta concettuali. Ciò in quanto il presupposto per l'applicazione dei principi operanti in materia di responsabilità per danno provocato da cose in custodia è costituito dalla disponibilità materiale e dal potere di controllo che il soggetto, a cui si vuole imputare il danno in qualità di custode, ha sulla cosa stessa; senonché, come meglio si vedrà *infra*, i prestatori di servizi di Internet non hanno la possibilità di controllare in modo pienamente efficace l'utilizzazione che gli utenti fanno della rete e dei servizi on line, sicché, per qualificare il loro rapporto con le « cose » in parola, pare alquanto problematico il riferimento al concetto di « custodia ». Del resto, a rigore, anche il riferimento al concetto di cose dovrebbe essere precluso nel caso di specie in quanto qui si tratta, per l'appunto, di « servizi », e non di « cose ». Inoltre, a ben vedere, nella situazione in esame non è la risorsa messa a disposizione dei navigatori che produce il danno, bensì l'uso che della stessa vien fatto dagli utenti; considerazione quest'ultima, in ragione della quale può ben dirsi che il servizio predisposto dal prestatore non « cagiona il danno », bensì rappresenta soltanto il mezzo attraverso il quale esso viene arrecato.

Una configurazione ulteriore della responsabilità del prestatore di servi di rete per danno cagionato da un utente rimasto anonimo potrebbe, in astratto, far capo al concetto di attività pericolosa. In altre parole, e con particolare riferimento ad Internet, si è sostenuto che sia da considerarsi intrinsecamente pericolosa l'attività svolta dai *provider* che prestano servizi in favore di utenti la cui identità resta coperta dall'anonimato e ospitano materiali altrui sui propri siti o, addirittura, siti altrui sui propri *server*<sup>8</sup>. Tuttavia, in senso contrario non può tacersi che i servizi offerti on-line, pure ad utenti anonimi, nella maggior parte dei casi (e quando così non sia, il discorso è ovviamente diverso), non hanno normalmente nulla di pericoloso perché non sono strutturalmente rivolti

<sup>7</sup> Diverso si presenta il caso in cui siano commessi illeciti attraverso un computer messo dal datore di lavoro a disposizione di un dipendente per svolgere le sue funzioni.

<sup>8</sup> Cfr. G. FACCI, *La responsabilità extracontrattuale dell'internet provider*, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, 265.

a realizzare danni, né producono statisticamente un certo rischio da considerarsi inevitabile per la natura del servizio stesso. È vero che il concetto di attività pericolosa, soprattutto nel nostro ordinamento, è spesso usato in maniera piuttosto arbitraria dalla giurisprudenza. È, però, anche vero che la stessa giurisprudenza cerca sempre di giustificare l'applicazione dell'art. 2050 c.c. rilevando come, quantomeno rispetto alle circostanze di fatto nelle quali una certa attività è stata compiuta, essa risulta intrinsecamente pericolosa. In altre parole, la pericolosità di una certa attività o di un certo servizio non può desumersi né da circostanze straordinarie ed imprevedibili, né dall'uso che di questo vien fatto da parte di soggetti terzi rispetto a colui che dovrebbe essere chiamato a rispondere degli eventuali danni. Per questa ragione — ma non anche perché le questioni giudiziarie aventi ad oggetto illeciti commessi via Internet siano, a conti fatti, poche — non sembra possibile, allo stato dell'arte, nel nostro ordinamento, ricondurre nell'alveo di operatività dell'art. 2050 c.c. la responsabilità dei prestatori di servizi di rete per illecito commesso dagli utenti.

#### 4. I PROGRAMMI FILTRO NELLA PRIMA GIURISPRUDENZA NORDAMERICANA.

Un gran numero di illeciti commessi on-line, sinora portati nelle aule giudiziarie, riguardano casi di diffamazione o, più in generale, di lesione dei diritti della personalità<sup>9</sup>. Ciò ha indotto la giurisprudenza e la dottrina che si è occupata di tali vicende a riflettere circa l'applicazione, in capo ai prestatori dei servizi di rete attraverso i quali vengono compiuti tali illeciti, dei principi ulteriori rispetto a quelli cennati nel paragrafo precedente, e cioè dei principi operanti in materia di responsabilità editoriale<sup>10</sup>.

Nell'ormai celebre caso nordamericano *Cubby, Inc. v. Compu-Serve, Inc.*<sup>11</sup>, in un *forum* telematico gestito dalla società *Compu-Serve* erano stati diffusi alcuni messaggi dal contenuto diffamatorio, tendenti a gettare discredito sulla società *Cubby*. La corte, nella circostanza, escluse 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 con-

<sup>9</sup> In argomento, sia ancora consentito rinviare a F. DI CIOMMO, *Diritti della personalità tra media tradizionali e avvento di Internet*, in G. COMANDÉ (a cura di), *Persona e tutele giuridiche*, Torino, 2003, 3.

<sup>10</sup> Cfr., tra i molti, O. BRAUN, *Internet Publications and Defamation: Why the Single Publication Rule Should Not Apply*,

32 *Golden Gate U.L. Rev.* 325 (2002), e T. KOMASARA, *Planting the Seeds of Hatred: Why Imminence Should No Longer Required to Impose Liability on Internet Communications*, 29 *Cap. U.L. Rev.* 835 (2002).

<sup>11</sup> 776 *Fed. Supp.* 135 (S.D.N.Y. 1992).

tenuti ed equiparando l'attività del *service provider* a quella del bibliotecario o del giornalista, i quali non sono tenuti a controllare il contenuto dei libri messi a disposizione del pubblico<sup>12</sup>, 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, nell'ormai noto caso *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services, Co.*<sup>13</sup>, una società che gestiva un *bulletinboardsystem* (una sorta di bacheca elettronica), in cui erano diffusi alcuni messaggi diffamatori per l'attore, venne 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<sup>14</sup>), 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, impediscano l'accesso ai materiali ritenuti potenzial-

<sup>12</sup> In questi termini si 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; e *Stern v. Delphi Service Corp.*, 626 N.Y.S.2d 694 (N.Y. Sup. 1995).

<sup>13</sup> Per l'epilogo della vicenda proces-

suale, v. la sentenza della New York Supreme Court, 11 dicembre 1995, in *West Law*, 1995, 323710. Per un commento critico a tale pronuncia, v. M.C. SIDERITIS, *Defamation in Cyberspace: Reconciling Cubby, Inc. v. Compuserve, Inc. and Stratton Oakmont v. Prodigy Services Co.*, 79 *Marq. L. Rev.* 1996, 1079.

<sup>14</sup> Il *Telecommunication Act* ha modificato il *Communication Act* del 1934 (47 *United State Code* 201 et seq.).

mente lesivi di diritti altrui (c.d. *Good Samaritan Blocking and Screening of Offensive Material*<sup>15</sup>), anche a prescindere dal fatto che i materiali in questione ricevano una specifica tutela costituzionale<sup>16</sup>.

Le prime applicazioni giurisprudenziali di tale normativa confermarono la generale impossibilità di equiparare, a fini risarcitori, il prestatore di un servizio di rete ad un editore e, dunque, mandarono salvo quest'ultimo da eventuali imputazioni di responsabilità a titolo più o meno oggettivo<sup>17</sup>. Tuttavia, dubbi in dottrina suscitarono la scelta legislativa di consentire agli intermediari di Internet di impedire, in buona fede, agli utenti l'accesso alle informazioni on-line potenzialmente lesive di diritti altrui<sup>18</sup>. Principio che si giustificava in ragione del fatto che l'Act in questione era stato voluto per combattere, in particolare, l'accesso dei minori ai siti pornografici. La Corte Suprema degli Stati Uniti intervenne sul punto facendo proprie le perplessità sollevate da alcuni autori ed affermando, di conseguenza, la parziale incostituzionalità dell'Act per violazione del primo emendamento della costituzione americana<sup>19</sup>.

Una volta esclusa, in ragione delle considerazioni qui brevemente riassunte, la configurazione della responsabilità civile dei provider di Internet in termini oggettivi o semioggettivi, negli Stati Uniti si è fatta larga, tanto in giurisprudenza, quanto in dottrina,

<sup>15</sup> Per gli opportuni approfondimenti N.W. GUENTHER, *Good Samaritan to the Rescue: America Online Free from Publisher and Distributor Liability for Anonymously Posted Defamation*, 20 *Comm. and the Law* 35 (1998).

<sup>16</sup> Il § 230 c) (2) (A) del *Communication Decency Act* stabilisce espressamente che il provider non risponde per « any action voluntarily taken in good faith to restrict access to or availability of material that the provider or user considers to be obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable, whether or not such material is constitutionally protected ». Per gli opportuni approfondimenti, v. S. BECKETT, *A Brave New World of Free Speech: Should Interactive Computer Service Providers Be Held Liable for the Material They Disseminate*, 5 *Richmond J. of Law & Tech.* nn. 13-40 (1998).

<sup>17</sup> Così, ad esempio, la prima pronuncia in materia successiva all'emanazione dell'Act: *Zeran v. American Online (AOL)* 958 *Fed. Supp.* 1124 (E.D. Va. 1997), *aff'd* 129 *F.3d* 327 (4th Cir. 1997); nonché, *Lunney v. Prodigy Services* 683 *N.Y.S.2d* 557 (App. Div. 1998), *aff'd* 164, 1999 *N.Y. Lexis* 3746 (1999).

<sup>18</sup> La soluzione forte, adottata dal legislatore nordamericano, non piaceva alla dottrina che, in larga maggioranza, suggeriva approcci diversi al problema. Cfr., ad esempio, A.M. MAJOR, *Internet Red Light District: A Domain Name Proposal for Regulatory Zoning of Obscene Content*, in *J. Marshall J. Computer & Info.* 21 (1997), il quale proponeva di attribuire ai siti un nome di dominio di secondo livello in grado di qualificare immediatamente il contenuto e la natura del sito.

<sup>19</sup> La sentenza, che chiuse la vicenda *Reno v. ACLU*, fu emanata il 26 giugno 1997 ed è pubblicata in Italia in *Riv. dir. ind.*, 1998, II, 140, trad. e nota di CUCINOTTA, e in questa *Rivista*, 1998, 64, trad. e nota di ZENO ZENCOVICH. Le motivazioni che supportano la decisione dei giudici federali appaiono particolarmente significative in quanto sottolineano come il *Communication Decency Act* costituiva una limitazione in contrasto con il Primo Emendamento giacché rischiava di restringere eccessivamente la libertà di espressione che spetta agli adulti e, nel contempo, di non essere realmente efficace come mezzo di prevenzione dell'accesso dei minori al materiale pornografico online.

l'idea di applicare alla situazione in esame la teoria del *contributory infringement*, a tenore della quale un soggetto (*secondarily liable*) può essere ritenuto responsabile quando contribuisca materialmente — ecco perché siamo fuori dal campo della responsabilità oggettiva — alla commissione di un illecito altrui (*directly liable*)<sup>20</sup>. Al fine di rendere pienamente operativa la figura del *contributory infringement*, occorre, tuttavia, valutare la possibilità di rimproverare al responsabile secondario una effettiva partecipazione psicologica alla realizzazione dell'illecito<sup>21</sup>. Questo rappresenta il punto critico dell'applicazione della teoria in parola, e non soltanto in relazione ai danni cagionati via (o per mezzo di) Internet. Sul contenuto e sulla natura di tale partecipazione si scontrano quanti ritengono che il presupposto psicologico, atto a giustificare l'imputazione della *contributory liability*, debba essere costituito dalla effettiva consapevolezza (*actual knowledge*) della strumentalità della propria attività alla causazione del danno cagionato direttamente da altri; e quanti, al contrario, pensano che basti la volontaria messa a disposizione di mezzi obiettivamente in grado di facilitare la commissione dell'illecito (si parla di *constructive knowledge*) per configurare una sufficiente partecipazione all'illecito.

Particolarmente significative, a questo riguardo, si rivelano, anche per il peculiare quadro normativo in cui si inseriscono, 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*<sup>22</sup>, un gestore di BBS a pagamento, venne convenuto in giudizio perché, tramite tale servizio,

<sup>20</sup> Così, tra gli altri, D.N. WEISKOPF, *The Risks of Copyright Infringement on the Internet: A Practitioner's Guide*, 33 *U.S.F.L. Rev.* 1 (1998); J. CARMICHAEL, *In Support of the White Paper: Why Online Service Providers Should Not Receive Immunity from Traditional Notions of Vicarious and contributory Liability for Copyright Infringement*, 16 *Loy. L.A. Ent. L.J.* 771 (1996); e J.C. GINSBURG, *Putting Cars on the « Information Superhighway »: Authors, Exploiters, and Copyrights in Cyberspace*, 95 *Colum. L. Rev.* 1493 (1995). *Contra*, S.C. POMEROY, *Promoting the Progress of Science and the Useful Arts in the Digital Domain: Copyright, Computer Bulletin Boards, and Liability for Infringements by Others*, 45 *Emory L. Rev.* 1061 (1996).

<sup>21</sup> Negli Stati Uniti, tradizionalmente, gli intermediari operanti nel settore dell'informazione, quando si limitano a svolgere un ruolo di mero trasporto di informazioni

altrui, sono considerati non responsabili per l'eventuale illiceità di tali contenuti, in quanto materialmente impossibilitati, e per motivi di celerità e per motivi di *privacy*, a controllare i messaggi prima di spedirli; e ciò a meno che essi non siano a conoscenza della illiceità dei materiali trasportati. È il caso, ad esempio, degli operatori telefonici o telegrafici, i quali sono definiti *common carriers*. Secondo i più, i *common carriers* rientrerebbero nella categoria dei *secondary publishers* e, dunque, dei *secondarily liables*. In proposito, v. 47 *United State Code* § 153 (1991). Tra le sentenze più significative a riguardo, v. *Western Union Tel. v. Lesesne*, 182 F.2d 135 (5th Cir. 1950). Cfr. J.C. PROYA, *Liability of Telegraph or Telephone Company for Transmitting or Permitting Transmission of Libelous or Slanderous Messages*, 91 *A.L.R.3d* 1015 (1979).

<sup>22</sup> 839 *F. Supp.* 1552 (M.D. Fla. 1993).

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*, in quanto era evidente che il *service provider* metteva volontariamente a disposizione degli utenti mezzi obiettivamente in grado di facilitare la commissione dell'illecito in questione, 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*<sup>23</sup>. 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<sup>24</sup>. 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<sup>25</sup>.

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*<sup>26</sup>. Da qui al Digital Millennium Copyright Act il passo fu davvero breve.

<sup>23</sup> La giurisprudenza americana ha più volte rilevato come, perché vi sia violazione del *copyright* da parte del *direct infringer*, non occorra che l'autore dell'illecito sia consapevole della pericolosità o della dannosità della sua condotta. Tra le altre, v. *Da Costa v. Brown*, 146 F.2d 408 (2d Cir. 1944).

<sup>24</sup> *Marobie-FL, Inc. v. National Association of Fire Equip. Distributors*, 853 F. Supp. 1167 (N.D. Ill. 1997).

<sup>25</sup> *Religious Technology Center, and*

*Bridge Publication, Inc. v. Netcom, Inc. D. Erlich, and T. Klenesrud*, 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995).

<sup>26</sup> Su tale esigenza si sofferma in particolare C. 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). Cfr. D.J. LOUNDEY, *Computer Information System Operator Liability*, 21 *Seattle Univ. L. Rev.*, 1167 (1998).

## 5. IL DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT.

Il 28 ottobre 1998, negli Stati Uniti, fu emanato il *Digital Millennium Copyright Act* (DCMA) (17 *United State Code* 1201)<sup>27</sup>, il quale, tra l'altro<sup>28</sup>, disciplina la responsabilità dei prestatori di servizi di rete per la diffusione di materiali che violano le norme a tutela del *copyright*<sup>29</sup>. 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 online* » — 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.

In particolare, per quanto concerne il fornitore di un servizio telematico che trasmette o fornisce accesso alla rete, la § 512 *a*) prevede che questi non possa essere considerato responsabile qualora: 1) l'informazione sia propagata da un soggetto terzo; 2) la trasmissione, la connessione o lo stoccaggio delle informazioni rientri in un processo tecnico, e l'operatore non abbia selezionato i contenuti da diffondere; 3) l'intermediario non selezioni i destinatari; 4) il contenuto non sia registrato e non sia mantenuto per un periodo di tempo che ecceda quello strettamente necessario allo svolgimento delle finalità tecniche; 5) l'informazione non sia modificata dall'intermediario. La § 512 *b*) prende in considerazione il caso del *provider* che, nel fornire un determinato servizio, non si limita a veicolare segnali, ma opera attraverso un procedimento di memorizzazione temporanea delle informazioni sul suo disco rigido (c.d. *caching*). Tale attività si differenzia dalla mera trasmissione in quanto consente l'intercettazione dei materiali memorizzati e, dunque, permette al prestatore di intervenire per bloccare la ulteriore permanenza in rete, quando sia venuto a conoscenza di fatti o circostanze in base ai quali l'attività illecita è manifesta ovvero abbia ricevuto una apposita notificazione di un terzo. La *section* da ultimo citata prevede che la condotta dell'intermediario possa essere considerata neutra, e dunque cor-

<sup>27</sup> 17 U.S.C. 1201, Pub. L. 105-304, 112 Stat. 2860 (Oct 28, 1998).

<sup>28</sup> Cfr. R. CASO, *Introduzione. 2. L'evoluzione del copyright statunitense e del diritto d'autore italiano*, in G. PASCUZZI-R. CASO (a cura di), *I diritti sulle opere digitali. Copyright statunitense e diritto d'autore italiano*, Padova, 2002, 38; nonché D. NIMMER, *Puzzles of the Digital Millennium Copyright Act*, 46 *J. Copyright Soc'y USA* 401 (1999); A.R. FOX, *The Millennium Copyright Act: Disabusing the Notion of a Constitutional*

*Moment*, 27 *Rutgers Computer & Tech. L.J.* 267 (2001), e J.C. GINSBURG, *Il « Digital Millennium Copyright Act » ed il « Sonny Bono Copyright Act »: due novità dagli Stati Uniti* (trad. it. a cura di P. MARZANO), in *Riv. dir. comm.*, 1999, 625.

<sup>29</sup> Cfr. M.P. 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); e YEN, *op. cit.*

retta, quando l'informazione: 1) è fornita da un soggetto terzo, 2) è trasmessa da questo stesso soggetto senza l'intervento del prestatore; e 3) è memorizzata automaticamente al solo fine di essere a disposizione degli utilizzatori del servizio. Per quanto concerne la trasmissione, inoltre, il prestatore intermediario: 1) non deve modificare le informazioni; 2) deve aggiornarle su richiesta del destinatario del servizio; 3) non deve interferire con la tecnologia utilizzata da quest'ultimo. Infine, per quanto concerne l'attività di *hosting*, la § 512 c) prevede che essa possa generare responsabilità in capo al prestatore quando: 1) questi è a conoscenza dell'attività illecita compiuta dal suo cliente, ovvero di fatti e circostanze che rendono manifesta tale illiceità; 2) ha un beneficio economico che deriva direttamente dalla prestazione del servizio alla attività illecita<sup>30</sup>; 3) rimane inerte rispetto all'obbligo di rimuovere i materiali illeciti<sup>31</sup>.

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<sup>32</sup> — 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. È evidente come, in tale contesto, l'utilizzazione di programmi filtro in grado di selezionare i materiali diffusi in rete ovvero mittenti e de-

<sup>30</sup> Sul concetto di « beneficio economico diretto », cfr. O.G. HATCH, *Towards a Principled Approach to Copyright Legislation at the Turn of the Millennium*, 59 *Univ. Of Pitts. L. Rev.* 828 (1999).

<sup>31</sup> Tale obbligo è dettato dalla §512 b)(2)(E). In proposito, giova segnalare che il DMCA prevede un procedimento di denuncia della presenza di materiali illeciti, nel corso del quale l'interessato produce una *notification* all'intermediario, che, una volta a conoscenza dell'attività illecita, dovrà attivarsi per bloccarla rimuovendo i materiali o sospendendo l'invio delle informazioni. Sul punto, v. J.A. FRIEDMAN-F.M. BUONO, *Using the Digital Millennium Copyright Act to Limit Potential Copyright Liability Online*, 6 *Richmond Jour. of Law & Tech.* 13 (1999).

<sup>32</sup> Tra gli studiosi maggiormente critici nei confronti del DMCA, in quanto rite-

nuto eccessivamente benevolo con gli Internet provider, v. D.R. CAHOY, *New Legislation Regarding On-Line Service Provider Liability for Copyright Infringement: A Solution in Search of a Problem?*, 38 *IDEA: The J. Of Law and Tech.* 335 (1998); M.A. RAVN, *Navigating Terra Incognita: Why the Digital Millennium Copyright Act Was Needed to Chart the Course of Online Service Provider Liability for Copyright Infringement*, 60 *Ohio St. L.J.* 778 (1999); e L.H. 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. anche D.L. BURK, *Muddy-Rules for Cyberspace*, 21 *Cardozo L. Rev.* 121 (1999), secondo cui il DMCA crea una situazione di incertezza che potrebbe anche rivelarsi economicamente efficiente.

stinatari degli stessi, espone i *provider* al rischio di vedersi rimproverata una partecipazione attiva all'illecito e dunque di vedersi contestata una piena responsabilità giuridica per i danni causati.

6. IL REGIME DI RESPONSABILITÀ DEI *PROVIDER* NELLA DIRETTIVA 2000/31/CE E NEL D.LGS. 9 APRILE 2003 N. 70.

Con la direttiva 2000/31/CE<sup>33</sup>, emanata l'8 giugno del 2000, l'Unione Europa, come noto, 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 »<sup>34</sup>. La direttiva — recepita in Italia con il D.Lgs. n. 70 del 9 aprile 2003 — rappresenta l'unico riferimento normativo europeo in materia di responsabilità civile dei soggetti che, in quanto *provider*, offrono servizi on-line e che proprio tale articolato definisce « prestatori di servizi della società dell'informazione ».

La normativa europea in parola dedica la sezione IV, rubricata « Responsabilità dei prestatori intermediari », al perseguimento di un difficile contemperamento 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 »<sup>35</sup>, in quanto ha preferito consentire l'applicazione a questi soggetti delle regole di diritto co-

<sup>33</sup> La direttiva 2000/31/Ce riproduce il testo della Posizione Comune n. 23/2000, adottata il 28 febbraio 2000, in *G.U.C.E.*, 8 maggio 2000, C 128. La dottrina italiana che ha commentato la direttiva in parola è molto ampia, sicché in questa sede, se consentito, si rinvia, anche per gli autori ivi citati, a F. DI CIOMMO, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Napoli, 2003.

<sup>34</sup> Ai sensi del considerando n. 17 della direttiva 2000/31/Ce, la definizione di servizi della società dell'informazione « ricopre qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per

via elettronica, mediante apparecchiature elettroniche di elaborazione (compresa la compressione digitale) e di memorizzazione di dati, e a richiesta individuale di un destinatario di servizi ». Tale definizione è mutuata da quella utilizzata nella direttiva 98/34/Ce del 22 giugno 1998.

<sup>35</sup> Così G.M. RICCIO, *Profili di responsabilità civile dell'Internet Provider*, Salerno, 2000, 78 e nello stesso senso Id. *La responsabilità civile degli Internet providers*, Torino, 2002. Cfr. A. PIERUCCI, *La responsabilità extracontrattuale del fornitore di servizi telematici*, in MASCHIO (a cura di), *op. cit.*, 459.

mune, 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<sup>36</sup>.

Tale scelta — come anticipato — viene attuata attraverso il combinato disposto degli articoli 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<sup>37</sup>.

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 trasmissione; *b*) non selezioni il destinatario della trasmissione; e *c*) non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse ». L'ultimo comma dell'art. 12, 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 informa-

<sup>36</sup> Sui rapporti tra i principi stabiliti dalla direttiva 2000/31/Ce e gli ordinamenti nazionali, si sofferma ampiamente R. BOCCHINI, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico. Contributo allo studio dell'illecito plurisoggettivo permanente*, Napoli, 2003.

<sup>37</sup> Cfr. Trib. Grand di Parigi, 20 novembre 2000, in questa *Rivista*, 2001, 209, con nota di COSTANZO. Sull'obbligo di rimuovere i materiali illeciti, cfr. G. CASSA-

NO-F. BUFFA, *Responsabilità del content provider e dell'host provider*, in *Corriere giur.*, 2003, 77. Più in generale, sulla portata degli artt. 12-15 della Direttiva, tra gli altri, si veda DI CIOMMO, *Internet (responsabilità civile)*, cit.; nonché L. EDWARDS, *Articles 12-15 ECD: ISP Liability, The Problem of Intermediary Service Provider Liability*, in Id. (a cura di), *The New Legal Framework for E-Commerce in Europe*, Oxford, 2005, 93.

zioni; ed 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 ladisabilitazione dell'accesso». L'art. 14, infine, individua due condizioni sufficienti ad esonerare da responsabilità il fornitore di *hosting*: 1) quest'ultimo non deve essere effettivamente al corrente del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non deve essere al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione; 2) non appena al corrente dei fatti, il fornitore deve agire immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitare l'accesso. Ed inoltre, al fine di evitare sin troppo facili raggiri, al punto 2, prevede che il paragrafo 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 se ha volutamente consentito che si integrasse una delle condizioni che fanno scattare la sua responsabilità, mentre gode di una sorta di immunità quando si limita a svolgere in rete esclusivamente un ruolo tecnico di intermediazione. Il legislatore comunitario ha sottratto i prestatori intermediari alla scure rappresentata dall'applicazione di criteri di imputazione della responsabilità di natura più o meno oggettiva, per ricondurre il regime della responsabilità, a loro applicabile, nel porto sicuro dell'imputazione per colpa<sup>38</sup>. In definitiva, può dirsi che vi sarà colpa del prestatore quando questi

<sup>38</sup> Su tale scelta di politica del diritto, cfr., *ex multis*, A. PIERUCCI, *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti della Rete*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 143, in

part. 161; nonché L. BUGIOLACCHI, *La responsabilità dell'Host Provider alla luce del d.lgs. 70/2003: esegesi di una disciplina dimezzata*, in *Resp. civ. e previd.*, 2005, 70.

non si limita a svolgere il ruolo tecnico di intermediario e partecipa, perciò, più o meno attivamente — anche paradossalmente al solo fine di svolgere un vaglio di legittimità — alla vicenda che trova il suo attore principale nell'utente.

7. L'ESPRESSA PREVISIONE NORMATIVA DELL'ASSENZA DI UN OBBLIGO DI SORVEGLIANZA IN CAPO AI PROVIDER.

La direttiva 2000/31/Ce sembra appositamente studiata per non lasciare 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.Lgs. 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, dunque, alle prese con un sistema di imputazione della responsabilità basato esclusivamente sulla colpa specifica dell'intermediario, e cioè sulla colpa per violazione di legge<sup>39</sup>; mentre al giudice è precluso, in quanto inutile al fine dell'imputazione della responsabilità<sup>40</sup>, 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.

Nel sistema di responsabilità di cui si sono qui tracciate le linee essenziali un ruolo pivotale è quello svolto dall'art. 15 della direttiva, riversato nell'art. 17 del D.Lgs. 70/2003. Il paragrafo 1 di

<sup>39</sup> Il ricorso normativo alla colpa specifica in qualche modo si giustifica 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 eccezionale rispetto al semplice canone di diligenza di cui all'art. 2043, 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 viola-

zione della stessa integri un fatto illecito di natura extracontrattuale. Da qui la coerenza, in termini di teoria generale, di un sistema basato sulla colpa specifica, cioè sulla violazione di un obbligo previsto espressamente dalla legge.

<sup>40</sup> A ben vedere, il grado della colpa dell'intermediario — che, in presenza di un sistema di imputazione basato sulla colpa specifica, il giudice, come chiarito, non ha motivo di accertare al fine di decidere se un illecito compiuto on-line da un utente sia imputabile al *provider* — torna a giocare un ruolo importante in sede di applicazione del secondo comma dell'art. 2055.

tale disposizione ribadisce il divieto per gli Stati membri di imporre ai prestatori dei servizi di cui agli articoli 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 ». Ancora più importante, nell'economia della riflessione che si sta compiendo in questa sede, appare il paragrafo 2 dell'art. 15. nel quale si consente espressamente agli Stati di stabilire, in sede di recepimento (come ha fatto il legislatore italiano del D.Lgs. 70/2003 nel secondo comma del citato art. 17), « 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 ». L'unica interpretazione possibile delle due norme in grado di ricondurle ad una certa coerenza è quella per cui non possono imporsi obblighi di sorveglianza in capo al *provider*, ma se questi per caso viene a conoscenza di attività illecite dei proprio utenti ha l'obbligo di informare l'autorità preposta e collaborare con essa.

Meno facile è interpretare in modo coerente con quanto sin qui esposto il considerando 48 della direttiva, nel quale il legislatore europeo ha chiarito di non voler pregiudicare « la possibilità per gli Stati membri di chiedere ai prestatori di servizi [...] di adempiere al dovere di diligenza che è ragionevole attendersi da loro ed è previsto dal diritto nazionale, al fine di individuare e prevenire alcuni tipi di attività illecite ». L'utilità di un tale « richiesta » resta alquanto indecifrabile, posto che, se gli obblighi generali di diligenza esistono, così come è nel nostro ordinamento, essi devono essere rispettati indipendentemente da una sollecitazione del legislatore, e dovrebbero condizionare integralmente l'attività del *provider*, sicché il loro rispetto dovrebbe indurre quest'ultimo, oltre che a rimuoverne senza ritardo il materiale illecito quando ne abbia notizia<sup>41</sup>, a

<sup>41</sup> Cfr. l'ordinanza del Trib. Napoli, 28 dicembre 2001 (in *Dir. ind.*, 2003, 159, con commento di MONTUSCHI), secondo la quale non è dato escludere la responsabilità solidale, nella commissione dell'illecito, in capo al *provider* che non abbia adoperato tutta la diligenza esigibile da un operatore professionale e necessaria per evitare che, una volta reso edotto degli abusi commessi, tali abusi potessero continuare senza che egli provvedesse all'oscuramento dei siti contenenti i materiali considerati illeciti. Lo stesso tribunale partenopeo, con ordinanza del 15 maggio 2002, *ibid.*, 163, pronunciandosi sul reclamo formulato contro il provvedimento del 28 di-

cembre 2001, ha inoltre precisato: « Ancorché la direttiva 2000/31/Ce [...] escluda il potere degli Stati membri di imporre al prestatore di servizi della società dell'informazione un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni da lui trasmesse o memorizzate per conto degli utenti nella rete o di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite. [...] non può escludersi la legittimità di una interpretazione valevole per l'ordinamento italiano che, mettendo in risalto la natura professionale dell'attività svolta dal *provider* nella prestazione dei servizi [...] e gli indubbi profitti che egli ne trae, esiga da lui una piena cooperazione nel mo-

tentare di prevenire, per quanto possibile, la stessa commissione dell'illecito. Tuttavia, una tale interpretazione rischia di far rientrare dalla finestra delle clausole generali l'obbligo di sorveglianza in capo ai *provider* che il legislatore ha, invece, cacciato dalla porta principale dell'articolato normativo. Meglio, allora, intendere il considerando in parola come un'esortazione rivolta agli Stati affinché questi chiariscano nel dettaglio il contenuto degli obblighi gravanti sugli intermediari di Internet ai sensi della direttiva<sup>42</sup>.

#### 8. LE RAGIONI GIUS-ECONOMICHE DELLA SOLUZIONE ADOTTATA CON LA DIRETTIVA 2000/31/CE.

Una volta chiarito che la direttiva 2000/31/Ce, in relazione agli illeciti commessi in rete dagli utenti, ha adottato una soluzione in linea con la vicenda giurisprudenziale e legislativa maturata negli Stati Uniti, finalizzata a deresponsabilizzare gli intermediari della società dell'informazione, a patto che non abbiano contribuito con la propria condotta alla realizzazione dell'attività illecita nei modi indicati nei precedenti due paragrafi, occorre verificare le ricadute sociali ed economiche di tale soluzione, onde verificarne l'efficienza in termini di politica del diritto o, se si preferisce, in termini gius-economici.

Per prima cosa, va sottolineato che — come anticipato — la scelta legislativa in questione è stata dettata principalmente dall'esigenza di evitare che sui fornitori di servizi on-line gravino costi eccessivi in termini di spese risarcitorie e di predisposizione di sistemi di protezione volti ad evitare, per quanto possibile, la commissione di illeciti rimasti anonimi da parte degli *user*. In una situazione in cui gli intermediari dovessero rispondere dei danni realizzati dagli utenti, e, dunque, in buona sostanza, dovessero far fronte ai costi sociali creati dall'utilizzazione della rete telematica, da un lato diminuirebbero gli operatori che forniscono servizi on-line, in quanto si verificherebbe un processo di selezione naturale per cui solo i soggetti meglio organizzati potrebbero sopravvivere, dall'altro vi sarebbe un inevitabile aumento del prezzo dei servizi offerti, in quanto gli operatori cercherebbero di allocare i costi in parola sugli utenti<sup>43</sup>. Entrambe le derive ora prospettate

mento in cui si tratta di impedire il protrarsi dell'illecito posto in essere attraverso la rete informatica [...]». Per una rapida rassegna della giurisprudenza italiana in argomento, v. da ultimo G. CASSANO-A. CONTALDO, *La natura giuridica e la responsabilità civile degli Internet Service Providers (ISP): il punto sulla giurisprudenza*, in *Corriere giur.*, 2009, 1206.

<sup>42</sup> Cfr. M. VERMEER, *Unfair Competition Online and the European Electronic Commerce Directive*, 7 *Ann. Surv. Int'l & Comp. L.* 87 (2001).

<sup>43</sup> Cfr. G.M. RICCIO, *Anonimato e responsabilità in Internet*, in questa *Rivista*, 2000, 335; nonché ID., *La responsabilità civile degli internet providers*, in part. 39-40.

non sono certamente auspicabili. In una società che da poco, e proprio grazie ad Internet, ha scoperto quanto ricca possa essere l'informazione e la comunicazione umana in presenza di un vero pluralismo delle fonti di informazione e di intermediazione, proporre un ritorno al passato — affidando Internet ai soggetti economicamente in grado di svolgere gli opportuni controlli sui contenuti immessi dagli utenti in rete e di far fronte ai danni che inevitabilmente verrebbero a prodursi — vorrebbe dire negare l'essenza stessa del *medium* in parola e, di conseguenza, depotenziare quest'ultimo anche dal punto di vista commerciale. Come è ovvio, né le imprese che su Internet continuano ad investire ingenti capitali, né gli stati nazionali hanno interesse a ridurre il pluralismo attualmente presente su Internet, in tal modo depotenziando il valore relazionale e commerciale della rete<sup>44</sup>. Nell'ordinamento italiano, così come nella maggior parte dei sistemi occidentali, peraltro, il pluralismo delle fonti di informazione appare addirittura dotato di rango costituzionale<sup>45</sup>.

Una eventuale scelta di politica del diritto volta ad applicare la teoria del rischio di impresa o, in ogni caso, un criterio (più o meno) oggettivo di imputazione della responsabilità, ai c.d. intermediari della società dell'informazione, non avrebbe determinato effetti sociali positivi e, dunque, sarebbe stata inefficiente. Tale sensazione, già ampiamente giustificata in forza delle considerazioni sin qui svolte, diventa certezza se solo si prende in esame un altro aspetto della questione.

Come ormai noto, la scelta di un criterio di imputazione, piuttosto che di un altro, dipende dalle condizioni in cui la singola attività viene svolta. Tra le circostanze che occorre prendere in considerazione per valutare l'opportunità di adottare un modello di responsabilità oggettiva ovvero un modello di responsabilità per colpa, vi è la capacità, *rectius* la possibilità, tecnica e/o tecnologica dell'imprenditore di prevenire o ridurre il rischio di incidenti. Nel caso del prestatore di servizi che svolga in Internet il ruolo di *service provider*, è di tutta evidenza che questi non potrà mai effettuare una reale azione totalmente preventiva volta ad evitare

<sup>44</sup> Cfr. il considerando n. 2 della direttiva 2000/21/Cee.

<sup>45</sup> La Corte Costituzionale italiana, nella sentenza n. 420 del 7 dicembre 1994, in *Foro amm.*, 1994, 2667, ha affermato che nel nostro ordinamento il diritto all'informazione, garantito dall'art. 21 Cost., implica indefettibilmente il pluralismo delle fonti e comporta per il legislatore il vincolo di emanare norme che impediscano la formazione di posizioni dominanti. Anche negli Stati Uniti la giurisprudenza afferma costantemente l'esigenza di mante-

nerne libero e pluralista il *marketplace of ideas* come strumento di difesa della democrazia effettiva. Il diritto di partecipare alla produzione e alla distribuzione di informazioni è stato elaborato nell'ambito della c.d. « Gertz doctrine », che trae la sua denominazione dal caso *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 232 (1974). Per l'applicazione di tale principio ad Internet, cfr. M. HADLEY, *The Gertz Doctrine and Internet Defamation*, 84 *Va. L. Rev.* 477 (1998). A questo proposito, cfr. il considerando n. 10 della direttiva 2000/31/Ce.

che l'utente commetta illeciti in Internet in forma anonima. Egli, infatti, quando non sia anche *access provider* dell'utente, non può controllarne le generalità, in quanto quest'ultimo gli si presenta esclusivamente mostrando il suo Ip (Internet Protocol), né può verificare a priori la liceità dei contenuti veicolati in rete, ovvero ospitati sul proprio sito, o sul proprio *server*. Una tale verifica (non solo, richiederebbe tempi che rallenterebbero la rete snaturandola e, nel contempo, costituirebbe una grave violazione della *privacy* degli utenti e della possibilità di esprimere liberamente il proprio pensiero, ma) si rivelerebbe senza dubbio inefficace considerato che, molto spesso, la liceità della diffusione di un certo materiale non può essere valutata senza considerare circostanze ulteriori rispetto al materiale stesso. Ciò è a dire, ma gli esempi potrebbero essere tantissimi, che la pubblicazione in un sito Internet di una immagine che ritrae un corpo di donna nudo non è di per sé lecita o illecita, e può diventarlo soltanto nella misura in cui il soggetto ritratto non ha mai autorizzato la pubblicazione dell'immagine. Men che meno è possibile, per il prestatore, controllare preventivamente i contenuti scaricati in rete dagli utenti attraverso servizi che consentono la comunicazione in tempo reale tra due o più persone: *chat*, *newsgroup*, *bulletinboard systems*; la qual cosa, del resto, finirebbe anche per violare il diritto alla libertà e alla segretezza della comunicazione e corrispondenza privata.

L'applicazione di un criterio di responsabilità oggettivo o semioggettivo, dunque, indurrebbe, considerate le circostanze suddette, il prestatore a concedere i propri servizi soltanto a clienti o attività fidate e sicure. Il che si tradurrebbe in una censura diretta anche di siti e materiali con contenuti non immediatamente illeciti<sup>46</sup>. Ad esempio, un *host provider* potrebbe decidere di concedere ospitalità solo a siti contenenti materiali con una bassissima potenzialità lesiva di diritti altrui, con ciò negando il proprio servizio anche agli operatori o agli utenti che non abbiano alcuna intenzione di compiere illeciti. Il rischio è che i prestatori di servizi diventino i censori istituzionali della rete «decidendo cosa è conveniente fare e cosa non lo è»<sup>47</sup>.

A questo rischio — che il legislatore comunitario ha voluto evitare adottando all'uopo una soluzione di politica del diritto che sottrae il prestatore ad un criterio oggettivo di imputazione della

<sup>46</sup> Cfr. G. PINO, *Tra anarchia e caccia alle streghe. Alterne vicende della libertà di manifestazione del pensiero in Internet*, in *Ragion pratica*, 2001, 133.

<sup>47</sup> Cfr. S. RODOTÀ, *Libertà, opportunità, democrazia e informazione*, in *Internet e privacy: quali regole?*, Atti del Convegno di Roma dell'8 e 9 maggio 1998, intitolato *Cittadini e Società dell'informazione*, Supplemento n. 1 al *Bollettino* n. 5

del Garante, 1998, 15; ID., *Qualche limite è necessario*, in *Teléma*, 8, Primavera, 1997, 6. Cfr. C. FRIED, *Perfect Freedom or Perfect Control*, 114 *Harv. L. Rev.*, 606 (2000). Circa il rapporto tra esigenza di controllo dei contenuti della rete e *privacy* degli utenti, v. Corte Federale d'Appello degli Stati Uniti d'America, I circ., sentenza 29 giugno 2004, in *Foro it.*, 2004, IV, 449, con nota di DI CIOMMO.

responsabilità — se ne contrappone, tuttavia, uno esattamente speculare. La scelta di sottrarre i prestatori di servizi di Internet ad ipotesi di responsabilità per omesso controllo ha un effetto di *underdeterrence* da non sottovalutare. In una situazione legislativa in cui ai *provider* non si chiede un controllo sui contenuti veicolati in Internet, ovvero ospitati sui propri siti o sul proprio *server*, nessuno è incentivato ad investire in *software* o strategie aziendali in grado, se non proprio di eliminare, di limitare il rischio costituito da illeciti commessi da utenti rimasti anonimi. Sicché, anche le imprese produttrici dei *software* in grado di controllare alcune informazioni e filtrarle, non avendo mercato, smetteranno di sviluppare tali tecnologie. Tutto ciò aumenta certamente le possibilità che in rete vengano commessi illeciti senza che nessuno risponda del relativo danno e, dunque, contribuisce ad alimentare la sensazione di deresponsabilizzazione che l'utente prova mentre naviga, nonché quella di impotenza che il danneggiato avverte di fronte agli illeciti altrui<sup>48</sup>.

Rischio quest'ultimo che si determinerebbe tal quale anche qualora le politiche legislative adottate nei Paesi più importanti, in quanto maggiormente tecnologizzati e ricchi, incentivassero, se pure indirettamente ed involontariamente, la collocazione dei prestatori di servizi della società dell'informazione nei Paesi dove la normativa applicabile in materia fosse molto più tollerante e, dunque, meno esigente con loro. Si potrebbe, in altre parole, determinare un fenomeno di *rule e forum shopping* nell'ambito del quale i provider intenzionati a fornire in rete servizi ad alto rischio, perché esposti alla possibilità che l'utente li utilizzi per commettere illeciti, andrebbero ad ubicare il proprio server ed organizzare lo svolgimento delle proprie attività in Paesi nei quali non sarebbero

<sup>48</sup> Così S. FREIWALD, *Comparative Institutional Analysis in Cyberspace: The Case of Intermediary Liability for Defamation*, 14 *Harv. J. of L. & Tech.* 643 (2001); nonché A.K. PATEL, *Immunizing Internet Service Providers from Third-Party Internet Defamation Claims: How Far Should Courts Go?*, 55 *Vand. L. Rev.* 647 (2002). Cfr. J.M. ZITZER, *Liability of Internet Service Provider for Internet or E-mail Defamation*, 84 *A.L.R.5<sup>th</sup>* 169 (2000); e A. HAMDANI, *Whô's Liable for Cyberwrongs?*, 87 *Cornell L. Rev.* 901 (2002), il quale si pone il problema di cercare gli « *optimal liability standards* » per gli Internet provider, e cioè il livello di controllo e prevenzione — ottimale perché potenzialmente in grado di non realizzare effetti né di *over deterrence* né di *under deterrence* — a cui gli intermediari devono attenersi per sollevarsi da responsabilità in caso di illecito compiuto

dai naviganti; ma conclude osservando che non è possibile individuare un'unica soluzione, in quanto bisogna indagare, di volta in volta, la natura dell'illecito compiuto e le circostanze in cui si è sviluppato il rapporto tra provider ed autore dell'illecito. Cfr. anche M. SCHRUERS, *The History and Economics of ISP Liability for Third Party Content*, 88 *Va. L. Rev.* 205 (2002), il quale giunge ad affermare che « the economic analysis above illustrates that negligence and strict liability regimes fail to produce an efficient level of monitoring », per cui la soluzione attualmente preferibile, al fine di « minimizing social costs and maintaining the benefits of the Internet », appare quella che punta a sviluppare un sistema di controllo e valutazione degli sforzi fatti dai provider per evitare che gli utenti commettano fatti illeciti attraverso i servizi offerti dagli intermediari.

in ogni caso chiamati a rispondere dei relativi danni. La mancanza di confini geografici che caratterizza il mondo virtuale delle reti telematiche, ed in particolare Internet, consente senz'altro il ricorso a simili sotterfugi. Ed anche con questa circostanza devono fare i conti i legislatori chiamati a regolamentare Internet ed in particolare intenzionati a disciplinare il problema degli illeciti commessi on-line.

Alla luce delle considerazioni appena svolte, al fine di comprendere ancora meglio le ragioni che hanno condotto all'emanazione della DMCA negli Stati Uniti e della direttiva 2000/31/Ce in Europa, occorre domandarsi perché, rispetto al trattamento dei dati personali, il legislatore comunitario, con la direttiva 95/46/Ce abbia adottato un regime di responsabilità semi-oggettiva (sostanzialmente prevedendo che il titolare del trattamento risponde dell'illecito se non prova di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno; riguardo all'ordinamento italiano cfr. artt. 18 del legge 675/96, oggi come noto abrogata, e 15 del D.Lgs. 196/2003), mentre relativamente alla responsabilità dei *provider* abbia mostrato un atteggiamento affatto diverso. La risposta che appare più plausibile si basa sulla considerazione per cui il trattamento dei dati personali altrui, pur non rappresentando un'attività in sé pericolosa, può diventare dannosa, e dunque fonte di responsabilità civile, soltanto quando sia proprio il titolare di tale trattamento a contravvenire alle regole di comportamento dettate dalla normativa in vigore o, più in generale, quando viola l'obbligo di correttezza a cui la disciplina in materia fa espresso riferimento. Dunque, l'applicazione di un criterio di imputazione di natura semi-oggettiva può ben svolgere, in questo caso, una funzione preventiva, in quanto i titolari del trattamento, pur di evitare giudizi di responsabilità, presteranno maggiore attenzione alle modalità con cui svolgono la loro attività ed in tal modo si eviteranno, o si ridurranno sensibilmente, i danni da questa cagionati.

Per giustificare pienamente la scelta di politica del diritto che spinse il legislatore comunitario a prevedere un regime di tal fatta per regolare la responsabilità per trattamento dei dati personali, e per sottolineare ulteriormente come tale scelta, in ogni caso, non poteva essere estesa a carico dei prestatori di servizi della società dell'informazione rispetto al problema degli illeciti commessi in rete da utenti anonimi, va altresì sottolineato che: mentre, rispetto ad Internet, è da tutti condivisa l'esigenza di non inaridire le fonti, gli spazi e le occasioni di comunicazione e di informazione on-line — e l'assunzione del regime in parola, come visto, avrebbe prodotto questo effetto —; rispetto al trattamento dei dati personali, non c'è motivo di credere che l'applicazione di un criterio di imputazione della responsabilità, piuttosto che di un altro, possa determinare effetti negativi per i mercati o i rapporti sociali, considerato che la normativa di derivazione comunitaria garantisce

espressamente il diritto a trattare lecitamente dati personali altrui (con il solo limite dei dati sensibili).

#### 8. I TEMPI CAMBIANO: UNA NUOVA STAGIONE PER LA RESPONSABILITÀ IN INTERNET?

Quello tracciato nei paragrafi precedenti è, in estrema sintesi, lo stato dell'arte della disciplina di matrice legislativa operante in materia di responsabilità civile dei *provider* tanto in Italia, quanto all'interno dell'Unione europea e negli Stati Uniti. Stato dell'arte che abbiamo a più riprese definito razionale e, sotto molteplici profili, tutto sommato, efficiente.

Resta da domandarsi soltanto se sia davvero questo — oggi che ormai abbiamo superato la fase sperimentale e siamo ormai definitivamente entrati nell'era di Internet — il migliore dei mondi possibili. In altre parole, rimane da chiederci se siamo realmente sicuri che sia efficiente, cioè utile ed opportuno, che gli intermediari della comunicazione su Internet consentano a chiunque di dire, fare e pubblicare in rete qualsiasi cosa, anche restando anonimi, senza avere alcuna responsabilità giuridica circa i contenuti che essi veicolano on-line. O, per dirla ancora diversamente, se siamo davvero sicuri di volere che in Internet continui ad essere possibile — cioè realizzabile senza conseguenze sul piano giuridico — tutto, anche ciò che normalmente è vietato e fonte di responsabilità nella realtà atomistica, cioè la realtà che si svolge fuori dalla grande rete.

La mia sensazione è che sino a quando Internet ha dovuto diffondersi, ampliarsi e consolidarsi, travalicare confini geografici, culturali e politici, entrare nelle case, negli uffici, nella vita delle persone, mostrare tutte le sue infinite possibilità, schiudere all'uomo possibilità infinite e finanche sogni, insomma sino a quando Internet era nella sua fase espansiva, sarebbe stato davvero controproducente tentare di limitare le immense e progressive potenzialità del nuovo mezzo, laddove per altro era ed è evidente che la tecnologia cerca, per ragioni molteplici ed eterogenee, di sfuggire alla regolamentazione giuridica. Tuttavia, oggi che Internet rappresenta un riferimento allo stato indispensabile ed irrinunciabile per ogni uomo, in quanto il mondo virtuale ubiquo è divenuto oramai una realtà alla quale più o meno tutti, per varie ragioni (ludiche, professionali, di ricerca, relazionali, commerciali e quant'altro), attingiamo, ed all'interno della quale, soprattutto nei paesi progrediti, gran parte della popolazione trascorre molte ore ogni giorno, la situazione è cambiata perché Internet non ha più bisogno di espandere la propria presenza ma di consolidarla, sicché *mutatis mutandis* andrebbero rivalutate ragioni e circostanze, fino a riconsiderare il ruolo del diritto — anzi, meglio, del momento giuridico — nel panorama virtuale. Internet, infatti,

attualmente non ha più ragione di temere il diritto, la regolamentazione giuridica, mentre l'ordinamento giuridico oggi ha senz'altro buone ragioni per guardare Internet con sospetto. Peraltro, se è vero che rispetto a vent'anni fa la struttura della rete sostanzialmente non è cambiata perché i *provider* costituiscono ancora gli unicisoggetti potenzialmente in grado di effettuare un filtro sui contenuti veicolati on-line, sono tuttavia enormemente aumentate le possibilità tecniche che essi hanno di sviluppare, volendo, sistemi di controllo su tali contenuti. Ciò, come detto, senza pretesa di esaustività, ma con la consapevolezza che investendo le giuste risorse molto si può fare per prevenire, sventare o comunque punire il compimento di illeciti in rete.

Continuare a sottovalutare l'importanza di un sistema di responsabilità giuridica che sia in grado di funzionare anche rispetto agli illeciti compiuti on-line, dunque, vuol dire oggi sottostimare i costi sociali che Internet determina, ed in definitiva trascurare la potenza del mezzo telematico, o dell'ambiente digitale ubiquo, o ancora, secondo alcuni, di Internet inteso come nuova coscienza collettiva. Pensare che Internet possa ancora a lungo restare — per dirla con Jean Carbonnier (*Regards sur le droit et le non-droit*, Paris, Dalloz, 2005) — il regno del « non diritto » sembra alquanto anacronistico o, quanto meno, non pare il modo migliore per facilitarne la definitiva consacrazione come agorà in cui le persone si incontrano, si conoscono, si scambiano idee, espongono informazioni di cui sono in possesso e ne cercano di ulteriori, mettono in rete saperi, conoscenze, dubbi, risposte, si chiedono e si offrono assistenza, servizi, beni, volgono transazioni di mercato ed altro ancora.

Né a tal proposito può sottovalutarsi che tutti i c.d. *mass-media* costituiscono tecnologie altamente invasive e condizionanti addirittura il pensiero e la coscienza dell'uomo. In proposito, in tema di immagini che è possibile vedere on-line anche in forma di video (come nel caso di cui si è occupato il Tribunale di Milano nella citata recente sentenza), è opportuno ricordare che, già in epoca pre-Internet, relativamente al mezzo televisivo, Christopher Lasch, nel saggio « La cultura del narcisismo » (1979), osservava come « Le immagini arrestano le esperienze e tolgono la responsabilità ». E che Ghunter Anders, nel suo celebre « L'uomo è antiquato » (1956), esplicava ancora meglio il concetto evidenziando come « chi vede un'esplosione nucleare fornita a domicilio dalla TV è privato della capacità di cogliere quello che è accaduto davvero e quindi prendere posizione responsabilmente », in quanto inevitabilmente ed inconsciamente finisce per credere che i possibili effetti di un disastro nucleare nella sua vita siano quelli che ha già vissuto quando attraverso la televisione ha visto nello schermo l'esplosione. Senza, ovviamente, dimenticare che, di contro, proprio Internet, consentendo a chiunque di diffondere in tutto il mondo qualsiasi materiale riproducibile in formato digitale, per-

mette all'opinione pubblica di conoscere fatti e circostanze che un tempo restavano nascoste per volontà politica di questo o quel dittatore, di questa o quella nazione, così contribuendo ad evitare, o quanto meno, condannare, atrocità, barbarie, violenze, censure e quant'altro.

Dunque, l'impatto che può avere sulla coscienza individuale e collettiva, nonché sulla formazione dell'opinione e della sensibilità singola e di massa, la pubblicazione o la non pubblicazione di un video immesso on-line da un utente tramite uno dei tanti *provider* esistenti, sia nel bene che nel male, è altissimo. Da qui l'esigenza di parametrare in modo attento l'eventuale — ed a mio avviso, auspicabile — imposizione in capo ai *provider*, o meglio determinati *provider*, di un obbligo di controllo sui contenuti immessi in rete per conto dei clienti.

Sono — quelli qui appena accennati — aspetti giustamente evidenziati dai sociologi, dagli antropologi e dagli psicologi, che il giurista non può trascurare nel momento in cui si occupa di nuove tecnologie della comunicazione e dell'informazione.

Il mio auspicio, dunque, è che l'attuale assetto di Internet, inteso per quello che ho appena detto, come nuovo « regno del non diritto », in realtà sia solo il prodotto di contingenze temporali, e che dunque — come accaduto, ad esempio, in materia dei costi sociali prodotti dalla circolazione dei veicoli — dopo un'iniziale stagione di sostanziale deresponsabilizzazione generale, possano nascere sistemi di responsabilità idonei sotto il profilo tecnico, efficienti in termini economici e giusti in termini di equità sociale. Io in proposito qualche idea ce l'avrei — è, ad esempio, dal 2001 che sostengo la tesi per cui l'identità degli utenti di Internet dovrebbe essere sempre conosciuta dall'*access provider* di riferimento così da tutelare la *privacy* di ogni singolo *user* senza al contempo garantire sacche di impunità — ma ovviamente anche una scelta di tal fatta non ha senso se compiuta dal singolo legislatore nazionale, in quanto Internet impone, per le ragioni sopra cennate, decisioni di politica del diritto adottate su scala internazionale da quanti più paesi possibili.

Molto lavoro, insomma, c'è da fare soprattutto sotto il profilo culturale, perché, per arrivare ad un'ampia condivisione internazionale di scelte di politica del diritto epocali in materia, occorre mettere d'accordo tecnologi, antropologi e giuristi, oltre che ovviamente politici, utenti di Internet e grandi imprese coinvolte. Non resta che rimboccarsi le maniche.