



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PALERMO

dSEAS

dipartimento
scienze economiche
aziendali e statistiche
department
of economics
business
and statistics

Working Papers

ISSN 'in fase di assegnazione', volume I, 2017

Spunti per una rilettura della disciplina giuridica degli *internet service provider*

Ideas for a new reading of the law regulation of internet service providers

Fabrizio Piraino

Riassunto *Il saggio affronta la c.d. responsabilità degli internet service provider, regolata dagli artt. 12-14 dir. dir. 00/31, con specifico riguardo alla violazione del diritto d'autore. Il saggio mira a dimostrare che - a dispetto dell'opinione di gran lunga prevalente in Europa - la disciplina in esame non costituisce una fattispecie di responsabilità aquiliana, ma appronta la regolazione di una sfera di liceità d'azione a favore degli ISP. Come l'analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia dimostra, il rimedio primario contro le violazioni dei diritti commesse in rete è rappresentato dall'azione inibitoria, mentre il risarcimento del danno assolve al ruolo di rimedio soltanto secondario. Un tale rilievo conferma l'ipotesi che gli artt. 12-14 dir. 00/31 mirino in primo luogo a delineare una sfera di liceità a favore degli intermediari. Il saggio si chiude con una proposta di re-interpretazione delle disposizioni italiane di recepimento delle norme europee, ossia degli artt. 14-16 d. lgs. 70/2003, finalizzata ad allineare la disciplina nazionale alle previsioni europee, con specifico riguardo alle regole che governano la prestazione di hosting*

Parole chiave responsabilità ISP; Dir. 2000/31/EC; d. lgs. 70/2003 artt. 14, 15,16

Abstract The essay addresses the issue of the so called *internet service provider's* liability under artt. 12-14 dir. 00/31, with specific regard to the violations of copyright. The study aims at demonstrating that European Law on ISP is not a law on tort, but regulates a sphere of lawful

Dipartimento di Scienze Economiche, Aziendali e Statistiche
Università degli Studi di Palermo
viale delle Scienze ed. 13, 90128
E-mail: fabrizio.piraino@unipa.it

action in favor of *internet service providers*. The analysis of the Court of Justice's case-law reveals that the primary remedy against offenses committed on the internet is an injunction, while damages are only a secondary relief. This confirms the hypothesis that artt. 12-14 dir. 00/31 draw the perimeter of the legitimate activity of the *internet service provider*. The essay ends with a re-interpretation of the Italian provisions set forth at artt. 14-16 d.l gs. 70/2003 in order to align them, with the European directive, especially with regard to the hosting performance rules.

Keywords ISP liability – tort law or not - Dir. 2000/31/EC; d. lgs. 70/2003 artt. 14, 15,16

SOMMARIO: 1. La fenomenologia delle prestazioni dell'*internet service provider* e il quadro normativo: la posizione del problema – 2. La giurisprudenza della Corte di Giustizia e i rapporti tra diritto e tecnica – 3. Il quadro italiano – 4. Le incertezze sui presupposti dell'esclusione dell'hosting provider dal concorso nell'attività illecita dell'autore della violazione: l'infedele recepimento della dir. 00/31 in Italia – 5. La ridefinizione del sistema delle regole sulla liceità della condotta dell'hosting provider – 6. Segue. Il valore della segnalazione del presunto titolare del diritto violato – 7. L'abbandono della distinzione tra intermediari attivi e passivi e la "variabile tecnologica".

1. Questa è la storia estremamente curiosa di come delle disposizioni sulla delimitazione della sfera di liceità dell'azione degli *internet service provider* siano state lette, invece, come norme sulla responsabilità, alimentando così un dibattito che non sempre brilla per perspicuità e rigore. Se il civilista può offrire un contributo in questa materia¹, è auspicabile che esso si indi-

¹ La letteratura sul punto inizia a divenire cospicua: cfr., ex multis, M. Franzoni, La responsabilità del provider, in questa Rivista, 1997, p. 248 ss.; V. Zeno Zencovich, I rapporti tra responsabilità civile e responsabilità penale nelle comunicazioni in Internet: riflessioni preliminari, in Dir. inf., 1999, p. 1050 ss.; F. Di Ciommo, Internet I Responsabilità civile, in Enc. giur. Treccani, VIII, Roma, 2001, p. 1 ss.; Id., Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile, Napoli, 2003, passim, in part. p. 269 ss. L. Nivarra, La responsabilità degli intermediari, in questa Rivista, 2002, p. 307 ss.; G. Ponzanelli, Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli *internet service providers*?, in Danno e resp., 2002, p. 5 ss.; E. Tosi, Le responsabilità civili, in I problemi giuridici di internet. Dall'e-commerce all'e-business, a cura di E. Tosi, Milano, 2003, p. 516 ss.; Id., Le responsabilità civili dei prestatori di servizi della società dell'informazione, in La resp. civ., 2008, p. 197 ss.; Id., Responsabilità civile per il fatto illecito degli *internet service provider* tra tipizzazione normativa ed evoluzione tecnologica: peculiarità e criticità del regime applicabile alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti di terzi, in Digesto disc. priv., sez. civ., Agg., Torino, 2016, p. 688 ss.; G.M. Riccio, La responsabilità civile degli internet providers, Torino, 2002, passim, in part. 95 ss.; S. Sica, Le responsabilità civili, in Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione, a cura di E. Tosi, Milano, 2003, p. 267 ss.; R. Bocchini, La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico. Contributo allo studio dell'illecito plurisoggettivo permanente, Napoli, 2003, passim, in part. p. 123 ss.; Id., La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti, in Giur. it., 2017, c. 632 ss.; T. Pasquino, Servizi telematici e criteri di responsabilità, Milano, 2003, passim; A. Pierucci, La responsabilità del provider per i contenuti illeciti della Rete, in Riv. crit. dir. priv., 2003, p. 143 ss.; M. Gambini, La responsabilità civile dell'*internet service provider*, Napoli, 2006, passim, in part. p. 227 ss.; G. Facci, La responsabilità dei providers, in Commercio elettronico, a cura di C. Rossello-G. Finocchiaro-E. Tosi, in Tratt. dir. priv., diretto da M. Bessone, Torino, 2007, p. 233

rizzi verso il chiarimento dei termini del problema e verso la sua riformulazione secondo moduli più rispettosi delle categorie e dei dispositivi tecnici che governano la responsabilità civile. La c.d. responsabilità dell'*internet service provider*² rappresenta un capitolo, ancorché assai significativo, del più ampio tema della responsabilità ai tempi di Internet³, all'interno del quale si è proposto di distinguere gli illeciti di Internet, gli illeciti contro Internet, e gli illeciti per mezzo di Internet⁴. L'opinione di gran lunga prevalente ravvisa nella disciplina giuridica degli *internet service provider* un complesso di regole di responsabilità volte ad escludere l'applicazione a questi ultimi di un regime troppo rigoroso, quale potrebbe essere quello di responsabilità oggettiva

ss.; M. De Cata, *La responsabilità civile dell'internet service provider*, Milano, 2010, passim, in part. p. 157 ss.; V. Franceschelli, Sul controllo preventivo del contenuto dei video immessi in rete e i provider. A proposito del caso Google/Vividown, in *Riv. dir. ind.*, 2010, p. 347 ss.; A. Mantelero, La responsabilità degli intermediari di rete nella giurisprudenza italiana alla luce del modello statunitense e di quello comunitario, in *Contratto impr. /Europa*, 2010, p. 529 ss.; E. Falletti, Internet e diritto d'autore, in *Digesto disc. priv., sez. civ., Agg. V*, Torino, 2010, p. 797 ss.; P. Sammarco, La posizione dell'intermediario tra l'estraneità ai contenuti trasmessi e l'effettiva conoscenza dell'illecito: un'analisi comparata tra Spagna, Francia e regolamentazione comunitaria, in *Dir. inf.*, 2011, p. 285 ss.; Al. di Majo, La responsabilità del provider tra prevenzione e rimozione, in *Corr. giur.*, 2012, p. 551 ss.; R. D'Arrigo, Recenti sviluppi in tema di responsabilità degli *internet service providers*, Milano, 2012, passim, in part. p. 18 ss.; A. Montanari, Contratto di AdWords e profili di responsabilità. Osservazioni a margine di Corte di giustizia 23 marzo 2010, cause riunite da C-236/08 a C-238/08, in *Dir. comm. int.*, 2011, p. 524 ss.; Id., Prime impressioni sul caso SABAM c. Netlog NV: gli *internet service provider* e la tutela del diritto d'autore online, in *Dir. comm. int.*, 2012, p. 1082 ss.; M. Ricolfi, Contraffazione di marchio e responsabilità degli *internet service providers*, in *Dir. ind.*, 2013, p. 237 ss.; G. Giannone Codiglione, *Opere dell'ingegno e modelli di tutela. Regole proprietarie e soluzioni convenzionali*, Torino, 2017, p. 185 ss.

² Per un'analisi comparata del tema cfr. AA.VV., *Secondary Liability of Internet Service Providers*, a cura di G.B. Dinwoodie, Cham, 2017, *passim*.

³ Al tema ha dedicato uno studio apposito DI CIOMMO, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, cit., p. 165 ss.

⁴ Cfr. S. Magni-S.M. Spolidoro, La responsabilità degli operatori in Internet: profili interni e internazionali, in *Dir. inf.*, 1997, p. 61 ss.; Zeno Zencovich, I rapporti tra responsabilità civile e responsabilità penale nelle comunicazioni in Internet: riflessioni preliminari, cit., p. 1053 ss.; De Cata, *La responsabilità civile dell'Internet service provider*, cit., p. 29 ss. Si è soliti includere tra gli illeciti di Internet quelli commessi dai soggetti che a vario titolo consentono all'accesso alla rete, ne definiscono i protocolli, attribuiscono gli indirizzi IP e tra di essi vanno inclusi anche quelli perpetrati dai providers nei confronti degli utilizzatori, quali i comportamenti discriminatori o la fissazione di tariffe eccessive o sottocosto. Non di rado questi illeciti rientrano nel diritto antitrust o nell'ambito delle fattispecie di concorrenza sleale. Si designano, invece, illeciti contro Internet quelle condotte che danneggiano la rete e i suoi operatori e vi rientrano: le violazioni attuate mediante la propagazione di virus, di worms, di spywares; il "bombardamento" di un server per determinarne la paralisi; gli atti di pirateria informatica hacking finalizzati a compiere accessi illeciti, alterazioni e distruzione di dati custoditi o anche soltanto veicolati nelle rete; violazione delle norme sulle firme elettroniche etc. In altri termini, si tratta di illeciti che si compiono e si strutturano interamente all'interno della rete e anzi questo profilo integra un loro elemento costitutivo. Da questi ultimi vanno, quindi, distinti gli illeciti per mezzo di Internet, i quali sono comportamenti caratterizzati dalla violazione di altrui prerogative protette e attuabili anche al di fuori di Internet, di cui quest'ultimo diviene, quindi, uno strumento che ne facilita il compimento o ne incrementa il tasso di verifica. Vanno inclusi in questa categoria le violazioni dei diritti della persona, del diritto d'autore, del diritto industriale, delle norme a tutela della concorrenza.

per attività d'impresa oppure quello para-oggettivo della responsabilità per attività pericolose⁵, così da scongiurare il rischio di disincentivare gli operatori economici dal prestare i servizi di intermediazione, assolutamente essenziali per il funzionamento della rete, oppure di sospingerli a investire in mercati diversi da quello europeo perché più allettanti anche grazie al trattamento giuridico meno severo⁶. Non deve destare stupore, quindi, se una delle piegature più frequenti del discorso sulla responsabilità degli intermediari sia quella dell'analisi economica del diritto: il criterio degli incentivi e dei disincentivi e la logica dell'underdeterrence e dell'overdeterrence campeggiano in molte analisi, specie nordamericane⁷, e una delle osservazioni più frequenti si appunta sulla concentrazione del mercato in un oligopolio destinata a essere prodotta da un regime troppo severo di responsabilità, che inevitabilmente porterebbe a espellere dal mercato i providers meno solidi dal punto di vista economico, come tale non in grado di sopportare i costi di un sistema capillare di prevenzione degli illeciti oppure di un allargamento del fronte dei risarcimenti dovuti⁸. I riflessi della creazione di un oligopolio si proietterebbero in varie direzioni: non soltanto in quella della qualità e della varietà dell'offerta, ma anche in quella della riduzione del pluralismo in rete sotto il profilo tanto della diminuzione degli spazi di esercizio della libertà di espressione del pensiero, di comunicazione e di informazione, quanto del rischio di censura collegato all'intensificazione delle operazioni di filtraggio dei contenuti⁹. Il timore fortemente avvertito è che esaltando la figura dei provider in sede di regolazione della rete si finisca inevitabilmente per approdare a un regime di responsabilità troppo severo: o perché fondato sulla colpa ma ancorato a doveri gravosi di setacciamento delle informazioni e dei contenuti trasmessi o memorizzati o perché incentrato sul meccanismo tipologico che imputa una determinata categoria di danni - in questo caso: quelli cagionati servendosi delle infrastrutture della rete - agli intermediari a titolo di responsabilità oggettiva in ragione della circostanza che essi occupano la posizione migliore per ridurre il tasso di verifica di quel tipo di danni, investendo in prevenzione. In entrambi gli scenari è concreto il rischio di far gravare sugli intermediari una posizione di garanzia rispetto alle violazioni dei diritti patrimoniali e non patrimoniali compiute nella rete, se non addirittura di dare vita a un regime degli

⁵ Così NIVARRA, *La responsabilità degli intermediari*, cit., p. 312.

⁶ Cfr., *ex multis*, R. BOCCHINI, *La responsabilità extracontrattuale del provider*, in *Manuale di diritto dell'informatica*, a cura di D. Valentino, Napoli, 2016, p. 540 ss.; ID., *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti*, cit., c. 634; TOSI, *Responsabilità civile per il fatto illecito degli Internet Service Provider tra tipizzazione normativa ed evoluzione tecnologica: peculiarità e criticità del regime applicabile alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti di terzi*, cit., par. 4; RICOLFI, *Contraffazione di marchio e responsabilità degli internet service providers*, cit., p. 238; D'ARRIGO, *Recenti sviluppi in tema di responsabilità degli Internet Service Providers*, cit., p.18 ss., in part. 20; GAMBINI, *La responsabilità civile dell'Internet service provider*, cit., p. 33; M. TESCARO, *La responsabilità dell'internet provider nel d.lgs. n. 70/2003*, in *La resp. civ.*, 2010, p. 167.

⁷ M. SCHRUERS, *The History and Economics of ISP Liability for Third party Content*, in *88 Virginia L.Rev.* 2002, p. 205 ss..

⁸ M. BELLIA-G.A.M. BELLOMO-M. MAZZONCINI, *La responsabilità civile dell'Internet Service Provider per violazioni del diritto d'autore*, in *Dir. ind.*, 2012, pp. 352-354.

⁹ Cfr. ancora BELLIA-BELLOMO-MAZZONCINI, *La responsabilità civile dell'Internet Service Provider per violazioni del diritto d'autore*, cit., p. 353.

intermediari che ben si potrebbe battezzare "responsabilità giuridica dei sicofanti"¹⁰. Alcuni di questi timori sembrano francamente eccessivi, specie l'affermazione, divenuta una sorta di refrain, secondo cui alla base dell'introduzione di una disciplina specifica degli intermediari si agita l'esigenza di evitare l'applicazione a questi ultimi del regime rigoroso della responsabilità oggettiva d'impresa¹¹: eccessivi per lo meno se si vuole rimanere fedeli alle coordinate dei sistemi giuridici di civil law, e certamente di quello italiano, che, nonostante il superamento del dogma jheringhiano ohne Schuld keine Haftung¹², esigono ciononostante una previsione normativa per l'instaurazione di una regola di responsabilità oggettiva, in conseguenza della natura tipologica di questa forma di imputazione dei danni, al limite estesa per via analogica a casi diversi fatti emergere dall'evoluzione dei rapporti sociali¹³.

Il punto di vista offerto dalla riflessione sulla posizione giuridica degli intermediari nel diritto privato europeo porta un numero sempre crescente di osservatori ad allargare il fuoco al tema, ben più impegnativo, dell'opportunità di modernizzare il diritto d'autore, sul modello delle recenti esperienze canadese e inglese, al fine di allentare la logica proprietaria per venire incontro – con un atteggiamento giusrealistico, se non addirittura smaccatamente sociologico – al comune sentire degli utenti di internet sempre più insofferente alle bardature prodotte dall'impostazione tradizionale del diritto d'autore, per intenderci quella che si è sviluppata in

¹⁰ È diffuso in letteratura il *caveat* sull'inopportunità di trasformare i *provider* nei guardiani della rete o in giudici dei conflitti che ivi sorgono. In maniera del tutto condivisibile RICOLFI, *Contraffazione di marchio e responsabilità degli internet service providers*, cit., p. 240 ritiene che scongiurare un tale approdo sia proprio la *ratio* principale della disciplina europea degli *Internet service provider*: «La disciplina europea si basa su di una scelta fondamentale: se l'ambiente *online* offre occasioni senza precedenti per la violazione di diritti privati e, fra di questi, dei diritti di proprietà intellettuale e di marchio, l'onere di operare come "poliziotti della rete" deve far capo ai titolari dei diritti violati e non può essere ribaltato sui *provider*».

¹¹ Cfr., per tutti, Trib. Roma, sez. spec. proprietà ind. e int., ord., 11 luglio 2011, in *Riv. dir. ind.*, 2012, II, p. 37 ss., in part. 41, il quale ritiene che «la limitazione di responsabilità introdotta a beneficio degli ISP è principalmente volta ad evitare l'introduzione di una nuova ipotesi di responsabilità oggettiva non legislativamente tipizzata o quantomeno l'ipotesi di una compartecipazione dei *providers* ai contenuti illeciti veicolati da terzi utilizzando il servizio di connettività da essi fornito».

¹² R. VON JHERING, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht* 1867, in *Vermischte Schriften juristischen Inhalts*, Leipzig, 1879, p. 155 ss., in part. 163.

¹³ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, Milano, 2006, p. 275 ss., in part. p. 347 ss., il quale osserva che la contrarietà all'estensione analogica delle fattispecie legislative di responsabilità oggettiva è alimentata dal pregiudizio che considera quest'ultima eccezionale rispetto alla responsabilità per colpa; mentre «la responsabilità oggettiva costituisce un modello alternativo di responsabilità, in quanto non si limita ad essere responsabilità nonostante l'assenza di colpa ma è responsabilità in base a un criterio di imputazione diverso, come in particolare dimostra la vicenda storica della responsabilità extracontrattuale nella quale solo in un contesto tutto impregnato dell'assioma "senza colpa nessuna responsabilità" la responsabilità oggettiva ha potuto essere pensata come eccezione alla colpa».

ambiente analogico¹⁴. Il tema è enorme e andrebbe affrontato con maggiore serietà, il che non è possibile in questa sede.

A sostegno della veduta della disciplina degli intermediari in termini di responsabilità e, per di più, di un regime di favore, si fa anche notare che la dottrina è solita evidenziare¹⁵ che all'emergere di un nuovo scenario economico, qual è certamente il commercio elettronico, e al formarsi di nuovi mercati si avverte l'opportunità di privilegiare il criterio soggettivo di imputazione della colpa piuttosto che quello più rigoroso di natura oggettiva, particolarmente diffuso nel campo della responsabilità d'impresa, e ciò in quanto, instaurando un regime più mite, l'imputazione colposa finisce per favorire l'iniziativa economica nella fase di decollo dell'attività nei mercati nascenti¹⁶. Una delle funzioni principali della disciplina europea sugli intermediari di internet viene individuata proprio nel ritagliare un'area di irresponsabilità oltre la quale tornano ad operare le regole della responsabilità civile per colpa, giacché qui l'alternativa non è tra irresponsabilità e responsabilità per colpa, dato che nessuno dubita che una qualche forma di rispondenza debba gravare sui provider, ma tra responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva¹⁷. E, d'altro canto, anche la dottrina penalistica che si è occupata del tema ha riconosciuto che la disciplina europea degli intermediari non delinea una fattispecie speciale di responsabilità, ma si preoccupa di limitare i presupposti di una responsabilità fondata sulle norme generali¹⁸.

La valutazione della normativa sugli *internet service provider* come un segmento significativo della disciplina del mercato è senza alcun dubbio corretta e altrettanto si può dire del rilievo secondo cui uno degli obiettivi del legislatore europeo sia quello di affrancare gli intermediari dall'applicazione, magari per via analogica, di regimi di responsabilità particolarmente severi come quello del produttore per i danni provocati dai prodotti difettosi. E, tuttavia, la fondatezza di queste considerazioni non impone affatto di considerare la disciplina degli intermediari in internet come un particolare regime di responsabilità o, per meglio dire, come uno

¹⁴ Cfr. A. BERTONI-M.L. MONTAGNANI, *La modernizzazione del diritto d'autore e il ruolo degli intermediari internet quali propulsori delle attività creative in rete*, in *Dir. inf.*, 2015, p. 111 ss.; ma già ID., *Il ruolo degli intermediari Internet tra tutela del diritto d'autore e valorizzazione della creatività in rete*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 537 ss.

¹⁵ G. PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992, p. 54.

¹⁶ BOCCHINI, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico*, cit., p. 9 ss.; ID., *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti*, cit., c. 636.

¹⁷ BOCCHINI, *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti*, cit., c. 636.

¹⁸ S. SEMINARA, *Internetdiritto penale*, in *Enc. dir.*, Annali VII, Milano, 2014, p. 592: «l'assenza di specifici precetti induce a ritenere che esse [le deroghe alla responsabilità previste dagli artt. 14 e ss. d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70 in attuazione degli art. 12 e ss. dir. 00/31: *n.d.a.*] si allineano alle altre norme dell'ordinamento giuridico: lungi dall'introdurre nuovi obblighi o nuove forme di responsabilità, le disposizioni in esame mirano semplicemente a limitare i presupposti di una responsabilità fondata sulle norme "comuni" del diritto civile e penale, fungendo così da filtro selettivo sul piano della tipicità di queste ultime». Da tale premessa sistematica, S. ricava due conseguenze: *a* le disposizioni del d.lgs. 70/2003 non delineano alcuna fattispecie incriminatrice a carico degli intermediari; *b* l'eventuale inapplicabilità delle deroghe del d.lgs. 70/2003 non determina di per sé la responsabilità degli intermediari, bensì la riesplorazione dei principi comuni, il che non esclude, quindi, che la responsabilità possa essere comunque esclusa per altra via.

speciale regime di esclusione della responsabilità. Come si tenterà di dimostrare nel prosieguo, la prospettiva della responsabilità è angusta perché non offre l'orizzonte di senso migliore per comprendere il trattamento giuridico degli *internet service provider*, favorendo anzi equivoci e distorsioni. Ciò non equivale ad affermare che le norme sugli intermediari non abbiano nulla a che vedere con la responsabilità: ce l'hanno eccome, ma in via secondaria, come conseguenza di una disciplina che mira in via principale a tracciare i contorni della sfera di liceità di azione degli intermediari piuttosto che a rimuovere pregiudizi. Non è, quindi, l'imputazione dei danni collegati all'attività dannosa posta in essere dagli utenti della rete la chiave di lettura migliore per costruire un coerente sistema di norme finalizzate a regolare l'attività degli *internet service provider*.

Va riconosciuto che un contributo notevole a intorbidire le acque intorno alla posizione degli *internet service provider* per violazione dei diritti in rete, specie dei diritti di proprietà intellettuale, proviene innanzitutto dal quadro normativo di riferimento. Com'è noto, la materia è stata oggetto di una disciplina europea di armonizzazione che ha preso le mosse, innanzitutto, dalla dir. 00/31/CE del 8 giugno 2000 su taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno, meglio nota come direttiva sul commercio elettronico¹⁹. La direttiva ha un contenuto variegato che abbraccia la disciplina dei contratti conclusi per via elettronica e le regole da applicare ai prestatori di servizi che operano come intermediari in Internet, il che rende assai bene la centralità riconosciuta nell'attuale economia dell'informazione agli *internet service provider* e la delicatezza del problema del bilanciamento tra l'interesse generale al potenziamento della rete e delle relazioni in essa intrecciate, preservando quanto più possibile le caratteristiche originarie di Internet come spazio di libertà di espressione, di comunicazione e di intrapresa economica²⁰, con l'interesse ad assicurare la salvaguardia dei diritti patrimoniali e non che online vedono acuite le possibilità di lesione. La delicatezza del temperamento è accentuata dalla natura fondamentale degli interessi contrapposti, perché tali sono sia la libertà di espressione e di informazione art. 11 Carta dei diritti fondamentali, sia la libertà di impresa art. 16 Carta dei diritti fondamentali, sia il diritto di proprietà intellettuale art. 17, comma 2, Carta dei diritti fondamentali, sia ancora il diritto alla riservatezza art. 7 Carta dei diritti fondamentali e quello alla protezione dei dati personali art. 8 Carta dei diritti fondamentali. Senza dimenticare che nell'inquadramento giuridico di Internet nell'ordinamento giuridico italiano assume centralità la libertà di comunicazione: sia quella tra soggetti determinati riconosciuta dall'art. 15 Cost., sia quella rivolta a soggetti indeterminati e fungibili sancita dall'art. 21 Cost.²¹.

¹⁹ Cfr. U. DRAETTA, *Internet e commercio elettronico*, Milano, 2001, *passim*.

²⁰ Sull'inquadramento costituzionale di Internet cfr. F. DONATI, *Internet diritto costituzionale*, in *Enc. dir.*, Annali VII, Milano, 2014, p. 532 ss.; P. COSTANZO, *Internet diritto pubblico*, in *Digesto disc. pubbl.*, Agg. I, Torino, 2000, p. 347 ss.; M. OROFINO, *L'inquadramento costituzionale del web 2.0: da nuovo mezzo di per la libertà di espressione a presupposto per l'esercizio di una pluralità di diritti costituzionali*, in AAVV., *Da Internet ai Social Network. Il diritto di ricevere e comunicare informazioni e idee*, coord. da D. Diverio-M. Orofino, Santarcangelo di Romagna, 2013, p. 33 ss.

²¹ DONATI, *Internet diritto costituzionale*, cit., p. 532 ss.

Per quanto concerne la posizione giuridica degli intermediari, ne va innanzitutto sottolineato il ruolo cruciale nel quadro del funzionamento della rete in quanto essi ne supportano le necessarie tecnologie, assolvendo a una funzione che, dal punto di vista sia tecnologico sia economico, risulta cruciale nello sviluppo delle relazioni online, e in particolare del commercio elettronico²². Tale ruolo di snodo imprescindibile nel sistema delle comunicazioni in rete influisce sull'inquadramento giuridico della loro posizione, specie nei confronti dei terzi lesi o pregiudicati nelle proprie posizioni sostanziali dall'azione illecita o abusiva di altri utenti della rete, tanto più alla luce della riconosciuta funzione di utilità sociale svolta da Internet²³, legata non più soltanto all'esplicazione della libertà fondamentale di comunicazione ma anche all'esercizio di molti altri diritti fondamentali²⁴, quali, ad es., i diritti politici o il diritto alla salute²⁵. Non può, dunque, stupire che, nell'arduo tentativo di realizzare un equilibrio acconcio di tutti gli interessi coinvolti dalla diffusione di internet e dall'espansione della attività sociali e economiche che in tale ambiente sorgono e si sviluppano pressoché integralmente, la disciplina riservata agli intermediari venga giudicata sostanzialmente premiale²⁶.

A tal riguardo, il legislatore europeo ravvisa nella difformità dei diritti nazionali sul punto un fattore che ostacola il buon funzionamento del mercato interno, con particolare riguardo allo sviluppo dei servizi della società dell'informazione di carattere transnazionale e alla distorsione della concorrenza. In questo quadro, rientra anche l'obiettivo di contrastare le attività illecite svolte in rete mediante la predisposizione di «sistemi rapidi e affidabili idonei a rimuovere le informazioni illecite e a disabilitare l'accesso alle medesime»²⁷. In difformità rispetto a premesse così tanto chiare sulla ratio dell'intervento normativo, la dir. 00/31 imbecca la via dell'inquadramento delle prestazioni degli *internet service provider* all'interno della logica della responsabilità. Ed è proprio questa scelta, verosimilmente influenzata dall'approccio al tema del Digital Millennium Copyright Act statunitense del 1998DMCA²⁸ – com'è noto incentrato sul sistema delle exemptions del § 512b2B, autentico architrave del sistema Mechanics of Sa-

²² TOSI, *Responsabilità civile per il fatto illecito degli Internet Service Provider tra tipizzazione normativa ed evoluzione tecnologica: peculiarità e criticità del regime applicabile alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti di terzi*, cit., par. 3.

²³ Cfr. G. PASCUCCI, *Internetdiritto civile*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, Agg. I, Torino, 2000, p. 225 ss.; F. DI CIOMMO, *Internet e crisi del diritto privato: tra globalizzazione, dematerializzazione e anonimato virtuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 117 ss. Per una panoramica sulle principali questioni civilistiche sollevate da Internet cfr. AA.VV., *Internet e diritto civile*, a cura di C. Perlingieri-L. Ruggeri, Napoli, 2015, *passim* e con riferimento ai problemi di responsabilità p. 309 ss.

²⁴ Sul punto cfr. M. BETZU, *Regolare internet. Le libertà fondamentali di informazione e di comunicazione nell'era digitale*, Torino, 2012, *passim*, in part. p. 77 ss. e, per quanto concerne i problemi di tutela della proprietà intellettuale, p. 157 ss.

²⁵ Si allude al fenomeno della telemedicina.

²⁶ NIVARRA, *La responsabilità degli intermediari*, cit., p. 311, p. 314.

²⁷ Considerando n. 40.

²⁸ Sul punto cfr. R. PETRUSO, *Responsabilità degli intermediari di internet e nuovi obblighi di conformazione: robo-takedown, policy of termination, notice and take steps*, in *Europa dir. priv.*, 2017, p. 451 ss.; ma v. già ID., *Fatto illecito degli intermediari tecnici della rete e diritto d'autore: un'indagine di diritto comparato*, *ivi*, 2012, p. 1175 ss.; ID., *La responsabilità degli e-providers nella prospettiva comparatistica*, *ivi*, 2011, p. 1107 ss.

fe Harbor²⁹ – che sta all’origine delle distorsioni di prospettiva che in larga misura affliggono l’impostazione del tema. La sezione 4 della dir. 00/31 è stata, infatti, intitolata alla responsabilità dei prestatori intermediari e i successivi artt. 12, 13 e 14 fissano le condizioni sotto le quali questi ultimi non possono essere chiamati a rispondere dell’eventuale illiceità delle informazioni trasmesse. Tali condizioni mutano a seconda della tipologia del servizio offerto: accesso alla rete e mero trasporto delle informazioni; memorizzazione automatica, intermedia e temporanea delle informazioni; memorizzazione duratura delle informazioni fornite dal destinatario del servizio hosting. La sezione si chiude con l’esclusione da parte dell’art. 15 tanto di un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni trasmesse o memorizzate in capo all’intermediario quanto di un obbligo generale di quest’ultimo di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite. L’impostazione della dir. 00/31 è chiarita dal considerando 42, il quale ravvisa nelle previsioni degli artt. 12-14 altrettante “deroghe alla responsabilità” che si giustificano in presenza di attività degli intermediari circoscritte al compimento di un mero processo tecnico, automatico e passivo, che può consistere ora nell’attivazione o nella fornitura di accesso a una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni trattate in maniera illecita; ora nella memorizzazione temporanea di tali informazioni, anche laddove siano state compiute nel corso della trasmissione manipolazioni di carattere tecnico ove esse non alterino l’integrità dell’informazione; ora nella memorizzazione duratura delle informazioni. La categoria fondamentale su cui si impernia la normativa europea è, dunque, quella dell’esclusione della responsabilità e l’impostazione della dir. 00/31 sembra ricalcare – lo si è anticipato - il concetto di Safe Harbor su cui ruota il § 512 DMCA. Come si avrà modo di chiarire nel prosieguo, questa prospettiva si presenta sotto più profili fallace, non foss’altro per la ragione che, se così fosse, allora ne dovrebbe conseguire che, in assenza delle condizioni di cui agli artt. 12-14 dir. 00/31, si dovrebbe dispiegare la responsabilità degli intermediari, il che non è affatto detto³¹. La disciplina europea non sembra ricalcare gli stilemi tipici degli elementi negativi della responsabilità civile, propri delle c.d. scriminanti o cause di giustificazione³². In altri termini, qui

²⁹ Per una valutazione critica della disciplina statunitense cfr. A. HASSANABADI, *Viacom v. YouTube – All Eyes Blind. The Limits of the DMCA in a Web 2.0 World*, in *26 Berkeley Tech. L.J.* 2011, p. 405 ss., in part. p. 412 ss.

³⁰ È il tipo di prestazione offerta dall’intermediario quando consente ai clienti di costituire di *mailing list* e *newsgroup*: cfr. D’ARRIGO, *Recenti sviluppi in tema di responsabilità degli Internet Service Providers*, cit., p. 26 ss., il quale reputa che i tre caratteri della memorizzazione delle informazioni, ossia di tipo automatico, intermedio e temporaneo, debbano concorrere. La prestazione di *caching* presuppone, quindi, che la memorizzazione delle informazioni avvenga senza l’intervento dell’operatore, sia funzionale esclusivamente al successivo inoltramento ad altri destinatari a loro richiesta, rivesta carattere transitorio perché limitata al tempo tecnicamente necessario a tale inoltramento. NIVARRA, *La responsabilità degli intermediari*, cit., pp. 309-310 sottolinea come la prestazione di *caching* sia un utile espediente tecnico grazie al quale è possibile trasmettere il materiale richiesto senza dover ripassare dalla fonte originaria.

³¹ Nello stesso senso v. RICOLFI, *Contraffazione di marchio e responsabilità degli internet service providers*, cit., p. 239.

³² Sul punto cfr. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 17 ss. Mi sono occupato del tema in F. PIRAINO, *«Ingiustizia del danno» e anti-giuridicità*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 703 ss. Con specifico riferimento

non sembrano delineate fattispecie caratterizzate dalla sussistenza di tutti gli elementi della responsabilità civile ma nella quali essa non ricorre a causa della presenza di una circostanza di contesto che rende iniqua l'imputazione della responsabilità. Gli artt. 12 e ss. dir. 00/31 sembrano piuttosto tracciare delle sfere di liceità di azione a favore degli *internet service provider* che escludono in radice la possibilità di contestarne le relative condotte e di considerarli in qualunque modo compartecipi dell'illecito perpetrato in rete dagli utenti che si avvalgono dei loro servizi di intermediazione. Deve essere chiaro sin da subito infatti che, salva l'ipotesi del fatto illecito del content provider, al quale si applicano le comuni regole di responsabilità³³ per fatto proprio tipiche dell'autoria³⁴, la gran parte della casistica europea e nazionale riguarda la possibilità di prefigurare il concorso dell'intermediario nell'illecito commesso dall'utente. Ed è proprio questa la prospettiva adottata dagli artt. 12 e ss. dir. 00/31, ma il quadro normativo non sarebbe completo senza le norme europee sulla protezione del diritto d'autore e dei diritti di proprietà intellettuale, come d'altro canto chiarito dal considerando 50 della dir. 00/31. L'art. 3 dir. 01/29/CE, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, riconosce all'autore il diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi comunicazione, su filo o senza filo, delle proprie opere, compresa la messa a disposizione del pubblico in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento individualmente prescelti. L'art. 8, par. 1, dir. 01/29 impone agli Stati membri di prevedere adeguate sanzioni e mezzi di ricorso contro le violazioni dei diritti d'autore e, in particolare, di assicurare che le prime risultino efficaci, proporzionate e dissuasive; mentre la medesima disposizione, al par. 3, accorda agli autori il diritto di domandare un provvedimento inibitorio nei confronti degli intermediari i cui servizi siano utilizzati da terzi per violare un diritto d'autore o diritti connessi. E, infatti, il considerando 59 riconosce che in ambito digitale i servizi degli intermediari sono sempre più utilizzati da terzi per il compimento di attività illecite e che, in molti casi, proprio gli intermediari si rivelano i soggetti più idonei a porre fine agli illeciti. L'art. 3 dir. 04/48/CE, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, affida agli Stati membri l'individuazione di misure, procedure e mezzi di ricorso a tutela dei diritti di proprietà intellettuale leali, equi, non inutilmente complessi o costosi e tali da non comportare termini irragionevoli né ritardi ingiustificati, precisando altresì che essi debbano essere anche effettivi, proporzionati e dissuasivi, nonché applicati in maniera tale da scongiurare la creazione di ostacoli al commercio legittimo e da prevedere salvaguardie contro gli abusi. Inoltre l'art. 9 dir. 04/48 accorda al titolare del diritto di proprietà intellettuale, tanto nei confronti dell'autore

alla scriminante dello stato di necessità cfr. di recente L. NONNE, *Contributo ad una rilettura dell'art. 2045 c.c. Fattispecie e disciplina*, in *Giust. civ.*, 2017, p. 435 ss.; e anche ID., *Profili critici dello stato di necessità nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 582 ss.

³³ In tal senso v. di recente Trib. Roma, sez. spec. in materia di impresa, 5 ottobre 2016, in *Dir. ind.*, 2017, p. 61 ss., con commento di R. PANETTA, *La responsabilità civile degli internet service provider e la tutela del diritto d'autore*.

³⁴ Cfr. NIVARRA, *La responsabilità degli intermediari*, cit., p. 307; TOSI, *Responsabilità civile per il fatto illecito degli Internet Service Provider tra tipizzazione normativa ed evoluzione tecnologica: peculiarità e criticità del regime applicabile alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti di terzi*, cit., par. 5.

della violazione quanto nei confronti dell'intermediario i cui servizi siano utilizzati da terzi per compiere violazioni, un'ingiunzione interlocutoria finalizzata a prevenire la lesione imminente dei diritti di proprietà intellettuale o a vietarne la reiterazione, anche grazie a un presidio di pene pecuniarie per ogni successiva violazione. Infine l'art. 11 impone agli Stati membri di prevedere che l'autorità giudiziaria possa emettere nei confronti dell'autore della violazione della proprietà intellettuale un'ingiunzione diretta a vietare la prosecuzione dell'attività illecita e che tale ingiunzione possa essere indirizzata anche nei confronti degli intermediari i cui servizi sono utilizzati da terzi per violare un diritto di proprietà intellettuale.

Ancorché la protezione del diritto d'autore abbia conquistato la ribalta, non si deve dimenticare che in rete sono immesse, vengono ospitate e circolano informazioni di ogni genere, alcune delle quale espongono a pregiudizio profili della persona³⁵, e, pertanto, il quadro normativo sull'attività degli intermediari andrebbe completato con le disposizioni a tutela della persona con riferimento al trattamento dei dati personali contenute nelle dir. 95/46 CE e 02/58/CE, e ora ridefinite dal reg. 2016/679 del 27 aprile 2016, regolamento generale sulla protezione dei dati personali³⁶. Non andrebbe trascurato, infatti, che l'imposizione agli *internet service provider* di un dovere generale e generalizzato di sorveglianza per prevenire o per contrastare le condotte illecite degli utenti finirebbe non soltanto per comprimere la libertà di informazione e di comunicazione dei fruitori di internet, ma anche per violare le regole poste a presidio delle informazioni di carattere personale su questi ultimi.

Dall'assetto normativo attuale emerge con una certa chiarezza che l'obiettivo del legislatore non sia tanto quello di delineare, sebbene in negativo, un complesso di regole di responsabilità civile per gli *internet service provider*, adottando la prospettiva, a dire il vero piuttosto insolita, della formalizzazione di presupposti dell'esonero dalla responsabilità, quanto piuttosto quello di fissare con certezza quella sfera di liceità di azione, nel cui ambito i servizi effettuati non espongono gli *internet service provider* ad alcun appunto di anti-giuridicità rispetto agli eventuali illeciti commessi dagli utenti in termini sia di pura illiceità, che legittima il ricorso a misure

³⁵ NIVARRA, *La responsabilità degli intermediari*, cit., pp. 307-308.

³⁶ Per un commento a prima lettura del Reg. 2016/679 cfr. F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo, Torino, 2016, *passim*, in part. p. 147 ss.; C. BISTOLFI-L. BOLOGNINI-E. PELINO, *Il Regolamento Privacy europeo*. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali, Milano, 2016, *passim*; AA.VV., *La nuova disciplina europea della privacy*, a cura di S. Sica-V. D'Antonio-G.M. Riccio, Padova, 2016, *passim*; ma anche G. FINOCCHIARO, *Introduzione al Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 1 ss.; A. MANTELERO, *Responsabilità e rischio nel Reg. UE 2016/679*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 144 ss.; M. GRANIERI, *Il trattamento di categorie particolari di dati personali nel Reg. UE 2016/679*, *ivi*, 2017, p. 165 ss.; A. THIENE, *Segretezza e riappropriazione di informazioni di carattere personale: riserbo e oblio nel nuovo Regolamento europeo*, *ivi*, 2017, p. 410 ss.; F. PIRAINO, *Il Regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, *ivi*, 2017, p. 369 ss.; M.G. STANZIONE, *Il regolamento europeo sulla privacy: origini e ambito di applicazione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2016, p. 1249 ss.; A. RICCI, *Sulla «funzione sociale» del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contr. e impr.*, 2017, 586 ss. Sul problema cruciale della protezione dell'individuo contro i *big data* cfr. A. SORO, *Big data e privacy. La nuova geografia dei poteri*, in *Osservatorio dir. civ. e comm.*, 2017; G. PALAZZOLO, *La banca dati e le sue implicazioni civilistiche in tema di cessione e deposito alla luce del reg. UE n. 2016/679*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 613 ss.

inibitorie, sia di responsabilità, che fonda l'azione di risarcimento del danno³⁷. D'altro canto, gli artt. 12 e ss. dir. 00/31 concorrono a comporre un tassello fondamentale della disciplina del mercato, quel tassello rappresentato dalla regolazione del mercato digitale, e tale direzione funzionale della direttiva sul commercio elettronico è dichiarata in forma programmatica nel considerando 40. Come in ogni intervento normativo che miri in via diretta e principale alla regolazione del mercato, anche qui si è innanzitutto perseguito l'obiettivo della certezza delle coordinate di comportamento che gli operatori devono o possono adottare, delineando regole di condotta relative all'attività negoziale dei professionisti che forniscono servizi della società dell'informazione e fissando un perimetro d'azione al cui interno gli intermediari tra i professionisti e i destinatari dei loro servizi possono liberamente operare senza essere coinvolti nelle conseguenze delle attività o delle comunicazioni effettuate dagli uni e dagli altri. Sia chiaro – e lo si è anticipato – il mercato si può regolare, e in effetti lo si regola, anche mediante norme sulla responsabilità, ma questa strategia predilige le valutazioni ex post, lasciando un campo di libertà di azione agli agenti ma esponendoli alle conseguenze dannose delle loro condotte. La disciplina europea degli *internet service provider* ha, però, prediletto un'altra via: quella della fissazione di coordinate d'azione che forniscono agli operatori del mercato prescrizioni di condotta ex ante e che, ovviamente, se violate, innescano meccanismi rimediali, nei quali è incluso il risarcimento del danno conseguente all'accertamento della responsabilità.

L'elemento che caratterizza le diverse sfere di immunità³⁸ dalle conseguenze giuridiche delle attività svolte dagli utenti di internet mediante i servizi e le infrastrutture offerte dagli intermediari e che le accomuna consiste nel carattere di mero collegamento dell'attività svolta da questi ultimi. L'intermediario che si limiti a fornire l'accesso alla rete, il servizio di trasporto, quello di memorizzazione automatica, intermedia e temporanea e finanche quello di memorizzazione duratura di informazioni, fornite però dal destinatario e rispetto alle quali l'intermediario resta estraneo, pone in essere una gamma di servizi caratterizzati da neutralità. In altri termini, in ipotesi siffatte l'intermediario opera come un diffusore passivo di contenuti informativi immessi o predisposti dagli utenti e ciò giustifica sia il regime di immunità sia l'esclusione dell'obbligo generale e generalizzato di sorveglianza sulle informazioni veicolate. L'assenza di qualsiasi interferenza nelle informazioni immesse dagli utenti nonché di significative manipola-

³⁷ Sebbene ravvisi nella disciplina degli artt. 12 ss. un complesso di regole di responsabilità, in linea, d'altronde, con l'opinione dominante, MONTANARI, *Prime impressioni sul caso SABAM c. Netlog NV: gli Internet Service Provider e la tutela del diritto d'autore online*, cit., pp. 1085-1086 correttamente evidenzia che la normativa sugli intermediari si incentra sulla definizione dell'attività che il soggetto esercita piuttosto che sulla definizione del soggetto in sé.

³⁸ RICOLFI, *Contraffazione di marchio e responsabilità degli internet service providers*, cit., p. 239 precisa che si tratta comunque di sfere di immunità temporanee e, per di più, parziali e «tuttavia val probabilmente la pena impiegare lo stesso il termine un po' enfatico di "immunità" perché esso dopo tutto ben descrive il fine di aprire spazi di libertà a vantaggio degli operatori di rete».

zioni³⁹ rappresenta uno dei presupposti dell'architettura aperta e decentralizzata di Internet e solleva la questione fondamentale ed enorme della c.d. neutralità della rete⁴⁰.

Ovviamente – e lo si è anticipato – non tutte le prestazioni degli *internet service provider* rientrano nella categoria della diffusione passiva di informazioni fornite dagli utenti, poiché svariati servizi erogati nella rete presuppongono la comunicazione di informazioni e di contenuti predisposti direttamente dall'intermediario/content provider. Vi sono poi servizi di intermediazione di incerta collocazione quali i motori di ricerca⁴¹, i social network⁴² e gli aggregatori di contenuti di terzi, il cui regime giuridico dipende dal contenuto concreto dell'attività svolta dall'intermediario. E proprio a tal fine si è elaborata la coppia ISP attivi e ISP passivi, la quale dovrebbe fornire alla giurisprudenza dei criteri di inquadramento di queste figure che corrono sul crinale⁴³.

I termini del problema che si è soliti indicare con l'espressione “responsabilità degli *internet service provider*” possono essere così sintetizzati: il legislatore europeo ha sì introdotto una disciplina di armonizzazione dei diritti nazionali relativa agli intermediari, ma si è limitato a prendere in considerazione le prestazioni di servizio di natura squisitamente neutrale, ossia quelle nelle quali l'intermediario si limita a fungere da diffusore passivo di contenuti altrui: conduiti, caching, hosting. Escono, quindi, dal fuoco della disciplina europea, in maniera indiscutibile, le prestazioni dei content provider; mentre, in misura ben più problematica, quelle di motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti di terzi. La parte più significativa della giurisprudenza europea e nazionale sin qui formata in materia si è affaticata proprio sul terreno della riconduzione o meno di tali ultime prestazioni alla zona franca di immunità dalla compartecipazione agli illeciti commessi dagli utenti per i tramite dei servizi infrastrutturali forniti dal provider-diffusore passivo tracciata dagli artt. 12 ss. dir. 00/31. E la casistica svela che le violazioni più significative sulle quali è insorto contenzioso finalizzato a coinvolgere gli intermediari nell'attività illecita di coloro che a tal fine si sono serviti dei loro servizi riguardano i diritti di proprietà intellettuale e i segni distintivi. Ci si può legittimamente domandare quali

³⁹ In dottrina D'ARRIGO, *Recenti sviluppi in tema di responsabilità degli Internet Service Providers*, cit., p. 22 si fa notare, infatti, che anche il *provider* c.d. intermedio svolge comunque un certo ruolo attivo nella gestione e nello smistamento delle comunicazioni in transito, senza che ciò comporti, però, una compartecipazione nella definizione dei relativi contenuti. Addirittura l'art. 13 dir. 00/31 prevede che nella prestazione di *caching* l'intermediario possa aggiornare le informazioni temporaneamente memorizzate nel modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore senza essere esposto a contestazioni sull'illiceità della propria condotta.

⁴⁰ DONATI, *Internet diritto costituzionale*, cit., p. 535 ss.; nonché, in una prospettiva più specifica, R. BOCCHINI, *La centralità della qualità del servizio nel dibattito in tema di network neutrality*.

⁴¹ Sul punto v. ora G. GIANNONE CODIGLIONE, *I motori di ricerca*, in questa *Rivista*, 2017, in corso di pubblicazione, letto in anteprima grazie alla cortesia dell'autore.

⁴² In tema, in termini più generali, cfr. C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014, *passim*, in part. p. 66 ss. e, con specifico riguardo alla questione della responsabilità civile, cfr. G.M. RICCIO, *Social networks e responsabilità civile*, in *Dir. inf.*, 2010, p. 859 ss.

⁴³ Cfr. TOSI, *Responsabilità civile per il fatto illecito degli Internet Service Provider tra tipizzazione normativa ed evoluzione tecnologica: peculiarità e criticità del regime applicabile alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti di terzi*, cit., par. 3.

siano le ragioni che inducono specie i titolari di diritti di privativa su entità immateriali ad agire nei confronti degli intermediari in presenza di illeciti compiuti da utenti dei loro servizi. In primo luogo, va tenuto in considerazione il nodo dell'anonimato, che non di rado rende estremamente arduo individuare l'autore materiale della violazione del diritto di esclusiva sicché diviene giocoforza agire nei confronti dell'intermediario⁴⁴: il problema si pone principalmente nel contesto delle imputazioni penali, ma non è certo estraneo ai giudizi civili⁴⁵. In secondo luogo, non si possono trascurare le ragioni di strategia processuale che inducono ad agire non solo nei confronti dell'autore della violazione ma anche nei confronti dell'intermediario in quanto soggetto per lo più maggiormente solvibile, la deepest pocket, con l'obiettivo di assicurarsi i maggiori margini di tutela. Infine, non va sottovalutato l'atteggiamento recalcitrante che talvolta gli *internet service provider* oppongono alle richieste di cancellazione o di disabilitazione all'accesso delle informazioni che violano il contenuto dell'esclusiva del titolare del diritto di proprietà intellettuale oppure i diritti inviolabili della persona, il che sposta il contenzioso nei loro confronti: ora per ottenere il provvedimento inibitorio richiesto e rifiutato ora per domandare il risarcimento dei danni provocati dal perdurare della violazione ascrivibile all'inezia dell'intermediario.

2. Un ruolo cruciale nella definizione delle regole gravanti sull'intermediario, specie a fronte della violazione dei diritti di esclusiva degli autori, è giocato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, il che, d'altro canto, è ovvio in un sistema giuridico come quello europeo a impianto misto: in parte fondato sul diritto scritto, in parte judge made⁴⁶.

Col suo approccio pragmatico la Corte suggerisce un inquadramento della disciplina degli intermediari approssimativo, ma, per lo meno, non troppo distante dal vero. In *Google France SARL, Google Inc. c. Louis Vuitton*⁴⁷, meglio nota come caso AdWords, la Corte di giustizia ravvisa la ratio degli artt. 12 ss. dir. 00/31 nella limitazione delle «ipotesi in cui, conformemente al diritto nazionale applicabile in materia, può sorgere la responsabilità dei prestatori di servizi

⁴⁴ Sottolinea questo profilo D'ARRIGO, *Recenti sviluppi in tema di responsabilità degli Internet Service Providers*, cit., p. 4 ss.

⁴⁵ Cfr. al riguardo l'impostazione al tema data da RICOLFI, *Contraffazione di marchio e responsabilità degli internet service providers*, cit., pp. 237-238.

⁴⁶ Sia consentito il rinvio a F. PIRAINO, *L'inadempimento dello Stato all'obbligo di attuazione delle direttive europee e il problema del risarcimento del danno*, in *Europa dir. priv.*, 2012, p. 707 ss., in part. 715 ss.; ma v. anche C. CASTRONOVO, *La codificazione*, in *Manuale dir. priv. eur.*, a cura di C. Castronovo-S. Mazzamuto, I, Milano, 2007, p. 182.

⁴⁷ Corte giust., Grande sezione, 23 marzo 2010, cause riunite da C-236/08 a C-238/08 – *Google France SARL, Google Inc. c. Louis Vuitton Malletier SAC-236/08 e Google France SARL c. Viaticum SA, Luteciel SARL-237/08 e Google France SARL c. Centre national de recherche en relations humaines CNRRH SARL, Pierre-Alexis Thonet, Bruno Raboin, Tiger SARL-238/08*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1603 ss., con nota di M. RICOLFI, *Motori di ricerca, link sponsorizzati e diritto dei marchi: il caso Google di fronte alla Corte di giustizia*; in *Dir. inf.*, 2010, p. 707 ss., con nota di G. SPEDICATO, *La sottile linea di confine tra esclusiva sul segno e usi leciti: prime riflessioni sulla giurisprudenza comunitaria in materia di keyword advertising*; in *Dir. ind.*, 2010, p. 429 ss., con commento di M. TAVELLA-S. BONAVITA, *La Corte di Giustizia sul caso "AdWords": tra normativa marchi e commercio elettronico*; in *Dir. comm. int.*, 2011, p. 507 ss., con nota di A. MONTANARI, *Contratto di AdWords e profili di responsabilità. Osservazioni a margine di Corte di giustizia 23 marzo 2010, cause riunite da C-236/08 a C-238/08*.

intermediari»⁴⁸. La sentenza è interessante sotto più profili, primi tra tutti la portata del diritto di esclusiva legato al marchio e il perimetro degli usi leciti da parte di terzi, specie sotto forma dell'impiego di segni corrispondenti al marchio come parole chiave per la visualizzazione di link che rinviano a messaggi commerciali; ma, per limitarsi al problema che qui ci occupa, quello della posizione giuridica dell'internet provider, assume centralità l'orientamento assunto dalla corte sulla delimitazione dell'immunità garantita alla prestazione di hosting dall'art. 14 dir. 00/31. Quel che riveste maggior valore non è tanto la circoscrizione, oramai consolidata, della regola di esclusione della responsabilità alle prestazioni di memorizzazione delle informazioni fornite dal destinatario del servizio che si presentino meramente tecniche, automatiche e passive; quanto piuttosto la considerazione del servizio AdWords come non incompatibile con la fattispecie di hosting delineata dall'art. 14 dir. 00/31, e dunque con la relativa immunità. Com'è noto, AdWords è un servizio di posizionamento a pagamento che consente agli operatori economici interessati di ottenere la visualizzazione privilegiata⁴⁹ rispetto ai c.d. risultati naturali del motore di ricerca di un link pubblicitario, accompagnato da un breve messaggio commerciale, che indirizza verso il proprio sito e ciò grazie alla selezione da parte dell'inserzionista di una o più parole chiave o ideate da quest'ultimo o prescelte tra quelle suggerite da Google⁵⁰. La visualizzazione privilegiata si determina quando una di queste parole chiave coincida con quella immessa da un qualunque utente di internet nel motore di ricerca gestito da Google⁵¹. Secondo la Corte di giustizia, la natura corrispettiva del servizio reso, la predisposizione da parte di Google delle modalità di pagamento o la fornitura di informazioni di ordine generale ai clienti non impediscono di includere il servizio AdWords nella fattispecie di hosting di cui all'art. 14 dir. 00/31 e la ragione risiede nella circostanza che il servizio viene erogato mediante software sviluppati da Google, e dunque in maniera automatica. Tali software si limitano, infatti, a trat-

⁴⁸ Corte giust., Grande sezione, 23 marzo 2010, causa riunite da C-236/08 a C-238/08, cit., punto 107, la quale prosegue osservando che «È pertanto nell'ambito di tale diritto nazionale che vanno ricercati i requisiti per accertare una siffatta responsabilità, fermo restando però che, ai sensi della sezione 4 di tale direttiva [la 00/31CE *n.d.a.*], talune fattispecie non possono dar luogo a una responsabilità dei prestatori dei servizi intermediari».

⁴⁹ La visualizzazione privilegiata dipende dalla collocazione dei link e dei messaggi commerciali, la quale è distinta dai risultati ottenuti mediante l'algoritmo generale di funzionamento del motore di ricerca e collocata in evidenza o in cima alla pagina su uno sfondo diverso da quello dei risultati c.d. naturali o sul lato destro.

⁵⁰ Per la descrizione del funzionamento del servizio AdWords e di talune significative condizioni del relativo contratto di servizio cfr. MONTANARI, *Contratto di AdWords e profili di responsabilità. Osservazioni a margine di Corte di giustizia 23 marzo 2010, cause riunite da C-236/08 a C-238/08*, cit., pp. 524-525, p. 529 ss.

⁵¹ Il corrispettivo del servizio viene determinato in base al "prezzo massimo per click" che l'operatore si è dichiarato disposto a pagare al momento della conclusione del contratto di posizionamento e in ragione del numero di click che il suo link ha ricevuto da parte degli utenti di internet. Nel caso non infrequente che una medesima parola chiave venga selezionata da più inserzionisti, l'ordine della visualizzazione viene determinato dal prezzo massimo per click pagato, dal numero di selezioni che il link ha ricevuto in precedenza e dalla qualità dell'annuncio come valutata da Google. L'inserzionista può in qualunque momento tentare di migliorare la propria posizione, innalzando il prezzo massimo per click o migliorando la qualità del proprio annuncio commerciale.

tare i dati inseriti dagli inserzionisti⁵², il che non consente di ritenere che la società conosca o controlli le informazioni e i contenuti inseriti da questi ultimi e memorizzati sul suo server⁵³. L'unico spiraglio lasciato dalla Corte di giustizia al coinvolgimento di Google nella violazione dei diritti di esclusiva compiuta per il suo tramite dagli inserzionisti, oppure nella commissione di atti di concorrenza sleale, è legato all'eventualità – da accertare caso per caso – che Google abbia giocato un qualche ruolo attivo nella redazione del messaggio commerciale abbinato al link pubblicitario oppure nella determinazione e selezione delle parole chiave⁵⁴.

Vero e proprio leading case in materia di tutela del diritto d'autore contro le violazioni realizzate nella rete è la sentenza *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRLSABAM*⁵⁵ non tanto sotto il profilo dei confini della fattispecie di hosting di cui all'art. 14 dir. 00/31, non foss'altro perché la prestazione di intermediazione oggetto della controversia consisteva in un'attività di mero accesso ad internet, quanto piuttosto sul versante della portata dell'esclusione del dovere preventivo di sorveglianza sulle comunicazioni veicolate di cui all'art. 15 dir. 00/31, che – com'è noto – si applica a tutte e tre le categorie di prestazioni tipizzate dalla direttiva sul commercio elettronico. Il nodo della controversia da cui è originata la domanda di pregiudiziale europea sottoposta alla Corte di giustizia riguarda l'impiego da parte degli utenti di internet di software “peer to peer” che consentono la condivisione, mediante invio e ricezione, di file contenenti opere musicali, cinematografiche o audiovisive coperte da diritto d'autore. L'aspetto di gran lunga più significativo – ma piuttosto negletto nella di-

⁵² Corte giust., Grande sezione, 23 marzo 2010, causa riunite da C-236/08 a C-238/08, cit., punti 115-117.

⁵³ Critico è il giudizio su questa parte della decisione di MONTANARI, *Contratto di AdWords e profili di responsabilità. Osservazioni a margine di Corte di giustizia 23 marzo 2010, cause riunite da C-236/08 a C-238/08*, cit., p. 535 ss., sulla base di più argomenti sostanzialmente riconducibili alla comune ragione che il servizio AdWords non può essere equiparato *quoad effectum* sul versante risarcitorio alla prestazione ordinaria che conduce ai c.d. risultati naturali. Tali argomenti sono: *a* la sussistenza di un obbligo di protezione a favore dei terzi titolari di diritti di proprietà intellettuale in capo a *Google*, il quale si estrinseca nella necessità giuridica di verificare la legittimazione degli inserzionisti a utilizzare segni corrispondenti ad altrui marchi; *b* nella violazione del contratto di pubblicità stipulato in precedenza con il titolare del marchio illecitamente utilizzato che determina il contratto di AdWords laddove sia consentito di selezionare come parole chiave simboli identici o simili al marchio senza aver prima verificato il possesso della licenza; *c* nella violazione dell'ordine pubblico economico che la selezione senza verifica potrebbe determinare, giacché le disposizioni a tutela della proprietà industriale concorrono in misura significativa a delineare l'affetto del sistema economico europeo. Sostanzialmente adesivo è invece il giudizio di TAVELLA-BONAVITA, *La Corte di Giustizia sul caso “AdWords”: tra normativa marchi e commercio elettronico*, cit., pp. 448-449, pur con non poche cautele.

⁵⁴ Corte giust., Grande sezione, 23 marzo 2010, causa riunite da C-236/08 a C-238/08, cit., punto 118 e da ciò la conclusione che «l'art. 14 della direttiva 2000/31 deve essere interpretato nel senso che la norma ivi contenuta si applica al prestatore di un servizio di posizionamento su Internet qualora detto prestatore non abbia svolto un ruolo attivo atto a conferirgli la conoscenza o il controllo dei dati memorizzati. Se non ha svolto un siffatto ruolo, detto prestatore non può essere ritenuto responsabile per i dati che egli ha memorizzato su richiesta di un inserzionista, salvo che, essendo venuto a conoscenza della natura illecita di tali dati o di attività di tale inserzionista, egli abbia omesso di prontamente rimuovere tali dati o disabilitare l'accesso agli stessi».

⁵⁵ Corte giust., Sez. III, 24 novembre 2011, C-70/10, *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL*, in *Dir. inf.*, 2012, p. 260 ss.; e in *Gior. dir. amm.*, 2012, p. 632 ss., con commento di F. MELIS, *La Corte di giustizia Ue pone limitazioni alla tutela del copyright sulla rete*.

scussione che si è animata a seguito dell’emanazione della sentenza – investe il rapporto tra il rimedio inibitorio, esperibile ai sensi degli artt. 8, n. 3, dir. 01/29 e 11, terzo periodo, dir. 04/48 in caso di violazione di un diritto di proprietà intellettuale, e le disposizioni sul commercio elettronico relative alla posizione giuridica degli intermediari, di cui agli art. 12 ss. dir. 00/31⁵⁶. Fedele al proprio approccio destrutturato, la Corte di giustizia non ricava dal collegamento tra questi blocchi normativi ricadute di ordine sistematico-concettuale, le quali, tuttavia, appaiono evidenti nell’offrire una conferma di quanto angusta sia la pretesa di inquadrare la disciplina degli intermediari come un complesso di regole di responsabilità. Il respiro di tale normativa è, infatti, ben più ampio, influenzando anche i presupposti e la portata di altri rimedi come l’azione inibitoria o l’azione di arricchimento ingiustificato, il che suffraga la convinzione che si sia piuttosto al cospetto della perimetrazione normativa della sfera di libertà di azione riconosciuta agli *internet service provider*. Più nel particolare, la richiesta di imporre per via giudiziaria un ordine inibitorio nei confronti dell’intermediario che offre un mero servizio di accesso che preveda l’adozione di un sistema di filtraggio di tutte le comunicazioni elettroniche che transitano mercé i propri servizi, da applicare indistintamente a tutta la propria clientela, con finalità anche preventive, a spese dell’intermediario e senza alcuna limitazione di tempo è giudicata dalla Corte in contrasto sia con l’art. 15 dir. 00/31 sull’assenza di un dovere preventivo di sorveglianza, sia con la previsione dell’art. 3 dir. 04/48 secondo cui i rimedi a tutela della proprietà intellettuale devono atteggiarsi come equi, proporzionati e non eccessivamente costosi⁵⁷. Un sistema di filtraggio dotato dei caratteri richiesti dalla SABAM richiederebbe, infatti, che l’intermediario identifichi all’interno delle comunicazioni dei suoi clienti quelle che appartengono al traffico “peer to peer”, che inoltre rintracci all’interno di questo insieme i file che contengono opere coperte da diritti di proprietà intellettuale, che scrimini quali di tali file sono scambiati in maniera illecita e, infine, che proceda al blocco degli scambi che si sono rivelati illeciti⁵⁸. Nulla di meno distante da un’attività di vigilanza preventiva, che, peraltro, comporterebbe la compressione di taluni diritti fondamentali dei clienti, per lo più attinenti alla sfera della persona, quali il diritto alla protezione dei dati personali e la libertà di comunicazione, riconosciuti rispettivamente dagli artt. 8 e 11 della Carta dei diritti fondamentali⁵⁹. Né si può trascurare che un tale sistema di filtraggio attuerebbe, inoltre, un’eccessiva limitazione della libertà di impresa dell’intermediario a causa dell’obbligo di adottare un sistema informatico complesso, costoso, permanente e, per di più, interamente a suo carico, in chiaro dispregio dei requisiti di equità, proporzionalità e non eccessiva onerosità di cui all’art. 3, n. 1, dir. 04/48⁶⁰. Contro l’adozione di un rimedio inibitorio dal contenuto siffatto milita anche una ragione, per così dire, di ordine generale: il rischio di compressione della libertà di informazione nella rete collegato alla con-

⁵⁶ Corte giust., 24 novembre 2011, C-70/10, cit., punti 30-35.

⁵⁷ Corte giust., Sez. III, 24 novembre 2011, C-70/10, punti 35 e 36 ma già in tal senso Corte giust., 12 luglio 2011, C-324/09, *L’Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC, Laboratoire Garnier & Cie, L’Oréal UK Ltd c. eBay International AG e altri*, in *Dir. comun. scambi int.*, 2011, p. 510 ss.

⁵⁸ Corte giust., 24 novembre 2011, C-70/10, cit., punto 38.

⁵⁹ Corte giust., 24 novembre 2011, C-70/10, cit., punto 50.

⁶⁰ Corte giust., 24 novembre 2011, C-70/10, cit., punto 48.

creta eventualità che il sistema di filtraggio non sia in grado di distinguere sempre in maniera puntuale i contenuti leciti da quelli illeciti e che, dunque, possa bloccare anche i primi, tanto più che la comunicazione potrebbe originare da limitazioni del diritto d'autore che variano da Stato a Stato oppure dalla libera accessibilità di talune opere decretata in taluni Stati oppure ancora dalla scelta degli autori di metterle in linea gratuitamente⁶¹. Sullo sfondo della scelta di giudicare incompatibile con il diritto europeo una misura inibitoria che imponga un sistema di filtraggio dei contenuti elettronici del tenore in precedenza descritto si staglia un'operazione di bilanciamento giudiziario che esclude l'assoluta prevalenza del diritto di proprietà intellettuale sugli altri diritti fondamentali coinvolti nel fenomeno delle comunicazioni elettroniche, incluse quelle con vocazione commerciale⁶², in termini coerenti con quanto già riconosciuto dalla Corte di giustizia in materia di tutela del diritto di proprietà⁶³.

Alla medesima conclusione, e per di più sulla base di un'operazione di bilanciamento che ricalca del tutto quella della sentenza *Scarlet Extended SA c. SABAM*, la Corte di giustizia giunge anche nei confronti di gestore di un social network, riconducendo i relativi servizi nello schema della prestazione di hosting. La sentenza è quella pronunciata nell'ambito del caso *SABAM c. Netlog*, nel quale la medesima richiesta di un ordine inibitorio preordinato a realizzare un controllo generalizzato, preventivo e illimitato nel tempo per contrastare la violazione dei diritti di utilizzazione economica connessi al diritto d'autore commessa in rete viene proposta nei confronti di una società di gestione di una piattaforma di rete sociale in linea che concede a ogni iscritto uno spazio personale, denominato "profilo", sul quale l'utente può immettere i contenuti più vari, accessibili a livello mondiale, così da comunicare con gli altri iscritti in modo da creare una comunità virtuale⁶⁴. In questo caso la condivisione illecita di file musicali e audiovisivi, senza l'autorizzazione dei relativi titolari del diritto d'autore e senza pagamento di un alcun corrispettivo, avviene tra gli iscritti alla rete sociale per il tramite dei propri profili. Nonostante qui l'intermediario eroghi un servizio di memorizzazione duraturo e non già di mero accesso alla rete, lo scenario non muta: la Corte di giustizia reputa contrario al diritto europeo un'ingiunzione che costringa il prestatore di servizi di hosting a predisporre un sistema di filtraggio che comporti la sorveglianza, nell'interesse dei titolari di diritti d'autore, della totalità o della maggior parte delle informazioni memorizzate presso i propri server, per un periodo di tempo indeterminato e per di più coll'obiettivo di prevenire le future violazioni tanto delle opere esistenti quanto di quelle non ancora create al momento in cui il sistema viene predisposto⁶⁵.

Dall'esame degli orientamenti della Corte di giustizia si ricava l'impressione complessiva secondo cui la questione centrale nel contenzioso sinora formatosi non consista tanto nel ricono-

⁶¹ Corte giust., 24 novembre 2011, C-70/10, cit., punto 52.

⁶² Corte giust., 24 novembre 2011, C-70/10, cit., punto 43.

⁶³ Corte giust., 29 gennaio 2008, C-275/06, *Promusicae*, punti 62-68.

⁶⁴ Corte giust., Sez. III, 16 febbraio 2012, causa C-360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBASABAM c. Netlog NV*, in *Dir. ind.*, 2012, p. 341 ss., con commento di M. BELLIA-G.A.M. BELLOMO-M. MAZZONCINI, *La responsabilità civile dell'Internet Service Provider per violazioni del diritto d'autore*.

⁶⁵ Corte giust., 16 febbraio 2012, causa C-360/10, cit., punto 45.

scere o meno la tutela del diritto d'autore in rete anche nei confronti degli intermediari, specie mediante il ricorso al rimedio inibitorio, tenuto conto, peraltro, che il diritto europeo sul punto si esprime in senso apertamente favorevole; quanto piuttosto nella determinazione del contenuto, della portata e della proporzionalità del rimedio richiesto. In altri termini, non è questione di *an* ma di *quomodo* della tutela e, infatti, il nocciolo del contenzioso sinora formatosi si esaurisce in una dinamica endogena al sistema dei rimedi, risolvendosi per linee interne nella questione di quale sia la calibratura del mezzo di tutela che consenta di contemperare la salvaguardia della proprietà intellettuale con la preservazione di spazi sufficienti alla libertà d'impresa dei prestatori di servizi intermedi e dei gestori di siti internet, alla libertà di comunicazione, di informazione e alla protezione dei dati personali dei fruitori della rete e, infine, al più generale e generico esercizio della libertà individuale, specie di quella di pensiero e di informazione, nella rete.

Una puntuale conferma è offerta da due più recenti sentenze della Corte di giustizia⁶⁶ nelle quali i rimedi richiesti sono stati ritenuti compatibili col diritto europeo proprio in quanto reputati proporzionati e praticabili. In *UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih GmbH* una società di produzione cinematografica contestava il contributo su larga scala che un fornitore di accesso alla rete offriva alla violazione dei propri diritti di esclusiva su opere audiovisive che i destinatari del servizio di accesso realizzavano scaricandole o visualizzandole da un sito internet gestito da terzi⁶⁷. Il rimedio inibitorio invocato mirava alla disabilitazione dell'accesso al sito pirata e il giudice austriaco di secondo grado, riformando la sentenza di primo grado, ha modificato il provvedimento inibitorio concesso, imponendo all'intermediario un divieto generico, sotto forma di un obbligo di conseguimento del risultato dell'inibizione all'accesso degli utenti al sito pirata, lasciando però l'individuazione delle concrete misure tecniche da adottare alla discrezionalità del medesimo provider, senza tuttavia imporre un vincolo assoluto di risultato, grazie al riconoscimento all'intermediario della possibilità di esonerarsi dalle sanzioni dimostrando che il suo mancato conseguimento è avvenuto nonostante l'adozione di misure ragionevoli. Proprio il contenuto indeterminato e l'assenza di un vincolo assoluto di risultato sono valsi a convincere la Corte di giustizia della compatibilità di tale rimedio al diritto europeo in virtù della sua attitudine a realizzare un giusto bilanciamento di tutti i diritti e libertà fondamentali coinvolti nella vicenda. Inclusi anche quelli degli utenti impossibilitati ad accedere al sito contestato in considerazione del carattere necessariamente mirato della misura inibitoria, tale da dover scongiurare il rischio di interdire l'accesso anche a contenuti leciti, e in ragione inoltre della possibilità riconosciuta agli utenti di impugnare le misure adottate dall'intermediario dinanzi al giudice nazionale, anche sotto il profilo della loro proporzionalità. In *Tobias Mc Fadden c. Sony Music Entertainment Germany GmbH* la prestazione dell'intermediario era, ancora una volta, un servizio di accesso, che però rivestiva natura accessoria rispetto allo svolgimen-

⁶⁶ Corte giust., 27 marzo 2014, C-314/12, *UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih GmbH*, in *Int. Rev. of intellectual property and competition law*, 2014, p. 826 ss. e Corte giust., 15 settembre 2016, C-484/14, *Tobias Mc Fadden c. Sony Music Entertainment Germany GmbH*, in *Dir. comun. scambi int.*, 2016, p. 315 ss.

⁶⁷ Corte giust., 27 marzo 2014, C-314/12, cit.

to di un'attività principale di vendita di impianti di illuminazione e che si sostanzialmente forniva una rete locale Wifi gratuita, mediante la quale era stata immessa in rete anonimamente un'opera musicale senza l'autorizzazione dell'autore. La Corte di giustizia esclude la responsabilità dell'intermediario per la violazione del diritto d'autore compiuta tramite la rete locale e, in pari tempo, reputa non applicabile in via analogica quella parte della disciplina della prestazione di hosting che impone all'intermediario di rimuovere immediatamente le informazioni e i contenuti illeciti non appena ne abbia conoscenza a causa della differenza tra le due prestazioni: di durata quella di hosting e istantanea quella di mere conduit. Per quanto concerne invece la possibilità di emettere un provvedimento inibitorio, la Corte esclude sia l'ammissibilità della chiusura della connessione internet, a causa della sproporzione della misura, sia l'esame di tutte le informazioni che transita sulla rete locale, per contrasto con l'art. 15 dir. 00/31; mentre riconosce la conformità al diritto europeo dell'imposizione all'intermediario della protezione della connessione a internet tramite l'apposizione di una password. Anche in questo caso, il rimedio viene approvato in forza della sua proporzionalità e dell'attitudine a realizzare un acconcio bilanciamento della libertà di impresa dell'intermediario e della libertà di informazione dei destinatari del servizio di accesso, consentendo al contempo l'effettiva protezione del diritto fondamentale di proprietà intellettuale grazie all'introduzione di uno strumento che consente di risalire all'autore della violazione del diritto d'autore.

Al di là del carattere più o meno condivisibile delle soluzioni offerte dalle due pronunzie⁶⁸, la giurisprudenza della Corte di giustizia restituisce una disciplina degli intermediari nella quale, a parte l'ipotesi a sé stante del content provider, il rimedio principale consiste nell'azione inibitoria, di cui è, però, necessario che l'autorità giudiziaria delimiti accuratamente il contenuto in modo da scongiurare che l'ordine giudiziale finisca per imporre un dovere generico di sorveglianza in contrasto con l'art. 15 dir. 00/31 oppure che esso si riveli iniquo, sproporzionato ed

⁶⁸ Ne dubita PETRUSO, *Responsabilità degli intermediari di internet e nuovi obblighi di conformazione: robotakedown, policy of termination, notice and take steps*, cit., p. 499 ss., il quale ravvisa in *Telekabel c. Constantin Film* e *Tobias Mc Fadden c. Sony* un mutamento di rotta rispetto alle precedenti pronunzie *Scarlet Extended c. SABAM* e *SABAM c. Netlog*. Più nel particolare, P. reputa che la misura inibitoria avallata in *Telekabel c. Constantin Film* sia tutt'altro che proporzionata, a nulla giovando né il contenuto indeterminato della misura con facoltà all'intermediario di stabilire i mezzi ragionevoli, né l'ammissione dell'esonero da responsabilità di quest'ultimo ove provi di avere adottato tutte le misure ragionevoli, né ancora la previsione da parte degli ordinamenti nazionali di strumenti rimediali a disposizione dei destinatari del servizio per impugnare la misura di limitazione di accesso a certi siti adottata unilateralmente dal *provider*. Specie sotto quest'ultimo profilo P. osserva che «il controllo giurisdizionale circa il rispetto del principio di proporzionalità sarebbe, infatti, soltanto eventuale ed opererebbe *ex post*, esponendo a responsabilità il provider nei confronti degli utenti della rete per le erronee valutazioni effettuate al riguardo e lasciando cadere sui singoli l'onere di impugnare dinanzi al giudice nazionale le misure cautelativamente adottate dal provider». Non meno sproporzionata pare a P. la misura inibitoria avallata da *Tobias Mc Fadden c. Sony* in quanto l'introduzione di una password non offre una garanzia assoluta di efficacia, ossia non assicura che ad essere esclusi siano proprio gli utenti che abbiano in animo di violare gli altrui diritti di privativa. Peraltro, il meccanismo della password grava l'intermediario non soltanto dell'identificazione degli utenti, ma anche dell'archiviazione dei loro dati e del monitoraggio degli scambi *peer to peer*, il che sembrerebbe sospingere verso quella sorveglianza e quella ricerca di fatti e di circostanze da cui emergano elementi di illiceità che, però, l'art. 15 dir. 00/31 espressamente esclude.

eccessivamente oneroso in violazione dell'art. 3, n. 1, dir. 04/48⁶⁹. E, d'altro canto, i requisiti della proporzionalità e della praticabilità del rimedio e soprattutto della conoscenza del fatto lesivo, assunti dalla Corte di giustizia come presupposti imprescindibili dell'ammissibilità dei rimedi nei confronti dell'intermediario, si accordano massimamente proprio con la tutela inibitoria la quale, specie quando non si limita a ripristinare lo status quo ante ma mira anche a precludere in via prospettica la reiterazione dell'illecito, esige la prevedibilità delle condotte da contrastare, strettamente dipendente dalla conoscenza delle cause delle violazioni già perpetrate. La responsabilità si atteggia, invece, come un rimedio secondario in una duplice accezione: o nel senso che il risarcimento del danno opera come misura posta a presidio dell'esatta attuazione del rimedio primario inibitorio, in funzione, dunque, di deterrenza rispetto alla trasgressione o alla ritardata esecuzione dell'ordine giudiziale di eliminazione degli effetti della condotta illecita, affiancandosi così alle *astreintes*, ossia alle misure di coercizione indiretta, che - com'è noto - presentano una natura diversa da quella risarcitoria⁷⁰; o nel senso che il risarcimento del danno subentra quando la misura inibitoria si è rivelata, o si rivela in chiave prognostica, inefficace, lasciando sul campo pregiudizi che il ripristino dell'integrità dei diritti esclusivi violati non è in grado di rimuovere, o comunque di minimizzare.

In controtela, nella giurisprudenza della Corte di giustizia si intravede un certo favore a far ricadere sugli intermediari la gestione delle contestazioni formulate dai terzi per violazione dei propri diritti di proprietà intellettuale o per lesione dei diritti della persona. Una tale impressione è suscitata specialmente dalla sentenza *Telekabel c. Constantin Film*, la quale, avallando una misura inibitoria di limitazione di accesso a un sito pirata di contenuto indeterminato, la cui specificazione è rimessa alla discrezionalità dell'intermediario, grava quest'ultimo del peso maggiore nella strategia di contrasto degli illeciti in rete, sostanzialmente - anche se non espressamente - rimettendo al confronto tra intermediario e titolare della posizione sostanziale lesa e alla condivisione delle misure da adottare il buon esito della tutela inibitoria. Questa linea di tendenza forse non corrisponde a quel progressivo spostamento sugli intermediari dei costi transattivi legati al controllo diffuso dei contenuti che qualcuno paventa, mentre potrebbe più cautamente definirsi come quell'obiettivo di politica del diritto che mira a coinvolgere gli intermediari nell'enforcement del diritto d'autore e delle altre situazioni soggettive suscettibili

⁶⁹ Una puntuale definizione delle coordinate alle quali i diritti nazionali si devono attenere per delineare il contenuto del rimedio inibitorio si ha in Corte giust., 12 luglio 2011, C-324/09, *L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC, Laboratoire Garnier & Cie, L'Oréal UK Ltd c. eBay International AG e altri*, in *Dir. com. scamb. int.*, 2011, p. 510 ss.

⁷⁰ Sul punto cfr. il dibattito sull'art. 614-bis c.p.c. e, *ex multis*, soprattutto S. MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, in *Europa dir. priv.*, 2009, p. 947 ss.; ID., *L'astreinte all'italiana si rinnova: la riforma della comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, *ivi*, 2016, p. 11 ss.; M. BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 781 ss.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Misure coercitive fra condanna e tutela esecutiva*, *ivi*, 2014, p. 389 ss.; S. RECCHIONI, *L'attuazione forzata indiretta dei comandi cautelare ex art 614-bis c.p.c.*, *ivi*, p. 1477 ss. Lo riconosce anche la Suprema corte, chiamata a valutare la compatibilità delle *astreintes* previste dal diritto belga con l'ordine pubblico italiano: Cass., 15 aprile 2015, n. 7613, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 243 ss., con nota di V. GIUGLIANO, *Compatibilità delle astreintes con l'ordine pubblico italiano*.

di lesione in rete. Una puntuale conferma di questo orientamento, per lo meno sul terreno del diritto d'autore, lo si ricava dalla proposta di direttiva europea sul diritto d'autore nel mercato unico digitale del 14 settembre 2016⁷¹, la quale sollecita, per un verso, la conclusione di accordi tra i titolari di diritti d'autore e gli intermediari per l'utilizzazione in rete delle opere dei primi, specie quando la memorizzazione riguarda una grande quantità di opere o di materiali comunque coperti da diritti di privativa, e, per altro verso, la cooperazione tra titolari e intermediari sia all'esecuzione di tali accordi sia alla reazione agli illeciti identificati dai primi e comunicati ai secondi. L'art. 13, par. 1, della proposta stabilisce, infatti, che «I prestatori di servizi della società dell'informazione che memorizzano e danno pubblico accesso a grandi quantità di opere o altro materiale caricati dagli utenti adottano, in collaborazione con i titolari dei diritti, misure miranti a garantire il funzionamento degli accordi con essi conclusi per l'uso delle loro opere o altro materiale ovvero volte ad impedire che talune opere o altro materiale identificati dai titolari dei diritti mediante la collaborazione con gli stessi prestatori siano messi a disposizione sui loro servizi. Tali misure, quali l'uso di tecnologie efficaci per il riconoscimento dei contenuti, sono adeguate e proporzionate. I prestatori di servizi forniscono ai titolari dei diritti informazioni adeguate sul funzionamento e l'attivazione delle misure e, se del caso, riferiscono adeguatamente sul riconoscimento e l'utilizzo delle opere e altro materiale»⁷².

3. L'ordinamento italiano ha attuato la dir. 00/31 con il d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, recependo la disciplina degli intermediari negli artt. 14 ss.⁷³, con rilevanza sia nel diritto civile sia nel diritto penale⁷⁴. L'adeguamento del diritto italiano al diritto europeo ha arginato il formarsi di un orientamento particolarmente severo nei confronti degli intermediari e dei gestori di siti, giacché fondato sull'equiparazione, da un lato, tra sito internet e organi di stampa e, dall'altro

⁷¹ COM2016 593 final. Sui prodromi di questa proposta v. S. SARRACCO, *Il fenomeno e-commerce e i recenti sviluppi del mercato unico digitale in Europa*, in *Riv. dir. ec. trasp. amb.*, 2016, p. 89 ss. Sulla proposta v. invece T. SHAPIRO, *EU Copyright Will Never Be the Same: A Comment on the Proposed Directive on Copyright for the Digital Single Market DSM*, in *European intellectual property Rev.*, 2016, p. 771 ss.

⁷² L'art. 13 prosegue prevedendo che «2. Gli Stati membri provvedono a che i prestatori di servizi di cui al paragrafo 1 istituiscano meccanismi di reclamo e ricorso da mettere a disposizione degli utenti in caso di controversie in merito all'applicazione delle misure di cui al paragrafo 1. 3. Gli Stati membri facilitano, se del caso, la collaborazione tra i prestatori di servizi della società dell'informazione e i titolari dei diritti tramite dialoghi fra i portatori di interessi, al fine di definire le migliori prassi, ad esempio l'uso di tecnologie adeguate e proporzionate per il riconoscimento dei contenuti, tenendo conto tra l'altro della natura dei servizi, della disponibilità delle tecnologie e della loro efficacia alla luce degli sviluppi tecnologici».

⁷³ Cfr. AA.VV., *Commercio elettronico*, a cura di C. Rossello-G. Finocchiaro-E. Tosi, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, Torino, 2007, *passim* e, per l'inquadramento generale v. C. ROSSELLO, *La nuova disciplina del commercio elettronico. Principi generali e ambito di applicazione*, *ivi*, p. 109 ss.; F. DELFINI, *Il commercio elettronico*, in *Tratt. dir. econ.*, diretto da E. Picozza-E. Gabrielli, Padova, 2004, *passim*.

⁷⁴ SEMINARA, *Internetdiritto penale*, cit., p. 592 non dubita che le deroghe della responsabilità previste dalla dir. 00/31 e recepire dal d.lgs. 70/2003 operino anche nella sfera penale e ciò già in astratto alla luce della sussidiarietà della responsabilità penale, che per necessità deve risultare più restrittiva di quella civile e, dunque, non può reprimere fatti considerati civilisticamente leciti. In tal senso milita anche il considerando n. 8 dal quale per S. emerge in maniera chiara che il legislatore europeo abbia inteso delineare un autonomo sottosistema per gli intermediari, con rilevanza civile, penale e amministrativa.

lato, tra intermediario ed editore⁷⁵. Quanto la disciplina italiana abbia fedelmente attuato il vincolo di risultato contenuto nella dir. 00/31 sarà oggetto di uno specifico approfondimento nel prosieguo. Qui è sufficiente specificare che il d.lgs. 70/2003 ha riprodotto le tre tipologie di prestazione dell'intermediario: mere conduitart. 14, cachingart. 15 e hostingart. 16; nonché le condizioni sotto le quali l'erogazione di tali servizi non implica il coinvolgimento del prestatore negli illeciti per avventura perpetrati per il loro tramite⁷⁶. Infine, l'art. 17 d.lgs. 70/2003 ha recepito la previsione dell'assenza in capo all'intermediario di un dovere generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza e, a maggior ragione, di un dovere di ricercare in via autonoma fatti o circostanze dai quali emerga la presenza di attività illecite. Al contempo, l'art. 17 d.lgs. 70/2003 impone i doveri attivi di: a informare senza indugio l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza, ove a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite compiute o immesse da un destinatario delle proprie prestazioni di servizio online; b e fornire senza indugio, su richiesta delle autorità competenti, le informazioni in proprio possesso in grado di consentire l'identificazione del destinatario dei propri servizi di

⁷⁵ Trib. Napoli, 8 agosto 1996, in *Dir. inf.*, 1997, p. 970 ss.; in *Resp. civ. prev.*, 1998, p. 176 ss., con nota di R. SANZO, e in *Giust. civ.*, 1998, p. 261 ss., con nota di L. ALBERTINI, *Le comunicazioni via Internet di fronte ai giudici: concorrenza sleale ed equiparabilità alle pubblicazioni a stampa*, il quale proprio sulla base dei presupposti *supra* nel testo ha ravvisato la responsabilità del *provider* per violazione dell'obbligo di vigilare sul compimento di atti di concorrenza sleale realizzati mediante la pubblicazione di messaggi pubblicitari in concorso con l'autore principale, come ipotesi quindi di *culpa in vigilando*. Trib. Macerata, 2 dicembre 1998, in *Dir. ind.*, 1999, p. 35 ss., con nota di C. QUARANTA. Nel senso, invece, dell'assenza di un dovere assoluto di controllo e di vigilanza in capo al *provider*: cfr. Trib. Cuneo, ord., 23 giugno 1997, in *AIDA*, 1997, p. 942 ss.; Trib. Roma, ord., 4 luglio 1998, in *Dir. inf.*, 1998, p. 807 ss. e in *NGCC*, 1998, I, p. 492 ss.; Trib. Roma, 22 marzo 1999, in *Dir. inf.*, 2000, p. 66 ss., con nota di P. SAMMARCO, *Assegnazione dei nomi a dominio su internet, interferenze con il marchio, domain grabbing e responsabilità del provider*, pur avendo riconosciuto nel caso di specie la responsabilità del *provider* per non essersi avveduto di aver consentito all'utente l'apertura di un sito che aveva come nome di dominio un noto acronimo.

⁷⁶ Tali condizioni - com'è sin troppo noto - consistono nel caso di prestazione di *mere conduit* nel fatto che: *a* l'intermediario non dia origine alla trasmissione; *b* non selezioni il destinatario; *c* non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse. Nella fattispecie di *caching*, le condizioni previste per godere dell'immunità sono: *a* che l'intermediario non modifichi le informazioni; *b* si conformi alle condizioni di accesso a queste ultime; *c* si conformi alle norme di aggiornamento delle informazioni, indicate in modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore; *d* non interferisca con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni; *e* agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitarne l'accesso, non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo in cui di trovavano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato, oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione. Nel caso degli *hosting provider* gli elementi che concorrono a integrare la fattispecie di immunità sono: *a* che l'intermediario non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita; *b* per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione; *c* non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso art. 16 d.lgs. 70/2003.

memorizzazione dei dati, nel quadro delle attività di individuazione e contrasto delle attività illecite⁷⁷.

Nella giurisprudenza italiana, non meno di quanto accaduto in quella europea, l'attenzione si è concentrata sugli elementi in presenza dei quali gli intermediari non possono giovare della sfera di immunità conferita loro dagli art. 14 ss. d.lgs. 70/2003. L'idea che si è andata diffondendo rinvia in tale regime giuridico un trattamento di spiccato favoreaddirittura qualcuno parla di un trattamento premiale⁷⁸ non sempre adeguato a tutelare tutti gli interessi coinvolti dagli illeciti commessi in rete, specie dei titolari di diritti d'autore. Proprio per ridimensionare l'ampiezza della sfera di immunità offerta dagli art. 14 ss. d.lgs. 70/2003, sull'onda di alcuni spunti offerti dalla Corte di giustizia anche sulla scorta del considerando 42 della dir. 00/31, la giurisprudenza ha elaborato la figura pretoria dell'intermediario hosting attivo⁷⁹, per lo più con l'obiettivo di sottrarre alla sfera di immunità i user generated contents. YouTube, i social network e i motori di ricerca. L'assunto alla base della figura del provider attivo consiste nella convinzione che l'immunità dell'intermediario presupponga la sua assoluta neutralità rispetto alle informazioni e ai contenuti immessi dai terzi in rete, sicché in presenza di una qualche forma di compartecipazione nella gestione o anche soltanto nell'organizzazione, inclusa la presentazione, di tali contenuti si fuoriuscirebbe dalle fattispecie legali che tracciano il perimetro della liceità della condotta degli intermediari. Tanto più se si tiene conto che sovente alla presentazio-

⁷⁷ Sul punto, *ex multis*, cfr. DI CIOMMO, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, cit., p. 289 ss.; NIVARRA, *La responsabilità degli intermediari*, cit., p. 307 ss.; FACCI, *La responsabilità dei providers*, cit., p. 238 ss.; TOSI, *Le responsabilità civili*, cit., p. 516 ss.; ID., *Le responsabilità civili dei prestatori di servizi della società dell'informazione*, cit., p. 197 ss.; ID., *Responsabilità civile per il fatto illecito degli Internet Service Provider tra tipizzazione normativa ed evoluzione tecnologica: peculiarità e criticità del regime applicabile alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti di terzi*, cit., p. 688 ss.; BOCCHINI, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico*, cit., *passim*, in part. p. 123 ss.; D'ARRIGO, *Recenti sviluppi in tema di responsabilità degli Internet Service Providers*, cit., p. 18 ss.

⁷⁸ BOCCHINI, *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti*, cit., cc. 637-638.

⁷⁹ Tra le diverse pronunzie cfr. Trib. Catania, 29 giugno 2004, in *Dir. inf.*, 2004, p. 466 ss.; Trib. Milano, 2 marzo 2009 e Trib. Roma, 15 dicembre 2009, *ivi*, 2009, p. 521 ss.; Trib. Roma, 11 febbraio 2010, *ivi*, 2010, p. 275 ss.; Trib. Milano, 24 febbraio 2010, n. 1972, caso "The Pirate Bay", in *Riv. dir. ind.*, 2010, p. 328 ss. e in *Cass. pen.*, 2010, p. 3994 ss.; Trib. Milano, sez. spec. proprietà ind. e int., 9 settembre 2011, in *Riv. dir. ind.*, 2011, II, p. 364 ss., con nota di A. SARACENO, *Note in tema di violazione del diritto d'autore tramite Internet: la responsabilità degli Internet Service Provider*. E nella giurisprudenza di legittimità, Cass., 23 dicembre 2009, n. 49437, in *Foro it.*, 2010, II, c. 144 ss., con nota di S. DI PAOLA, *Sequestro preventivo di sito web e inibitoria del giudice penale dell'attività del provider*; in *Dir. inf.*, 2010, p. 437 ss., con nota di F. MERLA, *Diffusione abusiva di opere in Internet e sequestro preventivo del sito web: il caso «The Pirate Bay»*, la quale, in realtà, si è occupata più specificamente della responsabilità del gestore di un sito www.thepiratebay.org il quale consentiva la condivisione tra gli utenti, mediante la tecnologia *peer to peer*, di file contenenti opere protette dal diritto d'autore. La Suprema corte ha ritenuto che l'esclusione del concorso di persone nel reato *ex art. 110 c.p.* avrebbe presupposto che il gestore del sito si fosse limitato a mettere a disposizione il protocollo di comunicazione necessario alla condivisione e al trasferimento dei file di opere coperte da diritto d'autore; mentre nel caso di specie il gestore si è spinto più in là procedendo all'indicizzazione delle informazioni che gli provengono dagli utenti. Un tale apporto attivo del gestore giustifica l'emissione della misura del sequestro preventivo del sito web il cui gestore concorra al compimento dell'attività penalmente illecita di diffusione nella rete di contenuti protetti dal diritto d'autore.

ne dei contenuti è collegato un ritorno economico per l'intermediario, specie in conseguenza del loro sfruttamento pubblicitario. Ma anche dove non vi sia un guadagno diretto, l'intermediario di frequente affianca al servizio di memorizzazione duratura delle informazioni prestazioni ulteriori, come quelle di indicizzazione, di selezione, di organizzazione o di filtraggio dei contenuti, le quali sembrano far sporgere la posizione dell'intermediario rispetto a quella presupposta dalle norme che gli garantiscono la sfera di immunità. In tali casi, si sarebbe in presenza di un provider attivo, figura mezzana tra il content provider e le figure di provider delineate dalla legislazione europea e dal d.lgs. 70/2003. La conseguenza sul piano del trattamento giuridico è l'assoggettamento del provider attivo alle regole comuni di cui all'art. 2043 c.c. Nonostante un certo scetticismo in dottrina⁸⁰, la giurisprudenza si avvale ampiamente della figura, ma non si può fare a meno di registrare una certa incertezza negli esiti applicativi. Al riguardo è emblematico lo sviluppo travagliato del caso RTI s.p.a. c. Yahoo! Italia s.r.l. e Yahoo! Inc., che ha impegnato i giudici milanesi e che riguarda l'illecita messa a disposizione dei terzi da parte di taluni utenti, mediante la piattaforma di videosharing del portale Yahoo!, di frammenti di contenuti audio/video riferibili a filmati coperti dalle prerogative di cui agli artt. 78 ter e 79 l.d.a. a favore della RTI s.p.a. in qualità, rispettivamente, di produttrice delle opere audiovisive e di emittente televisivo: filmati accessibili inserendo come parola chiave il titolo delle trasmissioni televisive alle quali i filmati si riferiscono e, per di più, associati a molteplici messaggi pubblicitari tramite link collegati ai medesimi titoli⁸¹. In prime cure, il Tribunale di Milano ha ravvisato nelle prestazioni concretamente fornite da Yahoo! Italia s.r.l. i tratti di un hosting attivo in quanto quest'ultima si riserva per via contrattuale: a di creare algoritmi dei contenuti immessi dai suoi utenti, di modificarli, di tradurli in appropriati format multimediali, standard o media così da renderli integrabili su Yahoo! Video; b di utilizzare, distribuire, riprodurre, modificare, remixare, adattare, estrarre, preparare opere derivate, riprodurre in pubblico e visualizzare pubblicamente i Contenuti Video su Yahoo! Video [...] nonché su siti di terze parti; c di utilizzare i Contenuti Video per attività pubblicitarie o per promozioni commerciali [...]; e si attribuisce d un diritto di manleva nei confronti dell'utente per gli eventuali danni prodotti dalla pubblicazione dei video da questi immessi; nonché e il diritto nei confronti dell'utente di rimuovere immediatamente i Contenuti Video immessi o di rifiutare l'inclusione nella lista dei video disponibili nel caso di rilevazione della violazione dei diritti di Yahoo! o di terzi. Per di più Yahoo! ha f predisposto un servizio, visibile come link sotto ogni video pubblicato in rete, che consente a ogni visitatore di segnalare all'intermediario l'eventuale illiceità del contenuto immesso dall'utente e alla redazione di verificare la segnalazione e di rimuovere il contenuto contestato, il che denota per il Tribunale l'esercizio di un controllo da parte del provider sulla liceità delle informazioni memorizzate successivo alla loro immissione; e, inoltre, ha g incluso un servizio aggiuntivo di c.d. video correlati che consiste nella visualizzazione di ulteriori contenuti

⁸⁰ BOCCHINI, *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti*, cit., c. 639; D'ARRIGO, *Recenti sviluppi in tema di responsabilità degli Internet Service Providers*, cit., p. 78 ss., p. 91.

⁸¹ Trib. Milano, sez. spec. proprietà ind. e int., 9 settembre 2011, cit., p. 364 ss. e App. Milano, sez. spec. in materia di impresa, 7 gennaio 2015, n. 29, in *Corriere giur.*, 2016, p. 811 ss., con nota di E. BASSOLI, *Il diritto d'autore e la responsabilità del provider: evoluzioni tecniche e giurisprudenziali nell'appello Yahoo vs. RTI*.

audio/video non ricercata dal visitatore e offertagli, invece, in via automatica proprio in quanto correlata ai video specificamente ricercati, da cui si evince un'ulteriore e specifica attività di indicizzazione dei contenuti video che sottintende una selezione dei contenuti, amplificandone le possibilità di visione e di diffusione⁸². Dalla convergenza di tutti questi elementi il Tribunale ricava lo svolgimento da parte dell'intermediario di un'attività tutt'altro che neutrale di selezione e gestione dei contenuti immessi dagli utenti, finalizzata - ancorché mediante software - ad arricchirne e completarne la fruizione in vista di uno sfruttamento economico di tali contenuti che travalica la mera remunerazione del servizio offerto all'utente⁸³. La qualificazione come hosting attivo comporta la sottrazione di Yahoo! alla sfera di immunità di cui all'art. 16 d.lgs. 70/2003, ma non implica certo l'imposizione di un obbligo di verifica preventiva dei materiali immessi sulle proprie infrastrutture, a causa dell'estrema difficoltà tanto tecnica quanto giuridica della sua attuazione. E tuttavia ciò non esclude l'insorgere dell'obbligo di attivazione a seguito della diffida da parte di chi si accredita in maniera puntuale come titolare dei diritti di utilizzazione dei contenuti: un obbligo successivo che il Tribunale ha ritenuto non essere stato, però, adempiuto da Yahoo! nel caso di specie, nonostante la specifica e documentata segnalazione di RTI, il che rende fondata la richiesta del provvedimento inibitorio ex art. 156 l.d.a. e la connessa fissazione dell'obbligo di corrispondere una somma di danaro per ogni violazione o inosservanza successiva, che il collegio qualifica erroneamente come penale piuttosto che come astreinte⁸⁴.

I medesimi elementi che hanno indotto il Tribunale di Milano a collocare i servizi resi da Yahoo! nell'area dell'hosting attivo vengono valutati in senso diametralmente opposto dalla Corte d'appello, la quale è approdata, al termine di una motivazione certo non sintetica, alla conclusione che «le attuali tecnologie avanzate, in mancanza di altri elementi in grado di fare intravedere una vera e propria manipolazione dei dati immessi da parte dell'hosting provider, non siano da sole in grado di determinare il mutamento della natura del servizio di hosting provider di tipo passivo secondo la classificazione utilizzata dalla giurisprudenza nazionale richiamata dalla sentenza appellata, in servizio di hosting provider di tipo attivo, in ragione della mera presenza i di sofisticate tecniche di intercettazione del contenuto dei file caricati, attraverso un motore di ricerca, e ii delle più svariate modalità di gestione del sito e iii del particolare interesse del gestore a conseguire vantaggi economici»⁸⁵. Più nel particolare, invocando la sentenza del caso *L'Oréal c. eBay*⁸⁶, la Corte d'appello ha considerato le diverse attività svolte da Yahoo!, sulla cui base il giudice di prime cure ha ritenuto di qualificare il provider come attivo, nulla più che manifestazioni di una più complessiva attività di trattamento dei dati immessi dagli utenti di natura meccanica e non manipolativa, come tali non sufficienti a sottrarre l'intermediario alla sfera di immunità delineata dall'art. 16 d.lgs. 70/2003⁸⁷. La soluzione appare alla Corte

⁸² Trib. Milano, sez. spec. proprietà ind. e int., 9 settembre 2011, cit., pp. 370-371.

⁸³ Trib. Milano, sez. spec. proprietà ind. e int., 9 settembre 2011, cit., p. 372.

⁸⁴ Trib. Milano, sez. spec. proprietà ind. e int., 9 settembre 2011, cit., pp. 374-375.

⁸⁵ App. Milano, sez. spec. in materia di impresa, 7 gennaio 2015, n. 29, cit., n. 24.

⁸⁶ Corte giust., 12 luglio 2011, C-324/09, cit.

⁸⁷ App. Milano, sez. spec. in materia di impresa, 7 gennaio 2015, n. 29, cit., n. 27. Poco oltre la sentenza precisa che «In particolare, si ritiene che i riscontrati servizi pubblicitari gestiti dal Fornitore di Accesso a InternetFAI,

d'appello, peraltro, in linea con le sentenze *Scarlet Extended c. SABAM*⁸⁸ e *Netlog c. SABAM*⁸⁹ e da ciò la Corte ricava un elemento di contraddittorietà nella sentenza del Tribunale annidato nella scelta di qualificare Yahoo! come un intermediario attivo e al contempo di riconfermare anche nei suoi confronti l'operatività dell'art. 17 d.lgs. 70/2003, ossia l'assenza di un dovere generale di sorveglianza⁹⁰. Alla luce di questi rilievi e di ulteriori indicazioni, in realtà frutto di una lettura un poco esasperata⁹¹, della più recente giurisprudenza europea, la Corte d'appello perviene all'accantonamento della figura dell'intermediario attivo⁹², giudicata addirittura, alla luce del quadro giuridico e giurisprudenziale, una nozione «sicuramente fuorviante e sicuramente da evitare concettualmente in quanto mal si addice ai servizi di “ospitalità in rete” in cui il prestatore non interviene in alcun modo sul contenuto caricato dagli utenti, limitandosi semmai a sfruttarne commercialmente la presenza sul sito, ove il contenuto viene mostrato così come è caricato dall'utente senza alcuna ulteriore elaborazione da parte del prestatore»⁹³. Al di là di affermazioni di sistema così impegnative, nel merito la Corte ritiene che la diffida rivolta a

i diritti di utilizzo e di riadattamento dei contenuti caricati a sé riservati, il diritto di manleva nei confronti dell'utente stabilito nelle condizioni integrative dell'accesso alla rete, nonché il potere di rimozione dei contenuti caricati e la facoltà di segnalazione degli illeciti da parte dell'utente, considerati nel loro insieme, non sono indici rivelatori di un'attività d'interferenza sui contenuti pubblicati nel sito, come tali in grado di mutare il regime di “responsabilità a posteriori” dell'*hosting provider* delineato nella direttiva esaminata e nelle pronunce della Corte di Giustizia, in quanto non essenzialmente in grado di alterare l'integrità dell'informazione contenuta nella trasmissione».

⁸⁸ Corte giust., 24 novembre 2011, C-70/10, cit.

⁸⁹ Corte giust., 16 febbraio 2012, causa C-360/10, cit.

⁹⁰ App. Milano, sez. spec. in materia di impresa, 7 gennaio 2015, n. 29, cit., n. 28. In verità, anche se si volesse accedere alla qualificazione compiuta dal Tribunale, la contraddizione non vi sarebbe: non si ravvisano, infatti, ragioni logiche e giuridiche che impediscano di sottrarre un intermediario di *hosting* dalla disciplina dell'art. 16 d.lgs. 70/2003 mantenendo fermo il disposto dell'art. 17 d.lgs. 70/2003. L'applicazione del regime di responsabilità ordinario di cui agli artt. 2043 e ss. c.c. non comporta anche l'imposizione di un dovere generale di sorveglianza attiva, o per lo meno non lo comporta in tutte le circostanze. La colpa presupposta dall'art. 2043 c.c. potrebbe, infatti, sostanziarsi nella negligente e imprudente sottovalutazione di indici in grado, se adeguatamente considerati, di far emergere il carattere illecito delle informazioni o dei contenuti immessi dall'utente. In altri termini, è sul versante dello stato soggettivo di conoscenza dell'intermediario che potrebbe incidere l'applicazione del regime ordinario di responsabilità, rendendo più severa la valutazione che conduce a considerare colposa l'ignoranza degli illeciti commessi per il tramite dei propri

⁹¹ Ci si riferisce in particolare al passaggio in cui la Corte d'appello ritiene di ricavare dalla sentenza a *Telekabel c. Constantin Film* Corte giust., 27 marzo 2014, C-314/12 un ordine assiologico che relega il diritto fondamentale d'autore art. 17 Carta dei diritti fondamentali in posizione subordinata rispetto alla libertà d'impresa art. 16 Carta e alla libertà di espressione e di informazione art. 11: «Conseguentemente, la regola generale che si ricava in una materia in cui il diritto d'autore, considerato quale valore fondamentale nell'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali, si può contrapporre ad altri valori fondamentali, quali quelli attinenti alla libertà d'impresa art. 16 e alla libertà di espressione e d'informazione art. 11, è nel senso di risolvere il conflitto tra i tre valori fondamentali in gioco dando prevalenza agli ultimi due» App. Milano, sez. spec. in materia di impresa, 7 gennaio 2015, n. 29, cit., n. 33.

⁹² Affermazione, questa, che ha sollecitato le critiche dell'annotatrice della sentenza: E. BASSOLI, *Il diritto d'autore e la responsabilità del provider: evoluzioni tecniche e giurisprudenziali nell'appello Yahoo vs. RTI*, cit., p. 823 ss.

⁹³ App. Milano, sez. spec. in materia di impresa, 7 gennaio 2015, n. 29, cit., n. 38.

Yahoo! da RTI non sia stata sufficientemente specifica nell'indicare i contenuti illeciti tanto da poter determinare l'insorgere a carico dell'intermediario dell'obbligo di rimozione immediata dei programmi illecitamente immessi in rete⁹⁴. E inoltre i giudici del gravame hanno ritenuto che neppure la successiva azione giudiziale sia stata idonea a determinare l'autonoma insorgenza dell'obbligo di pronta rimozione, giacché tutt'al più capace di attivare i poteri inibitori del giudice volti ad imporre al provider la sola rimozione selettiva degli atti illeciti denunciati e non certo anche gravosi ordini generali o, peggio ancora, obblighi di sorveglianza generale⁹⁵. Solo a seguito dell'incardimento dell'azione, RTI ha provveduto al deposito di un documento che conteneva la specifica individuazione dei dati illecitamente immessi in rete mediante la specificazione dei relativi URL. In conseguenza di tale produzione documentale Yahoo! ha spontaneamente rimosso i contenuti contestati, senza attendere l'ordine giudiziale, sicché il giudizio è proseguito relativamente a ulteriori URL indicati da RTI in corso di causa come illeciti per violazione dei propri diritti di sfruttamento economico delle opere fissate su supporto informatico. La richiesta di RTI si è indirizzata verso l'ottenimento di un provvedimento di inibizione di ogni uso e sfruttamento commerciale diretto o indiretto, anche per mezzo di soggetti/società da esse controllati e/o collegati e/o con cui comunque esistono rapporti/accordi imprenditoriali finalizzati alla gestione degli insert/link pubblicitari sul portale Yahoo!.it e dei relativi proventi, che si traduca nella violazione, in qualunque forma e con qualunque mezzo, dei diritti esclusivi di RTI. La Corte d'appello ha ritenuto che l'accoglimento di una tale richiesta comporterebbe l'imposizione a Yahoo! di realizzare un sistema di filtraggio di tutte le informazioni memorizzate nei propri server, applicato indistintamente a tutta la sua clientela, a titolo preventivo, a sue spese esclusive, senza limiti di tempo e che ciò si porrebbe in contrasto con la disciplina europea e nazionale dell'attività degli intermediari come interpretata dalla Corte di giustizia⁹⁶. Di conseguenza non è neppure ravvisabile la responsabilità di Yahoo! per non aver predisposto un tale sistema di filtraggio né vi sono gli estremi per configurare la responsabilità da mancata rimozione dei contenuti illeciti non appena venuti a conoscenza dell'intermediario, in quanto la diffida non era sufficientemente specifica per determinare una tale conoscenza, che, invece, si è avuta soltanto in corso di causa, provocando l'immediata attivazione del provider⁹⁷.

Le oscillazioni della giurisprudenza sull'ammissibilità o meno della figura del provider attivo e, in ogni caso, sulla tipologia di attività e di servizi idonei a sospendere un intermediario in

⁹⁴ La Corte giudica infatti «pacifico che la diffida stragiudiziale non contenesse l'indicazione esatta degli URL o dei link dei video contenuti nel sito di YAHOO!. La Corte, in merito, ritiene che una mera generica ricerca per nome o titolo commerciale dell'opera considerata illecita non sia sufficiente a determinare l'insorgere dell'obbligo di rimozione in capo al FAI, nel senso che una diffida siffatta non avrebbe mai potuto far venire meno la presunta neutralità del gestore, e quindi attivare la sua responsabilità a posteriori come sopra definita nei suoi contorni»

⁹⁵ App. Milano, sez. spec. in materia di impresa, 7 gennaio 2015, n. 29, cit., n. 52.

⁹⁶ giust., Sez. III, 24 novembre 2011, C-70/10, *Scarlet Extended c. SABAM* e Corte giust., 16 febbraio 2012, causa C-360/10, *SABAM c. Netlog*.

⁹⁷ App. Milano, sez. spec. in materia di impresa, 7 gennaio 2015, n. 29, cit., nn. 61-70. Per soprammercato, la Corte considera inammissibile l'estensione della domanda inibitoria a fatti illeciti successivamente individuati in corso di causa dal titolare del diritto d'autore, cui tuttavia l'intermediario si è spontaneamente conformato in corso di giudizio.

tale categoria dovrebbero mettere in guardia sull'attitudine di quest'ultima a fungere da vera e propria chiave di volta del sistema delle regole applicabili agli intermediari. A un'analisi più attenta, e a dispetto delle osservazioni dei primi commentatori⁹⁸, nell'economia delle due pronunzie la figura del provider attivo o il suo ripudio non appaiono in definitiva centrali, giacché il vero punto nevralgico della controversia sembra concentrarsi piuttosto sulla completezza e sulla specificità della diffida indirizzata all'intermediario dal titolare dei diritti di utilizzazione e di sfruttamento economico delle opere audiovisive. Il dato è estremamente significativo ai fini dell'intelligenza della corretta sistemazione della disciplina degli *internet service provider*.

4. La ricostruzione del sistema della c.d. responsabilità degli *internet service provider*, delineato dalla legislazione europea e recepito nei diritti nazionali, con particolare riguardo all'attività di hosting si presenta quanto mai controversa, a causa della diversità delle opinioni sul rapporto che intercorre tra i due presupposti di liceità della prestazione dell'intermediario fissati dall'art. 16 comma 1, lett. a e b, d.lgs. 70/2003. In breve, la questione si appunta sulla portata del requisito della conoscenza⁹⁹ previsto dall'art. 16, comma 1, lett. a d.lgs. 70/2003 e, in particolare, sul nodo relativo a quale forma di conoscenza faccia sorgere l'obbligo di intervento immediato per la rimozione delle informazioni comunicate in violazione di un diritto di esclusiva o di un diritto della persona o per la disabilitazione al loro accesso, sancito dall'art. 16, comma 1, lett. b d.lgs. 70/2003. Giurisprudenza e dottrina concordano sul necessario concorso di entrambi i presupposti per poter considerare liceità la condotta dell'hosting provider, sicché il quadro che ne emerge vede il provider estraneo alla violazione commessa dall'utente in due ipotesi: a se è senza colpa ignaro che la comunicazione di informazioni compiuta dall'utente consegue alla violazione di un'altrui posizione giuridica soggettiva; b se, una volta venuto a conoscenza dell'origine illecita della comunicazione, si attivi prontamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso. La convergenza delle opinioni sull'interpretazione dell'art. 16 d.lgs. 70/2003 si arresta qui, lasciando campo aperto alla disparità di vedute sulla forma di conoscenza cui fa riferimento l'art. 16, comma 1, lett. a d.lgs. 70/2003. Da un lato si collocano coloro che ritengono sufficiente la conoscenza semplice dell'illiceità della condotta dell'utilizzatore, acquisita su segnalazione del titolare del diritto leso¹⁰⁰ o anche aliunde,

⁹⁸ Cfr. BASSOLI, *Il diritto d'autore e la responsabilità del provider: evoluzioni tecniche e giurisprudenziali nell'appello Yahoo vs. RTI*, cit., p. 823 ss.

⁹⁹ Sottolinea la centralità della conoscenza da parte dell'intermediario del comportamento antiggiuridico commesso dal terzo-utente NIVARRA, *La responsabilità degli intermediari*, cit., p. 313.

¹⁰⁰ In tal senso Trib. Milano, ord., 25 gennaio 2011, *Bardolla c. Google Suggest*, confermata da Trib. Milano, 31 marzo 2011, in *Riv. dir. ind.*, 2011, p. 21 ss., con nota di E. TOSI, *La responsabilità civile per fatto illecito degli Internet Service Provider e dei motori di ricerca a margine dei recenti casi "Google Suggest" per errata programmazione del software di ricerca e "Yahoo! Italia" per "link" illecito in violazione dei diritti di proprietà intellettuale*; Trib. Milano, sez. spec. proprietà ind. e int., 7 giugno 2011; Trib. Roma, sez. spec. proprietà ind. e int., 20 marzo 2011, *PFA Films c. Yahoo.it*, in *Dir. ind.*, 2012, p. 79 ss. con commento di L. GIOVE-A. COMELLI, *Responsabilità del provider per mancata rimozione di link a materiale illecito* e in *Riv. dir. ind.*, 2012, p. 29 ss. revocata però da Trib. Roma, sez. spec. proprietà ind. e int., ord., 11 luglio 2011, *ivi*, p. 37 ss. in quanto la segnalazione da parte di *PFA Films* è stata ritenuta del tutto generica e così anche il ricorso nella prima fase del procedimento cautelare e poi il successivo reclamo, in quanto la *PFA Films* per ciascuno dei contenuti immessi

attribuendo rilievo preminente alla formulazione dell'art. 16, comma 1, lett. a d.lgs. 70/2003, il quale collega l'esclusione dell'hosting provider dal concorso nella responsabilità dell'autore della violazione alla circostanza che il primo «non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendano manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione». Dal lato opposto si collocano, invece, coloro che, con un approccio più favorevole agli intermediari, ritengono che la conoscenza destinata a far scattare l'obbligo di rimozione dei contenuti illeciti o di disabilitazione dell'accesso debba rivestire una forma qualificata¹⁰¹. In questa prospettiva, la segnalazione, anche circostanziata, da parte del titolare della situazione soggettiva lesa non si rivela sufficiente a far sorgere l'obbligo di intervento in capo al provider, essendo piuttosto necessaria la comunicazione dell'autorità amministrativa competente o dell'autorità giudiziaria. Tale posizione trae fondamento dalla scelta di conferire maggiore rilevanza alla formulazione dell'art. 16, comma 1, lett. b d.lgs. 70/2003, che prescrive all'intermediario di agire prontamente per la rimozione dei contenuti illeciti o per la disabilitazione dell'accesso «non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti». Balza immediatamente agli occhi la profonda differenza delle conseguenze applicative collegate alle due letture.

Vi sono, però, fondate ragioni per respingere entrambe le interpretazioni e per accedere alla completa re-impostazione del meccanismo di immunità delineato dall'art. 16 d.lgs. 70/2003. Va in primo luogo segnalato che la formulazione dell'art. 16, comma 1, lett. b d.lgs. 70/2003 diverge dalle previsioni della dir. 00/31, la quale all'art. 14, par. 1, lett. b collega la liceità della condotta dell'hosting provider al presupposto che «non appena al corrente di tali fatti, [questi] agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso». La medesima disposizione prevede al par. 3 la possibilità «per un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa, in conformità agli ordinamenti giuridici degli Stati membri, di esigere che il prestatore ponga fine ad una violazione o la impedisca nonché la possibilità, per gli Stati membri, di definire procedure per la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime». È evidente che la previsione dell'art. 14, par. 3, dir. 00/31 integra una fat-

in rete, di cui essa affermi la provenienza da un soggetto non autorizzato, avrebbe dovuto fornire l'indicazione dei codici di identificazione telematica URL in cui è disponibile il filmato contestato; e nello stesso senso v. anche Trib. Roma, 16 giugno 2011, *Yahoo! Italia c. Alfa Films*, in *Dir. ind.*, 2012, p. 75 ss.; App. Milano, sez. spec. in materia di impresa, 7 gennaio 2015, n. 29, cit., nn. 46 ss., dove in particolare è riconosciuto che «i rimedi sopra citati, di autotutela mediante diffida, e di eterotutela mediante ottenimento di un ordine di rimozione giurisdizionale o amministrativo, si pongono quali strumenti equivalenti e alternativi per chi si senta leso nei propri diritti, e il Tribunale, su questo punto, non ha fatto che confermare una linea interpretativa accolta dalla giurisprudenza di settore. Dirimente appare la stessa direttiva 2000/31 laddove, riguardo alla specifica responsabilità dell'hosting provider, nell'art. 14».

¹⁰¹ TOSI, *Responsabilità civile per il fatto illecito degli Internet Service Provider tra tipizzazione normativa ed evoluzione tecnologica: peculiarità e criticità del regime applicabile alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti di terzi*, cit., § 5: «una mera diffida se può ritenersi idonea nel caso degli ISP attivi - stante l'atipicità soggettiva che può, se adeguatamente motivata, fondare una deroga normativa, in particolare sotto il profilo della conoscenza effettiva dell'illecito - nel caso degli ISP passivi per i quali la conoscenza legale decorre - ai sensi dell'art. 16, 1° co. e art. 17, 3° co., d.lg. n. 70/2003 - esclusivamente dalla comunicazione dell'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza». E in giurisprudenza: Trib. Firenze, 25 maggio 2012, in *Dir. inf.*, 2012, p. 1210 ss.

tispecie ulteriore rispetto a quella dell'art. 14, par. 1, lett. b dir. 00/31, ma nell'attuazione fattane in Italia le due previsioni sono state innestate e dalla crisi è fuoriuscito un radicale ridimensionamento della portata dell'art. 14, par. 1, lett. b dir. 00/31, giacché quell'obbligo di intervento dell'intermediario che la norma europea collega alla mera conoscenza, nell'art. 16, comma 1, lett. b d.lgs. 70/2003 scatta in presenza della conoscenza determinata dalla comunicazione delle autorità competenti. Si tratta con tutta evidenza di una trasposizione infedele della direttiva europea¹⁰², frutto, però, con ogni probabilità, non già di un errore ma di una scelta deliberata volta a rendere meno rigoroso il regime applicabile agli hosting provider, comune peraltro ad altri ordinamenti europei, come, ad es., quello spagnolo¹⁰³. Se ne ha una riprova nella soluzione escogitata dal legislatore italiano per conferire un senso alla previsione dell'art. 14, par. 3, dir. 00/31 relativa alla possibilità dell'autorità giudiziaria, o dell'autorità amministrativa di controllo, di imporre all'intermediario di mettere fine alla violazione delle altrui prerogative o addirittura di prevenirle. Svuotata di gran parte del suo significato dalla scelta di elevare la comunicazione delle autorità competenti a presupposto dell'obbligo di attivazione dell'intermediario, la norma europea è stata recuperata dal legislatore italiano all'art. 16, comma 3, d.lgs. 70/2003 innestandogli un riferimento all'intervento d'urgenza, che non figura nell'archetipo europeo e che sottrae il comma 3 alla sorte di presentarsi come una stanca ripetizione del comma 1 lett. b.

Il sistema di regole che emerge sulla base dell'interpretazione prevalente che assegna valore dirimente al tenore dell'art. 16, comma 1, lett. b d.lgs. 70/2003 non può essere accettata perché contrasta in maniera irriducibile con il diritto europeo¹⁰⁴. Il recepimento non fedele dell'art. 14 dir. 00/31 da parte della normativa italiana non impedisce, però, di approdare a un'interpretazione conforme al diritto europeo, che – com'è sin troppo noto – costituisce oggi uno dei canoni ermeneutici prevalenti. Per conseguire un tale obiettivo si rende però necessario

¹⁰² Eccede, dunque, App. Milano, sez. spec. in materia di impresa, 7 gennaio 2015, n. 29, cit., n. 20 quando afferma che «Le disposizioni della normativa nazionale sono una fedele trasposizione dei principi affermati dal legislatore europeo con la direttiva 2000/31/CE, ovvero agli artt. 12-15 della direttiva sul commercio elettronico» e ribadisce che la legislazione italiana si rivela una "fedele esecutrice" della normativa europea. 25.

¹⁰³ L'art. 16 della *Ley* n. 34 dell'11 luglio 2002, *de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, collega l'effettiva conoscenza dell'intermediario al preventivo accertamento della natura illecita dei contenuti immessi in rete dal destinatario del servizio da parte dell'autorità competente. In Finlandia, la normativa distingue la violazione della proprietà industriale dalla violazione del diritto d'autore: nel caso di violazione del marchio, l'intermediario è tenuto a rimuovere i contenuti memorizzati nei propri server soltanto a seguito di un ordine giudiziario; mentre, nel caso di violazione del diritto d'autore, è sufficiente la segnalazione da parte di colui che si dichiara titolare delle relative prerogative, cui l'utente che ha immesso i contenuti contestati può replicare con un'opposizione. Differenti sono le soluzioni adottate negli ordinamenti inglese e francese, dove la diffida di parte è reputata sufficiente a far conseguire all'intermediario la conoscenza qualificata dell'illecito, a condizione che essa sia circostanziata e sufficientemente dettagliata. Sul punto v. la sintesi di PETRUSO, *Responsabilità degli intermediari di internet e nuovi obblighi di conformazione: robo-takedown, policy of termination, notice and take steps*, cit., p. 492 nt. 59.

¹⁰⁴ Una diversa ragione di difformità tra diritto italiano e diritto europeo è suggerita da RICOLFI, *Contraffazione di marchio e responsabilità degli internet service providers*, cit., p. 242 nt. 31, ma sul punto si tornerà di qui a breve.

abbandonare la più volte criticata impostazione che ravvisa negli artt. 14 e ss. d.lgs. 70/2003 una normativa sulla responsabilità degli *internet service provider* e accogliere la prospettiva più ampia che vi riconosce, invece, una normativa sui presupposti di liceità degli intermediari: in via diretta di quelli le cui prestazioni sono connotate da neutralità rispetto ai contenuti e in via indiretta anche di quelli che in varia misura sono a conoscenza dei contenuti immessi dagli utenti, se non addirittura concorrono a definirli.

5. La ridefinizione del significato e dei contenuti del sistema di regole delineato dagli artt. 14 e ss. d.lgs. 70/2003 esige, in primo luogo, di sottoporre a interpretazione restrittiva l'impiego del termine "responsabilità" compiuto dalle disposizioni italiane, qui d'altro canto in linea con le corrispondenti norme europee della sezione 4, le quali adoperano il termine "responsabilità". Dall'interpretazione complessiva delle disposizioni emerge, infatti, che quando gli artt. 14, 15 e 16 d.lgs. 70/2003 indicano le condizioni sotto le quali i prestatori di mere conduit, caching e hosting non sono "responsabili" delle informazioni trasmesse o della loro memorizzazione non fanno altro che delineare i presupposti in presenza dei quali gli intermediari non rispondono delle violazioni commesse dagli utenti per il loro tramite. Il predicato verbale "rispondere" evoca la categoria dell'ascrizione delle conseguenze negative della condotta illecita altrui e, quindi, si presenta ben più ampia dell'istituto della responsabilità che ne rappresenta soltanto una delle manifestazioni. In altri termini, gli artt. 14 e ss. d.lgs. 70/2003 non si limitano a porre regole di responsabilità, la quale certamente può discendere dalla violazione di tali disposizioni ma certo non ne esaurisce il significato che, invece, si mostra ben più ampio, abbracciando l'intero spettro dei rimedi che discendono dall'illiceità della condotta dell'intermediario. Non a caso larga parte della casistica riguarda la possibilità o meno di ottenere nei confronti dell'internet provider provvedimenti di natura interdittiva o ripristinatoria, riconducibili alla figura dell'inibitoria, che in alcun modo si possono considerare effetti di responsabilità, prescindendo del tutto dai presupposti di quest'ultimadanno ingiusto, nesso causale, criterio di imputazione¹⁰⁵. E gli stessi artt. 14 e ss. prevedono espressamente che tanto l'autorità giudiziaria quanto l'autorità amministrativa di vigilanza possano indirizzare all'intermediario di mere conduit, caching e hosting, anche in via d'urgenza, provvedimenti volti a prevenire o a stroncare le violazioni commesse dagli utenti. In questo modo assume un significato più chiaro la più volte segnalata proposta di qualificare il c.d. sistema della responsabilità degli *internet service provider* non come un complesso di regole sull'esclusione e, correlativamente, sull'imputazione agli intermediari dei danni prodotti dalla violazione delle situazioni soggettive altrui da parte dei loro utenti, ma come un complesso di regole sul perimetro della liceità e, correlativamente, dell'illiceità della condotta degli intermediari al cospetto della violazione delle situazioni soggettive altrui da parte dei loro utenti. La conseguenza è che la gamma dei rimedi invocabili nei confronti dell'intermediario si presenta ben più ricca del solo risarcimento del danno¹⁰⁶, includendo anche l'inibitoria, la

¹⁰⁵ Sotto questo profilo, adotta un linguaggio scorretto sul piano dell'impiego delle categorie civilistiche Trib. Milano, sez. spec. proprietà ind. e int., 9 settembre 2011, cit., p. 374 quando parla di responsabilità con riferimento a una domanda di provvedimento inibitorio.

¹⁰⁶ Sul più ampio tema del risarcimento del danno per violazione della proprietà intellettuale cfr. M. RICOLFI, *Il danno da violazione di proprietà intellettuale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Giur. it.*, 2017,

restituzione di profitti, la nullità degli accordi sull'ampiamiento della sfera di immunità degli intermediari in deroga della disciplina di cui agli artt. 14 e ss. d.lgs. 70/2003 etc. Per di più, non è affatto detto che l'inapplicabilità del regime delineato da tali disposizioni comporti l'inevitabile riconoscimento della responsabilità dell'intermediario, la quale potrebbe essere esclusa per altre ragioni: dall'assenza di qualcuno degli elementi costitutivicolpa, nesso causale, danno ingiusto oppure dalla presenza di scriminanti di natura diversa¹⁰⁷.

Nella prospettiva più larga dischiusa dalla coppia liceità-compartecipazione all'illiceità dell'altrui condotta acquista una forte credibilità la proposta di scindere il contenuto dell'art. 16, comma 1, d.lgs. 70/2003 in due diverse norme. L'art. 16, comma 1, lett. a d.lgs. 70/2003, nel collegare all'ignoranza incolpevole delle violazioni perpetrate dagli utenti servendosi delle proprie infrastrutture la liceità della condotta dell'intermediario, nei termini dell'immunità dal concorso nella condotta illecita posta in essere dall'utente, enuncia implicitamente anche una regola di condotta nel caso in cui l'internet provider acquisti invece conoscenza della violazione¹⁰⁸. A dispetto dell'interpretazione che reputa lecita l'inerzia dell'intermediario in presenza di una conoscenza semplice finché non intervenga la comunicazione dell'autorità giudiziaria o di quella amministrativa di vigilanza, la condizione di conoscenza, comunque acquisita, impone all'hosting provider di adottare le regole di perizia professionale, che nella fattispecie in esame si traducono nell'adozione delle misure necessarie alla cooperazione per la verifica e il contrasto degli illeciti commessi per il tramite dei suoi servizi¹⁰⁹. Al riguardo si traggono utili indicazioni dal considerando 46, il quale specifica che «Per godere di una limitazione della responsabilità, il prestatore di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni deve agire immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitare l'accesso alle medesime non appena sia informato o si renda conto delle attività illecite»¹¹⁰. E qui si aprono due scenari.

Nel caso di conoscenza semplice, ossia qualora abbia contezza della possibile natura illecita della comunicazione o dell'utilizzo delle informazioni memorizzate, l'intermediario ha l'obbligo di segnalare all'autorità giudiziaria e all'autorità amministrativa l'ipotesi di illecito, offrendo gli elementi utili per risalire all'identità dell'autore della violazione e quelli a disposizione per accertare la sussistenza o meno dell'illecito. A seguito del positivo accertamento, giudiziale o

p. 680 ss.

¹⁰⁷ Un rilievo analogo è in SEMINARA, *Internetdiritto penale*, cit., pp. 592-593, con riferimento alla responsabilità penale.

¹⁰⁸ Pone, assai opportunamente, al centro della propria lettura della disciplina degli *internet service provider* lo stato di conoscenza dell'illecito da parte di questi ultimi BOCCHINI, *La responsabilità extracontrattuale del provider*, in *Manuale di diritto dell'informatica*, p. 540 ss.; ID., *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti*, cit., c. 636 ss.

¹⁰⁹ Sottolinea l'importanza del ruolo della diligenza professionale dell'intermediario, D'ARRIGO, *Recenti sviluppi in tema di responsabilità degli Internet Service Providers*, cit., pp. 39-41.

¹¹⁰ Altri utili elementi vengono forniti dal considerando n. 48, secondo cui. «La presente direttiva non pregiudica la possibilità per gli Stati membri di chiedere ai prestatori dei servizi, che detengono informazioni fornite dai destinatari del loro servizio, di adempiere al dovere di diligenza che è ragionevole attendersi da loro ed è previsto dal diritto nazionale, al fine di individuare e prevenire taluni tipi di attività illecite».

amministrativo, dell'illecito scatta la fattispecie prevista dall'art. 16, comma 1, lett. b d.lgs. 70/2003 e, pertanto, a seguito della comunicazione dell'esito dell'esame da parte dell'autorità, sorge in capo all'intermediario l'obbligo di provvedere senza meno alla rimozione dei contenuti frutto della violazione delle altrui situazioni soggettive oppure alla disabilitazione dell'accesso a tali dati. Qualora non adempia nei tempi tecnicamente necessari all'eliminazione delle conseguenze della condotta illecita, l'intermediario è esposto alla responsabilità per gli eventuali danni prodotti dalla protrazione della violazioni anche a seguito della comunicazione dell'accertata violazione, configurandosi un'ipotesi di concorso di cause di cui all'art. 1227, comma 1, c.c. richiamato in sede aquiliana dall'art. 2056, comma 1, c.c., con applicazione del regime di responsabilità solidale di cui all'art. 2055 c.c. Si tratta di un'ipotesi di concorso colposo per mancata cooperazione nel contrasto di un illecito oramai appurato¹¹¹. Non può tuttavia essere sottovalutata la questione relativa alla portata dell'ordine inibitorio, o come pure si dice del provvedimento ingiuntivo: quanto esso contiene misure ripristinatorie dello status quo ante, nulla quaestio; ma quando si estende all'adozione di accorgimenti per il futuro, tesi a prevenire nuove violazioni, sorgono i problemi relativi all'estensione delle misure esigibili, il che non può che riflettersi sul terreno della responsabilità e dell'esonero da essa per impossibilità dell'attuazione del provvedimento o per difetto di proporzionalità¹¹².

La seconda fattispecie ricavabile dall'art. 16, comma 1, d.lgs. 70/2003 non poggia, invece, sul combinato disposto delle lettere a e b, ma si impernia sul secondo periodo della lett. a, che è specificamente riferito al risarcimento del danno: «per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente [l'hosting provider n.d.a.] di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione». L'elemento posto a fondamento di questa seconda fattispecie consiste non nella mera conoscenza di una presunta attività illecita, ma nella conoscenza di un'illiceità manifesta¹¹³, alla quale il hosting provider può pervenire nelle maniere più varie: a seguito di propri accertamenti più o meno casuali; della segnalazione particolarmente circostanziata da parte di colui che si proclama titolare del diritto leso; di una segnalazione generica dell'autorità amministrativa; di notizie di stampa etc.¹¹⁴. Il carattere manifesto dell'illiceità di

¹¹¹ Per il fondamento colposo della responsabilità del *provider* si dichiarano NIVARRA, *La responsabilità degli intermediari*, cit., p. 314 e PONZANELLI, *Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli internet service providers?*, cit., p. 10; BOCCHINI, *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti*, cit., c. 637, c. 643

¹¹² Nello stesso senso mi pare si muovano le considerazioni di RICOLFI, *Contraffazione di marchio e responsabilità degli internet service providers*, cit., p. 249-250.

¹¹³ Coglie la centralità della nozione di "conoscenza" ma non ne trae le giuste conseguenze in sede di definizione delle norme applicabili agli intermediari: TOSI, *Responsabilità civile per il fatto illecito degli Internet Service Provider tra tipizzazione normativa ed evoluzione tecnologica: peculiarità e criticità del regime applicabile alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti di terzi*, cit., par. 5.

¹¹⁴ Una diversa lettura della disposizione europea funge da matrice all'art. 16 d.lgs. 70/2003, ossia dell'art. 14, par. 1, lett. a dir. 00/31, è proposta da RICOLFI, *Contraffazione di marchio e responsabilità degli internet service providers*, cit., p. 214 nt. 31. Secondo questa prospettiva, la formula della versione inglese della direttiva «aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent» riferita al rimedio risarcitorio va intesa, soprattutto in confronto all'«actual knowledge» riferita, invece, al rimedio inibitorio, nel senso che per ricorrere alla tutela risarcitoria è sufficiente la mera conoscibilità della natura illecita dei contenuti,

cui l'intermediario è venuto a conoscenza fa sorgere, anche in questo caso, l'obbligo di adottare le regole della perizia professionale, le quali, nel frangente in esame, non si possono limitare, come nella fattispecie precedente, all'obbligo di segnalazione e di cooperazione con l'autorità giudiziaria e con quella amministrativa, imponendo piuttosto l'immediato intervento per eliminare le conseguenze della violazione, tramite cancellazione dei contenuti illeciti o disabilitazione dell'accesso. Qualora non provveda, trincerandosi dietro l'assenza di una comunicazione da parte delle autorità competenti, l'intermediario è esposto alla responsabilità nei confronti del titolare della situazione giuridica lesa in concorso con l'autore della violazione in una misura che, a seconda delle caratteristiche del caso concreto, potrebbe anche risultare paritaria. In tal modo viene recuperata in sede interpretativa la conformità del diritto italiano al diritto europeo, grazie all'elaborazione di una norma che ricalca in maniera puntuale la regola ricavabile dall'art. 14, par. 1, dir. 00/31. Se ciò vale per gli illeciti già commessi, resta il problema del contenuto e dell'ampiezza delle misure di vigilanza e di precauzione da adottare per scongiurare la reiterazione delle condotte lesive da parte del medesimo cliente e qui non si può che seguire la stella polare del carattere proporzionato, non eccessivamente oneroso e ragionevole degli accorgimenti dovuti¹¹⁵.

Le due fattispecie ricavate dall'art. 16, comma 1, d.lgs. 70/2003 presentano una matrice comune: sono due forme di responsabilità di secondo grado¹¹⁶, perché si innestano in un fatto dannoso già perfezionato nei suoi elementi costitutivi, acuendone le conseguenze lesive e quelle pregiudizievoli, e possono essere considerate come manifestazioni di una categoria unitaria rappresentata dalla responsabilità per mancato contrasto dell'altrui fatto illecito dagli effetti dannosi permanenti¹¹⁷. In dottrina si è proposta la qualificazione in termini di illecito pluri-

mentre per accedere a quella inibitoria si rivela necessaria la conoscenza effettiva. L'interpretazione è ingegnosa e, per di più, sembra accordarsi a quanto avviene in altre significative esperienze giuridiche, prima fra tutte quella statunitense; e tuttavia non persuade. Dall'analisi complessiva della disciplina europea del commercio elettronico sembra emergere uno scenario nel quale al risarcimento del danno è riservato il ruolo di rimedio secondario rispetto al rimedio inibitorio, variamente articolato: una sorta di *extrema ratio* dell'*enforcement* della proprietà intellettuale e dei diritti della persona. Se così è, fermo restando il presupposto della conoscenza effettiva per poter invocare la tutela inibitoria, sembrerebbe preferibile rintracciare la soglia di ingresso della responsabilità civile in un elemento più rigoroso rispetto alla mera conoscibilità, come si è tentato di prospettare *supra* nel testo, richiedendo addirittura la conoscenza di elementi che rendano manifesto il carattere illecito dei contenuti immessi in rete. D'altro canto lo stesso R. riconosce, in maniera del tutto condivisibile, che il presupposto della conoscibilità potrebbe entrare in contrasto con l'assenza di un dovere generale di sorveglianza in capo all'intermediario *ibidem*, p. 243.

¹¹⁵ Sul punto v. RICOLFI, *Contraffazione di marchio e responsabilità degli internet service providers*, cit., p. 248.

¹¹⁶ È a questo concetto cui forse intende alludere, per lo meno in parte, App. Milano, sez. spec. in materia di impresa, 7 gennaio 2015, n. 29, cit., n. 31 ss. quando etichetta quella del *provider* come una «responsabilità "a posteriori"». L'espressione non è però felice, perché la responsabilità è sempre un *ex post* rispetto a un'attività oramai realizzata e foriera di pregiudizi giuridicamente rilevanti, in quanto qualificazione di un fatto dannoso che discende da una valutazione retrospettiva di un fatto storico oramai fissato.

¹¹⁷ Sulla natura di fatto illecito permanente dell'illecito commesso dall'utente in rete si è di recente pronunciata Cass. pen., Sez. V, 27 dicembre 2016, n. 54946.

soggettivo eventuale a formazione progressiva dell'intermediario di caching o di hosting che, venuto a conoscenza dell'illecito, omette di identificarne l'autore e di rimuovere l'informazione lesiva degli altrui diritti¹¹⁸. Si tratterebbe di un'ipotesi di concorso successivo, sostanzialmente doloso, nell'illecito di un terzo già compiuto in tutti i suoi elementi costitutivi, che deriva da una condotta omissiva che poggia sullo stato soggettivo di conoscenza da parte dell'intermediario¹¹⁹. Proprio quest'ultima caratteristica sospingerebbe la fattispecie della responsabilità dell'internet provider al di là degli istituti conosciuti dal codice civile, il quale ignora l'illecito permanente e prende in considerazione soltanto le fattispecie di concorso di cause nella produzione dell'evento lesivo, pur in assenza di una cooperazione psicologica, visto che è ammesso che i coautori possano essere chiamati a rispondere sulla base di criteri di imputazione diversi. Nella responsabilità dell'intermediario, il concorso, se c'è, si innesta – come si è già chiarito – su un evento lesivo già perfetto. L'opinione in esame si interroga allora sulla possibilità o meno di applicare a tale forma di responsabilità l'art. 2055 c.c., considerato che, per opinione prevalente, tale disposizione presuppone il concorso di cause già in sede di produzione dell'evento dannoso e ciò la renderebbe non estendibile in via diretta a una fattispecie di illecito permanente a formazione progressiva, che vede il concorso successivo in un illecito che nasce unisoggettivo. E tuttavia il dubbio viene sciolto nel senso dell'applicabilità dell'art. 2055 c.c. sia alla luce della portata ampia della disposizione in esame sia in considerazione del rapporto biunivoco che intercorre tra il comportamento del destinatario del servizio e il comportamento dell'intermediario¹²⁰. Si osserva, infatti, che se l'illecito commesso in rete «è, per definizione, ad intermediazione necessaria, appare evidente che l'intermediario non è un agente esterno ed estraneo al fatto telematico, poi illecito, ma è proprio l'autore della intermediazione che ha creato il presupposto necessario del fatto telematico, poi illecito. Appare, allora, evidente che, rispetto all'intermediario, il fatto del destinatario del servizio non può essere considerato totalmente estraneo. Al punto che la dottrina afferma, coerentemente, la responsabilità oggettiva dell'host intermediario proprio perché il fatto illecito è in parte a lui attribuibile per aver posto in essere, attraverso la memorizzazione, la condicio sine qua non dell'illiceità»¹²¹.

La tesi in esame coglie meglio di altre sistemazioni alcuni profili cruciali della fattispecie della responsabilità dell'intermediario, quali il suo carattere permanente, il concorso successivo, la trasformazione di un illecito unipersonale in un illecito plurisoggettivo. Questi indubbi elementi costitutivi della fattispecie vengono però inseriti in un quadro concettuale che non persuade. In primo luogo, il fondamento del concorso dell'intermediario nell'illecito commesso dall'utente

¹¹⁸ BOCCHINI, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico*, cit., p. 157 ss.; ID., *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti*, c. 640 ss.

¹¹⁹ RICOLFI, *Contraffazione di marchio e responsabilità degli internet service providers*, cit., p. 243 solleva il problema, cruciale ma anche oltremodo arduo da sciogliere, relativo alla natura della conoscenza richiesta all'intermediario: si tratta della "conoscenza" degli umani o della "conoscenza" delle macchine? Sul tema v. D.L. BURK, *Towards an Epistemology of ISP Secondary Liability*, in *24 Philosophy & Technology*, 2011, p. 437 ss.

¹²⁰ BOCCHINI, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico*, cit., p. 188.

¹²¹ BOCCHINI, *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti*, cit., c. 642.

non risiede tanto nella natura ontologicamente infrastrutturale dell'illecito realizzato in internet quanto piuttosto nel suo carattere permanente, che dal punto di vista della responsabilità – che, come si è chiarito, non è l'unica né la principale dimensione della disciplina in esame – si traduce nella reiterazione nel tempo delle conseguenze dannose. Ed è qui che si innesta il concorso colposo dell'intermediario che, a causa della propria omissione nel rimuovere i contenuti illeciti, concorre alla produzione delle conseguenze dannose a partire, a seconda della fattispecie, dal momento della comunicazione o dell'ordine da parte delle autorità competenti o dal momento dell'acquisizione degli elementi che rendono manifesta l'illiceità. La dottrina specialistica più autorevole al riguardo ha sottolineato che, mentre il diritto d'autore, il diritto dei marchi e delle relative tutele rientrano nel diritto europeo e nel diritto nazionale armonizzato a quest'ultimo, il nodo del concorso nell'illecito resta affidato, invece, ai diritti nazionali che sotto questo profilo non sono ancora armonizzati e ciò rende tale profilo di estrema delicatezza¹²². Il rilievo sembra suggerire un approccio al tema più audace, così da non lasciarsi imbrigliare in letture tradizionali, elaborate in epoche e contesti molto distanti dall'attuale stagione degli illeciti digitali.

Ecco allora che, cercando di cogliere l'implicito invito, bisognerebbe tenere conto che l'art. 2055 c.c., nonostante il suo infelice riferimento al fatto dannoso¹²³, che in effetti suggerisce la circoscrizione della norma al concorso nell'evento lesivo, va coordinato con l'art. 1227, comma 1, c.c., espressamente richiamato in materia aquiliana dall'art. 2056, comma 1, c.c.¹²⁴. Com'è noto, l'art. 1227, comma 1, c.c. esprime, in un contesto dedicato alla determinazione e alla liquidazione del danno, una regola causale e la collocazione non del tutto appropriata si comprende in considerazione del fatto che il tipo di concorso qui regolato riguarda proprio le conseguenze pregiudizievoli dell'evento dannoso. Se si volessero adottare le categorie della giurisprudenza¹²⁵ e di un'area sin troppo vasta della dottrina, si dovrebbe sostenere che l'art. 1227, comma 1,

¹²² RICOLFI, *Contraffazione di marchio e responsabilità degli internet service providers*, cit., pp. 237-238.

¹²³ Sul senso e la portata dell'art. 2055 c.c. cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile. 5. La responsabilità*², Milano, 2012, p. 648 ss.; M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1993, p. 713 ss.; Id., *L'illecito*², in *Tratt. resp. civ.*, diretto da M. Franzoni, I, Milano, 2010, p. 130 ss.; M. ORLANDI, *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, Milano, 1993, p. 101 ss.; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 1998, p. 192 ss.; A. GNANI, *La responsabilità solidale*, in *Il Codice Civile. Comm. fondato da P. Schlesinger*, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2005, *passim*, in part. p. 127 ss.; S. MARULLO DI CONDOJANNI, sub *Art. 2055 - Responsabilità solidale*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, *Dei fatti illeciti*, a cura di U. Carnevali, artt. 2044-2059, Torino, 2011, p. 408 ss.; Id., *Il concorso di colpa nell'illecito civile*, Milano, 2012, *passim*.

¹²⁴ Sul punto cfr. N. DI PRISCO, *Concorso di colpa e responsabilità civile*, Napoli, 1973, *passim* e, più di recente, G. GRISI, *Causalità materiale, causalità giuridica e concorso del creditore nella produzione del danno*, in *Contratti*, 2010, p. 617 ss.; B. TASSONE, sub *Art. 1227 - Concorso del fatto colposo del creditore*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, *Delle obbligazioni*, a cura di V. Cuffaro, Artt. 1218-1276, Torino, 2013, p. 285 ss.; V. CAREDDA, *Concorso del fatto colposo del creditore*, in *Il Codice civile. Comm. fondato da P. Schlesinger*, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2015, *passim*, in part. p. 23 ss.; D. FARACE, *Sul concorso colposo dei soggetti lesi*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 158 ss.

¹²⁵ Per una convinta adesione alla distinzione tra causalità materiale e causalità giuridica cfr. G. TRAVAGLINO, *La questione dei nessi di causa*, Milano, 2013, *passim*, in part. p.133 ss.

c.c. disciplina le concause che incidono sul nesso di causalità giuridica di cui all'art. 1223 c.c., ossia sul rapporto eziologico che collega le conseguenze dannose al fatto lesivo, il quale, a sua volta, è collegato alla condotta dannosa dal nesso di causalità materiale di cui agli artt. 40 e 41 c.p. L'armamentario concettuale che distingue due nessi causali si rivela però – come si è tentato di dimostrare anche in passato¹²⁶ – alquanto debole: il nesso causale è, infatti, unico¹²⁷ e non conosce frammentazione in quanto presuppone un rapporto di derivazione tra una condotta umana e le conseguenze pregiudizievoli da essa provocate, sicché l'art. 1223 c.c., a dispetto del linguaggio causale adottato, non integra una regola sulla causalità giuridica, ma una disposizione che enuncia un criterio di delimitazione del danno risarcibile che opera lungo l'unitaria traiettoria causale¹²⁸. La causalità fonda un giudizio che istituisce un ordine di valutazioni giuridiche, fondate però su regole pre-giuridiche, desunte dai più svariati campi della conoscenza, grazie alle quali è possibile ricostruire quel rapporto di derivazione di un evento dalla sua causa che il diritto non sarebbe in grado di esprimere in piena autonomia¹²⁹. Il diritto può privilegiare talune di queste regole causali pre-giuridiche, le può addirittura rielaborare, ma non ne può prescindere¹³⁰. Non ha quindi molto costruito immaginare due distinti nessi di causalità, uno materiale governato dalle leggi scientifiche di copertura, ossia da regole extra-giuridiche, e uno giuridico, governato, invece, più specificamente da criteri di valutazione interni al diritto.

Una volta chiarito questo aspetto concettuale, non sembra affatto che la logica interna del giudizio causale imponga che il concorso di cause operi soltanto in fase originaria, atteggiandosi inevitabilmente come la compartecipazione nell'azione che provoca la lesione e dà il la alla catena dei pregiudizi. L'apporto causale di una o più condotte ulteriori può, infatti, innestarsi in una struttura causale già instaurata e, dunque, in itinere, incidendo direttamente sull'entità delle conseguenze dannose. È proprio questa l'ipotesi che si verifica nella responsabilità degli intermediari, nella quale l'omissione dell'obbligo di rimuovere i contenuti illeciti immessi dall'utente si affianca alla condotta lesiva di quest'ultimo, concorrendo alla rinnovazione o al prolungamento nel tempo degli effetti dannosi scaturiti dalla violazione della posizione sostantiva altrui. Ancora meno persuasivo è il rilievo secondo cui l'incidenza causale della condotta dell'intermediario nella produzione del danno derivante dalla violazione dell'utente spiegherebbe la ragione – non condivisa tuttavia dell'opinione in esame¹³¹ – per cui una parte della dottrina propone di ricondurre la responsabilità dell'intermediario nell'alveo della responsabilità oggettiva: il provider, infatti, crea con la memorizzazione delle informazioni immesse dall'utente la condicio sine qua

¹²⁶ F. PIRAINO, *I confini della responsabilità civile e la controversia sulle malformazioni genetiche del nascituro: il rifiuto del c.d. danno da vita indesiderata*, in *NGCC*, 2016, I, p. 450 ss., in part. p. 457 ss.

¹²⁷ In tal senso C. CASTRONOVO, *Il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 86 ss., in part. p. 89.

¹²⁸ Così – com'è noto – G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, p. 407 ss. e ora CASTRONOVO, *Il risarcimento del danno*, cit., p. 87 ss.

¹²⁹ Cfr. A. BELVEDERE, *Causalità giuridica?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, pp. 8-10.

¹³⁰ R. PUCELLA, *La causalità «incerta»*, Torino, 2007, p. 40 ss.

¹³¹ In un passaggio successivo del proprio ragionamento BOCCHINI, *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti*, cit., c. 643 esclude che quella dell'intermediario possa essere qualificata come una responsabilità oggettiva, poiché anzi essa si presenta come un regime premiale per il provider.

non dell'illecito di quest'ultimo¹³². Al di là delle plurime evidenze del fondamento colposo di tale forma di responsabilità in precedenza segnalate, non va mai dimenticato che la rappresentazione della responsabilità oggettiva come una tipologia di responsabilità per pura causalità è fieramente avversata da tutti gli specialisti della materia e la ragione, peraltro del tutto fondata, risiede nella circostanza che il nesso causale offre alla fattispecie di responsabilità la struttura ma nulla dice in ordine all'imputazione delle conseguenze dannose¹³³, la quale, anche quando non si identifichi con la colpa, deve poggiare su un dispositivo che esprima la scelta di valore che soggiace all'addebitamento dei danni a quel soggetto piuttosto che a un altro.

Se si volesse tentare un inquadramento di tale particolare fattispecie di concorso nelle categorie concettuali di common law, sembrerebbe confacente il richiamo alla Secondary Liability: una figura di responsabilità piuttosto ampia che abbraccia diverse ipotesi tutte però accomunate dall'esistenza di una condotta illecita primaria e dalla circostanza che un soggetto viene chiamato a rispondere del danno provocato da tale azione dannosa¹³⁴. Si è soliti distinguere due forme di Secondary Liability: una Participant-based e una Relationship-based¹³⁵. La prima presuppone una compartecipazione del responsabile secondario all'illecito dell'autore principale sotto forma di induzione, di concorso nella causazione o di facilitazione e il presupposto soggettivo di tale forma di responsabilità esige la conoscenza, o per lo meno la conoscibilità, del carattere antiggiuridico della condotta dell'autore primario. In questa tipologia rientra la figura della Contributory Liability¹³⁶, che abbraccia le ipotesi di concorso, che, per opinione consolidata, non sono circoscritte alla compartecipazione nell'evento dannoso ma estese anche alle fattispecie in cui il contributo causale si esaurisce nella predisposizione dello strumento mediante il quale l'illecito viene compiuto. La Secondary Liability Relationship-based presuppone, invece, che il responsabile secondario tragga beneficio dall'illecito primario in forza della stretta relazione intercorrente con l'autore di quest'ultimo, tale da poterne prevenire l'azione dannosa: una prossimità che, dal punto di vista giuridico, giustifica il loro accomunamento sul piano della responsabilità¹³⁷. Rientra in questo modello la Vicarious Liability, ossia la responsabilità per fatto altrui. La struttura della responsabilità degli intermediari delineata dalla legislazione

¹³² BOCCHINI, *op. cit.*, c. 642.

¹³³ Cfr. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 302, pp. 337-338, il quale spiega che « pure nelle fattispecie di responsabilità oggettiva il rapporto di causalità non può essere lasciato a decidere da solo della responsabilità. La responsabilità oggettiva perciò non può essere pura assenza o irrilevanza dei criteri soggettivi di imputazione, bensì sostituzione di questi con altri di natura oggettiva, i quali svolgano nei confronti del rapporto di causalità la medesima funzione che da sempre è propria dei criteri soggettivi di imputazione nei fatti illeciti. Solo che, mentre nella responsabilità per colpa quest'ultima si asside su un nesso causale già individuato tra evento e fatto ai fini della qualificazione di quest'ultimo in funzione della responsabilità, nella responsabilità oggettiva sono i criteri di imputazione a individuare la sequenza causale alla quale occorre fare riferimento ai fini della responsabilità».

¹³⁴ G.B. DINWOODIE, *A Comparative Analysis of the Secondary Liability of Online Service Providers*, in *Secondary Liability of Internet Service Providers*, cit., p. 1 ss., in part. p. 10

¹³⁵ Sul punto cfr. G.B. DINWOODIE, *op. cit.*, p. 9.

¹³⁶ DINWOODIE, *op. cit.*, pp. 8-9.

¹³⁷ DINWOODIE, *op. cit.*, p. 9.

europea sembra iscriversi nella prima variante della Secondary Liability e non è infrequente che nelle trattazioni del tema si proponga l'inquadramento nel Contributory Infringement¹³⁸, che è una figura elaborata prevalentemente nell'ambito della tutela del brevetto e riconducibile al ceppo della Contributory Liability. Si ha Contributory Infringement quando la violazione dei diritti di utilizzazione economica derivanti da un brevetto o da un modello di utilità avviene mediante la predisposizione o l'offerta di predisposizione a favore di un soggetto diverso dal titolare del diritto di sfruttamento, e senza il consenso di questi, di mezzi relativi a una parte essenziale dell'invenzione, di per sé non coperta da brevetto, e univocamente finalizzati all'attuazione dell'invenzione medesima, con la consapevolezza della preordinazione del mezzo, o per lo meno della sua idoneità, a realizzare la contraffazione del trovato protetto dal diritto di privativa. Nel diritto statunitense il Contributory Infringement è delineato dal § 271c del Title 35 del United States Code¹³⁹ come un rimedio aggiuntivo a favore del titolare del brevetto e, nell'interpretazione fornita dalla Corte Suprema¹⁴⁰, esso sussiste quando la violazione realizzata dal Contributory Infringer si riveli in grado di intaccare il mercato del trovato. Pur in assenza di una disposizione espressa, anche il diritto italiano conosce il Contributory Infringement, noto anche come contraffazione indiretta, con l'avallo della giurisprudenza di legittimità sin dal 1956¹⁴¹.

Nonostante la frequenza del ricorso del Contributory Infringement per fornire le coordinate della posizione dell'intermediario, si può nutrire più di un dubbio sull'idoneità di tale figura a offrire un inquadramento fedele. Il Contributory Infringement si presta al limite a qualificare la posizione dell'intermediario nelle ipotesi di vera e propria compartecipazione di quest'ultimo, o del gestore del sito, nella violazione del diritto di utilizzazione realizzata dall'utente, mettendogli a disposizione gli strumenti tecnici indispensabili a compiere lo sfruttamento illecito dell'opera protetta o dell'invenzione¹⁴². La figura diviene inadatta, invece, a fornire una cornice concettuale adeguata alla posizione dell'intermediario che concorre alla violazione dell'utente tramite l'omessa rimozione dei contenuti illeciti a seguito dell'acquisizione degli elementi da cui

¹³⁸ BELLIA-BELLOMO-MAZZONCINI, *La responsabilità civile dell'Internet Service Provider per violazioni del diritto d'autore*, cit., p. 357 ss.

¹³⁹ 35 U.S.C. § 271c: «Whoever offers to sell or sells within the United States or imports into the United States a component of a patented machine, manufacture, combination, or composition, or a material or apparatus for use in practicing a patented process, constituting a material part of the invention, knowing the same to be especially made or especially adapted for use in an infringement of such patent, and not a staple article or commodity of commerce suitable for substantial noninfringing use, shall be liable as a contributory infringer».

¹⁴⁰ U.S. Supreme Court, *Dawson Chem. Co. v. Rohm & Haas Co.*, 448 U.S. 176 (1980).

¹⁴¹ Cass., 24 ottobre 1956, n. 3387, in *Riv. dir. ind.*, 1958, II, p. 3 ss., .

¹⁴² Un'ipotesi di tal genere sembra quella decisa da Trib. Milano, sez. spec. in proprietà intellettuale ed industriale, 7 gennaio 2010, *Sky Italia S.r.l. c. Davide Boizza e Telecom Italia S.p.A.*, il quale ha riconosciuto la responsabilità del gestore del sito internet a causa dell'agevolazione alla visualizzazione dei filmati di partite del campionato di calcio coperte dai diritti di utilizzazione economica in capo a Sky realizzata non solo mediante la messa a disposizione di link a siti cinesi, ma anche grazie a dettagliate istruzioni per ottimizzare la visualizzazione, coordinando immagini e audio. Di contro, l'*internet service provider* è stato ritenuto esente da responsabilità alla luce della neutralità della sua prestazione, sostanzialmente limitata a fornire al sito Tvgratis il solo accesso a internet, ossia a un'attività di *mere conduit*, di cui all'art. 14 d.lgs. 70/2003.

emerge la loro manifesta illiceità oppure a seguito della comunicazione o dell'ordine delle autorità competenti. Nella concettualizzazione sinora prevalente, il Contributory Infringement si riferisce, infatti, a ipotesi di concorso nella commissione dell'evento dannoso mediante la messa a disposizione di una parte del trovato non coperta da brevetto ma finalizzata in maniera univoca all'utilizzazione dell'invenzione con consapevolezza da parte del realizzatore della parte. Nei termini qui suggeriti di una responsabilità per mancato contrasto dell'altrui fatto illecito dagli effetti dannosi permanenti, la posizione dell'intermediario concorre non già alla causazione dell'evento dannoso, ma alla protrazione nel tempo o all'accentuazione dei pregiudizi prodotti dalla violazione della situazione giuridica soggettiva del terzo, il che imprime alla fattispecie una connotazione del tutto peculiare.

Quel che va certamente condiviso nella costruzione dell'illecito plurisoggettivo eventuale a formazione progressiva è la soluzione offerta al problema della determinazione delle quote dell'obbligazione risarcitoria spettanti su ciascun concorrente ex art. 2055 c.c. La quota va determinata in misura della gravità della colpa di ciascun debitore in solido e dell'entità delle conseguenze che ne sono derivate e nella fattispecie del concorso dell'intermediario nell'illecito dell'utente tale operazione deve muovere dall'individuazione del momento a partire dal quale l'obbligo di rimozione dei contenuti illeciti è divenuto esigibile, perché è da qui che la condotta colposa dell'intermediario confluisce nella condotta lesiva dell'utente. È «lo scarto che separa l'ingresso nell'illecito dell'intermediario rispetto all'inizio dello stesso, che segna la misura della colpa dell'intermediario rispetto a quella del destinatario del servizio. Quanto maggiore sarà lo scarto temporale, allora, tanto minore sarà la misura della colpa dell'intermediario ai sensi dell'art. 2055, 2° comma, c.c.»¹⁴³.

6. È evidente che il profilo più delicato nell'ipotesi costruttiva qui delineata è rappresentato dal ruolo e dal valore da riconoscere alla segnalazione di colui che si dichiara titolare della situazione soggettiva lesa e la soluzione non può essere univoca: come non si può sostenere che la segnalazione della presunta vittima dell'illecito sia sempre idonea a svelare all'hosting provider elementi che rendono manifesta l'illiceità, così non si può neppure ritenere che essa sia per definizione idonea a rendere manifesta la violazione di cui si lamenta il segnalante. È il concreto contenuto dell'avviso o della diffida a determinare se la segnalazione del presunto titolare del diritto violato integri la prima fattispecie quella che implica la segnalazione dell'illiceità alle autorità competenti da parte dell'intermediario oppure la seconda quella che comporta direttamente l'obbligo di eliminazione dei contenuti illeciti in capo all'intermediario¹⁴⁴. E, d'altro canto, la conoscenza di un'illiceità che si presenta manifesta costituisce un elemento di natura congiunturale, in quanto legato ai caratteri specifici della violazione e dalla completezza della

¹⁴³ BOCCHINI, *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti*, cit., c. 643.

¹⁴⁴ Questa impostazione dovrebbe allentare le resistenze di chi si mostra contrario a riconoscere alla segnalazione della presunta vittima del valore giuridico di strumento di conoscenza qualificata idonea a far scattare a carico dell'intermediario l'immediato obbligo di cancellazione dei contenuti illeciti: in tal senso TOSI, *Responsabilità civile per il fatto illecito degli Internet Service Provider tra tipizzazione normativa ed evoluzione tecnologica: peculiarità e criticità del regime applicabile alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti di terzi*, cit., par. 5.

segnalazione¹⁴⁵. Va, peraltro, sottolineata la complessità della valutazione sul carattere illecito o meno dei contenuti immessi in rete, tale da aver indotto la dottrina a parlare di un apprezzamento non solo congiunturale, in quanto fortemente condizionato da elementi di contesto, ma anche multifattoriale, il che dovrebbe suggerire maggiore cautela nel caricare eccessivamente di contenuti il dovere di diligenza professionale degli intermediari in punto di acquisizione degli elementi dai quali ricavare la conoscenza della natura illecita delle informazioni memorizzate¹⁴⁶. E, tuttavia, anche se inidonea a far emergere la natura manifesta dell'illiceità, la segnalazione da parte della presunta vittima dell'illecito riveste comunque un valore giuridico significativo, consentendo che si integri la prima fattispecie di cui all'art. 16, comma 1, d.lgs. 70/2003 e gettando così le basi per l'instaurazione di un meccanismo di notice-and-take down sul modello di quello statunitense, che però necessiterebbe di un intervento normativo specifico anche soltanto di natura regolamentare e che – andrebbe riconosciuto – non è detto che si riveli una panacea¹⁴⁷. Un tentativo in tal senso è stato compiuto dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni¹⁴⁸, per lo meno nel campo che qui maggiormente interessa, ossia quello della violazione online della proprietà intellettuale, con l'approvazione del Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative del d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, delibera del 12 dicembre 2013¹⁴⁹. Entrato in vigore il 31 marzo 2014, il regolamento disciplina la procedura dinanzi all'AGCOM esperibile da chi ritenga che un'opera digitale sia stata resa disponibile su una pagina internet in violazione della legge sul diritto d'autore. L'art. 6 disciplina l'istanza e le condizioni di ricevibilità, procedibilità e ammissibilità. L'art. 7 regola il procedimento istruttorio dell'Autorità, che esordisce con la comunicazione dell'avvio del procedimento ai prestatori dei servizi di mere conduit o di hosting e, ove rintracciabili, all'uploader e ai gestori della pagina e del sito internet. L'art. 8 offre il ventaglio dei provvedimenti adottabili dall'Autorità che si traducono in ordini che, nel rispetto dei criteri di gradualità, di proporziona-

¹⁴⁵ E proprio per questo motivo ha perfettamente ragione RICOLFI, *Contraffazione di marchio e responsabilità degli internet service providers*, cit., p. 244 quando osserva che la disciplina degli intermediari «è basata su di un presupposto - la possibilità per il *provider* di distinguere con ragionevole grado di sicurezza e con costi non proibitivi fra legalità ed illegalità, liceità ed illiceità, dell'attività e dell'informazione - che è molto dubbio».

¹⁴⁶ RICOLFI, *Contraffazione di marchio e responsabilità degli internet service providers*, cit., p. 244 ss., il quale sottolinea che la complessità della valutazione della natura dei contenuti si accentua quanto la violazione concerne il marchio, a causa degli accertamenti fattuali che il *provider* dovrebbe essere chiamato in molti frangenti a compiere.

¹⁴⁷ Ne dubita, e con molto fondamento, RICOLFI, *Contraffazione di marchio e responsabilità degli internet service providers*, cit., pp. 246-247.

¹⁴⁸ Non ne tiene conto PETRUSO, *Responsabilità degli intermediari di internet e nuovi obblighi di conformazione: robo-takedown, policy of termination, notice and take steps*, cit., pp. 491-492, il quale, quindi, ritiene che nella disciplina europea degli intermediari non vi sia traccia «financo di un sistema di *notice and takedown* a beneficio di chi sia stato danneggiato dalla presenza in rete dei più vari contenuti anche solo parzialmente regolamentato: qualcosa di solo lontanamente paragonabile ad un sistema di notifica e di rimozione quale quello disciplinato organicamente dal *Digital Millennium Copyright Act*, infatti, è solo indirettamente tratteggiato dall'art. 14 lett. *b* nel momento sanzionatorio della riattivazione del circuito della responsabilità».

¹⁴⁹ Delibera n. 680/13/CONS, sul quale v. AA.VV., *Il regolamento Agcom sul diritto d'autore*, a cura di L.C. Ubertazzi, Torino, 2014, *passim*.

lità e di adeguatezza, impongono agli intermediari di impedire la violazione del diritto d'autore o di porvi fine: ordini l'inottemperanza ai quali comporta l'applicazione da parte dell'Autorità delle sanzioni di cui all'art. 1, comma 31, l. 31 luglio 1997, n. 249. L'art. 9 introduce, infine, un procedimento abbreviato, applicabile quando la Direzione dei servizi media dell'Autorità, sulla base di una sommaria cognizione dei fatti oggetto dell'istanza, vi ravvisa un'ipotesi di grave lesione dei diritti di sfruttamento economico di un'opera digitale oppure un'ipotesi di violazione di carattere massimo. Il regolamento ha incontrato molta resistenza: impugnato dinanzi al Tar Lazio¹⁵⁰ e poi da questi sottoposto al giudizio della Corte costituzionale nell'ambito di una questione di legittimità costituzionale relativa agli art. 5, comma 1; 14, comma 3; 15, comma 2, e 16, comma 3, d.lgs. 70/2003 nonché all'art. 32-bis, comma 3, d.lgs., 31 luglio 2005, n. 177, testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici, così come modificato dal d.lgs., 15 marzo 2010, n. 44¹⁵¹. Dichiarata inammissibile la questione di legittimità costituzionale¹⁵², non si sono però assopite le perplessità sul regolamento di cui la dottrina specialistica tenta di circoscrivere il campo di applicazione dal punto di vista tanto soggettivo quanto oggettivo alla luce della portata della norma primaria che offre il fondamento al potere normativo in materia dell'AGCOM, il già ricordato art. 32-bis, comma 3, d.lgs. 177/2005¹⁵³. Sotto il primo profilo, la normativa secondaria si dovrebbe applicare ai soli fornitori di servizi di media audiovisivi e radiofonici ai quali sia riconducibile la responsabilità editoriale sulla scelta dei contenuti trasmessi; mentre sotto il secondo profilo, il regolamento dovrebbe riguardare soltanto i contenuti audiovisivi e radiofonici e non anche quindi file musicali, immagini non in movimento, testi e software¹⁵⁴. Non si può però dimenticare che, ancora più a monte, viene revocata in dubbio l'esistenza di un'adeguata copertura della normativa primaria alla pretesa dell'AGCOM di assumere poteri di vigilanza e ispettivi in ordine alla violazione del diritto d'autore compiute nella rete, che – com'è noto – alcuni fondano su una lettura giudicata particolarmente largheggiante dell'art. 182-bis l.d.a.¹⁵⁵ mentre altri sull'art. 32-bis, comma 3, d.lgs. 177/2005¹⁵⁶. Quel che maggiormente si

¹⁵⁰ Tar Lazio, Sez. I., ord., 26 settembre 2014 n. 10020 e 10016, su cui cfr. P. PASSAGLIA, *Corte costituzionale e diritto dell'Internet: un rapporto difficile e un appuntamento da non mancare*, in *Giur. Cost.*, 2014, p. 4857 ss.

¹⁵¹ Corte cost., 3 dicembre 2015, n. 247.

¹⁵² Le ragioni a sostegno della sentenza di inammissibilità affondano nei vizi di contraddittorietà, ambiguità e oscurità della motivazione e del *petitum*: in particolare, la Consulta reputa che l'ordinanza non chiarisca in maniera adeguata se il provvedimento richiesto sia una pronuncia ablativa o una pronuncia ablativo-modificativa.

¹⁵³ Per un approfondimento cfr. P. COSTANZO, *Quale tutela del diritto d'autore in internet?*, in *Giust. cost.*, 2015, p. 2343 ss.

¹⁵⁴ TOSI, *Responsabilità civile per il fatto illecito degli Internet Service Provider tra tipizzazione normativa ed evoluzione tecnologica: peculiarità e criticità del regime applicabile alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti di terzi*, cit., par. 9.

¹⁵⁵ Assai critico al riguardo D'ARRIGO, *Recenti sviluppi in tema di responsabilità degli Internet Service Providers*, cit., p. 57 ss. Non sembrano ravvisare dubbi sulla competenza dell'AGCOM BERTONI-MONTAGNANI, *La modernizzazione del diritto d'autore e il ruolo degli intermediari internet quali propulsori delle attività creative in rete*, cit., p. 144.

¹⁵⁶ E. ROSATI-G. SARTOR, *Social Networks e Responsabilità del Provider*, in *EUI Working Papers Law*, 2012, p. 15.

contesta è l'esercizio da parte dell'AGCOM del potere di irrogare ordini inibitori, muniti di sanzioni in caso di mancato rispetto da parte del destinatario¹⁵⁷.

Nel quadro della rilettura della posizione giuridica degli *internet service provider* emerge con maggiore precisione la portata dell'assenza del dovere generale e generico di sorveglianza in campo a questi e di ricerca attiva di condotte illecite, prescritta dall'art. 17 d.lgs. 70/2003. Escluse tanto l'assunzione da parte dell'intermediario di una posizione di garanzia quanto la sussistenza in capo a questi di un dovere di controllo preventivo sulle informazioni e sui contenuti immessi dagli utenti, va riconosciuta, invece, l'insorgere sull'intermediario di un obbligo particolareggiato di eliminare gli effetti della violazione successivo o a una comunicazione in tal senso delle autorità competenti o all'acquisita conoscenza della manifesta illiceità dei specifici contenuti o informazioni. L'art. 17 d.lgs. 70/2003 non si presenta in alcun modo ostativo alla configurazione di un obbligo successivo di cancellazione dei contenuti frutto della violazione di altrui diritti né al riconoscimento di un obbligo di intervento immediato in presenza di una violazione manifesta e in tal senso è condivisibile l'orientamento che si sta andando consolidando nella giurisprudenza di merito, anche meneghina¹⁵⁸, disattendendo le difese dei provider fondate proprio sull'attitudine preclusiva dell'art. 17 alla configurazione di un loro obbligo di intervento se non a seguito di un ordine giudiziale o dell'autorità amministrativa.

La configurazione di due distinte fattispecie, l'una fondata sulla conoscenza semplice dell'illecito commesso dall'utente e l'altra fondata sulla conoscenza di elementi che rendono manifesto tale illecito, disinnescano una delle obiezioni più frequenti al riconoscimento di un ruolo attivo all'intermediario: quella dell'inopportunità di delegare a quest'ultimo il giudizio di valore sull'illiceità o meno di determinati contenuti, come se questi debba operare da "sentinella" della rete: ecco perché si è suggerito di etichettare questo scenario non certo auspicabile come "responsabilità giuridica dei sicofanti". L'obbligo di intervento attivo, mediante rimozione selettiva dei contenuti frutto della violazione degli altrui diritti, sorge in prima battuta soltanto nel caso di conclamata illiceità, senza che il provider sia, quindi, costretto a compiere indagini

¹⁵⁷ D'ARRIGO, *Recenti sviluppi in tema di responsabilità degli Internet Service Providers*, cit., pp. 60-62 invoca come impedimenti all'esercizio della tutela in via amministrativa da parte dell'AGCOM in assenza di una disposizione primaria di delegazione espressa gli artt. 23, 97 e 113 Cost.; l'art. 182-ter l.d.a., che, in caso di accertamento della violazione delle norme del diritto d'autore, impone agli ispettori di compilare processo verbale da trasmettere senza meno agli organi di polizia giudiziaria per il compimento degli atti di cui all'art. 347 c.p.p.; l'art. 1, commi 5 e 6, l. 21 maggio 2004, n. 128, di conversione del d.l. 22 marzo 2004 n. 72 che reca interventi per contrastare la diffusione telematica abusiva di materiale audiovisivo, il quale fa esclusivo riferimento all'autorità giudiziaria. D'A. paventa che, in tal modo, venga esautorato il Parlamento, si determini un'eccessiva concentrazione di potere in capo all'Autorità, si registri una sostanziale espropriazione delle prerogative delle sezioni specializzate dall'autorità giudiziaria, si compia una disparità di trattamento dei titolari di diritti d'autore rispetto ai titolari di altri diritti, specie non patrimoniali, esposti a violazioni non meno frequenti in rete. Quest'ultimo profilo si presenta ancora più odioso se si pensa che la disciplina sul commercio elettronico, che rappresenta il blocco normativo più rilevante della disciplina degli intermediari, ha una portata generale, applicandosi trasversalmente a qualsiasi illecito commesso in rete, senza prevedere trattamenti preferenziali per i titolari di diritti di proprietà intellettuale.

¹⁵⁸ Trib. Milano, ord., 3 ottobre 2013; Trib. Napoli Nord, 3 novembre 2016, in *Giur. it.*, 2017, c. 629 ss., con nota di R. BOCCHINI, *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti*.

e accertamenti sulla natura delle informazioni memorizzate, in effetti inusuali a carico di un imprenditore nel settore dei servizi. Quando la violazione delle altrui prerogative non si presenta così lampante, l'intermediario non è per l'appunto chiamato a verifiche improprie, ma deve limitarsi a segnalare il presunto illecito all'autorità giudiziaria o a quella amministrativa e, soltanto a seguito dei loro accertamenti positivi, dovrà provvedere alla cancellazione o alla disabilitazione dell'accesso. La responsabilità per mancato contrasto dell'altrui fatto illecito dagli effetti dannosi permanenti qui delineata bilancia i vantaggi del capitalismo estrattivo tipico delle attività economiche di servizio di intermediazione nelle comunicazioni a distanza con il perseguimento di una forte tutela per i diritti dei terzi, non ultime le prerogative autoriali violate nella rete, alternando il dovere generale di intervento in via autonoma con l'obbligo specifico di cooperazione con le autorità competenti per la reintegrazione, la salvaguardia e la prevenzione di specifiche situazioni giuridiche violate.

La tesi qui proposta presenta, inoltre, il vantaggio, certo non marginale, di rendere sostanzialmente irrilevante il problema della responsabilità dell'intermediario per la rimozione di contenuti segnati come illeciti e poi rivelatisi rispettosi delle altrui prerogative¹⁵⁹: quel problema che il DMCA risolve addossando all'autore della segnalazione la responsabilità nei confronti di colui che ha immesso i contenuti contestati e rimossi per le eventuali conseguenze dannose provocate dalla cancellazione o dalla disabilitazione dell'accesso. Nei termini suggeriti, il diritto italiano impone all'intermediario l'immediata rimozione soltanto quando la loro origine illecita si presenti manifesta e, se anche – in casi limite – tale apparenza dovesse apparire infondata a un esame più approfondito, l'intermediario resterebbe esente dalle doglianze risarcitorie da parte dell'autore dei contenuti rimossi in quanto protetto dalla sfera di immunità stesa dall'art. 16, comma 1, lett. a d.lgs. 70/2003. Non è, dunque, neppure necessario ricorrere all'escamotage di distinguere tra violazione dei diritti patrimoniali e dei diritti della persona, immaginando che la rimozione in via autonoma dei contenuti da parte del provider operi soltanto in presenza di elementi che inducono a ritenere violati i secondi, mentre si arresti in presenza della lamentata violazione dei primi, proprio a causa del rischio di determinare il capo all'utente dei contenuti contestati un danno nell'eventualità che la segnalazione del presunto titolare o l'apparenza di illiceità si rivelino infondate¹⁶⁰. La diversificazione non si giustifica né in base al diritto positivo né sulla scorta dei principî né ancora in ragione della coerenza del sistema e, per di più, può essere contestata anche l'idea che la rimozione di contenuti che appaiano lesivi di altrui diritti

¹⁵⁹ Sotto questo profilo, appare troppo rinunciataria la lettura di TOSI, *Responsabilità civile per il fatto illecito degli Internet Service Provider tra tipizzazione normativa ed evoluzione tecnologica: peculiarità e criticità del regime applicabile alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti di terzi*, cit., par. 5, il quale rinuncia a setacciate le potenzialità ermeneutiche della disciplina italiana, preferendo auspicare un intervento normativo sul modello del DMCA.

¹⁶⁰ Così BOCCHINI, *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti*, cit., c. 637, il quale ritiene che occorra «evitare di trasformare il *provider*, che è un imprenditore che agisce secondo le regole del mercato, in un primo giudice dei conflitti che si creino sulla piattaforma. È ben diversa, infatti, la circostanza che rischiare la lesione sua un diritto personalissimo onore, decoro, riservatezza da quella che sia un diritto patrimoniale, quale può essere il diritto d'autore, nell'ipotesi in cui la segnalazione sia infondata e si finisca, dunque, per rimuovere un contenuto *aufond* del tutto lecito».

della persona da parte dell'intermediario non esponga quest'ultimo al rischio di un'azione risarcitoria ad opera di colui che li ha immessi per il danno morale conseguente alla violazione del proprio diritto di espressione del pensiero. Si percepisce un anelito alla giustizia nella posizione che distingue tra diritti patrimoniali e non in considerazione del fatto che i primi, anche se non protetti non appena l'internet provider venga a conoscenza della lesione nell'attesa di un provvedimento dell'autorità, possono pur sempre trovare adeguata protezione in sede risarcitoria proprio alla luce del loro contenuto economico, mentre i diritti della persona non possono ricevere una tutela successiva altrettanto adeguata a causa della loro natura di diritti di natura non economica¹⁶¹. Ciononostante, la via corretta da percorrere pare un'altra: quella che collega l'insorgere immediato dell'obbligo di cancellazione o di disabilitazione al carattere manifesto dell'illiceità, quale che sia la natura del diritto leso.

7. Questa rilettura della disciplina degli *internet service provider* consente anche di abbandonare la distinzione pretoria tra ISP attivi e passivi¹⁶², che si è rivelata molto utile per impedire a taluni operatori della rete di trincerarsi dietro l'esclusione di responsabilità prevista dalla normativa europea, invocando la propria qualificazione di hosting provider, e per far mergere l'estrema varietà delle prestazioni rese dagli intermediari e delle possibili situazioni lesive. Tuttavia, la distinzione manifesta una certa rozzezza¹⁶³, perché nasce da un processo di soggettivizzazione, che è assai frequente nelle fasi iniziali di inquadramento normativo di fenomeni nuovi, e che pretende di concettualizzare e tipizzare in chiave soggettiva elementi di fattispecie che invece sono situazionali. Per di più - e si è avuto modo di constatarlo - la coppia intermediari attivi-intermediari passivi si è rivelata alla prova dei fatti anche fomite di incertezze applicative. Nello specifico ambito della disciplina degli intermediari, la mossa della diversificazione degli scenari normativi su base soggettiva comporta un'interpretazione forse eccessivamente restrittiva dell'art. 16 d.lgs. 70/2003 da parte della giurisprudenza, la quale, pur di restringere la portata della norma, considera la prestazione di hosting che ne forma oggetto sostanzialmente circoscritta al mero immagazzinamento di informazionistorage in tal modo forzando la realtà socio-economica di riferimento, in quanto l'attività di hosting non si attegga mai in senso autenticamente passivo, includendo sempre soluzioni tecniche per la ricerca dei dati e la loro sistematica organizzazione¹⁶⁴. Quel che la giurisprudenza, con notevole

¹⁶¹ BOCCHINI, *op. cit.*, c. 639.

¹⁶² Nella medesima direzione si muove BOCCHINI, *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti*, cit., c. 637 ss., in part. 639, il quale correttamente osserva che «non è tanto l'attività peculiare e ulteriore, rispetto alla mera resa del servizio di *hosting* che qualifica il *provider* come attivo, ma l'obbligo che scatta legalmente una volta che si acquisisca la conoscenza del contenuto illecito presente sui server e dal quale trae anche profitto. La normativa non opera una differenziazione soggettiva del suo ambito di applicazione, ma semplicemente impone un'ulteriore attività ed è in questo momento che l'*hosting* diventa attivo successivamente alla venuta a conoscenza dell'illecito. E questi risultati, evidentemente sono desumibili non già da una lettura evolutiva del Considerando n. 42 della direttiva, ma dal regime di responsabilità così come previsto dalla disciplina ed illustrato in precedenza».

¹⁶³ Critico nei confronti della categoria dell'*hosting attivo* anche D'ARRIGO, *Recenti sviluppi in tema di responsabilità degli Internet Service Providers*, cit., p. 80 ss.

¹⁶⁴ Cfr. A. MANTELERO, *Caso RTI c. Yahoo: il Tribunale di Milano insiste sull'idea dell'hosting attivo. Repetita*

intuito e sensibilità¹⁶⁵, ha concepito in chiave soggettiva, elaborando la figura dell'intermediario attivo, va invece in maniera più proficua e rigorosa rielaborato in chiave oggettiva, distinguendo tra fattispecie concrete nelle quali gli intermediari - quale che sia la natura e il tipo di servizi erogati - sono a conoscenza, o avrebbero potuto essere a conoscenza adottando la diligenza professionale, di elementi di fatto che rivelano in modo manifesto la commissione di un illecito da parte di loro utenti e fattispecie concrete nelle quali una tale evidenza non vi sia. Sia chiaro: è ben possibile prefigurare una tipizzazione delle situazioni nelle quali l'illiceità appare manifesta e quelle in cui è ragionevole ritenere che l'intermediario sia a conoscenza dell'illecito e si può procedere in tal senso muovendo dalle caratteristiche della prestazione dell'intermediario, a condizione che non si dimentichi che la chiave di volta della disciplina rimane la condizione di conoscenza dell'illiceità o della manifesta illiceità e non già il ruolo più o meno attivo svolto dall'intermediario. Tentativi in tal senso sono già stati compiuti in dottrina, ma in un quadro ambiguo nel quale non è chiaro se le proposte di tipizzazioni mirino o meno a suffragare e ad alimentare la distinzione tra hosting attivi e passivi. Si è suggerito di considerare attivo: a il provider che non si limita solo ad associare contenuti pubblicitari ai materiali immessi in rete dagli utenti ma che offre agli inserzionisti un servizio che consente di visualizzare i messaggi pubblicitari in relazione agli specifici contenuti dei video immessi dagli utenti, mediante l'utilizzo di parole chiave; b il provider che acquisisce il diritto di utilizzare i video immessi dagli utenti, di modificarli, di distribuirli, di adattarli e che riorganizza i materiali caricati sulla propria piattaforma; c il provider che predisponga un servizio visibile come link sotto ogni video pubblicato in rete che consente al visitatore di segnalare al prestatore del servizio l'eventuale illiceità del contenuto immesso dall'utente e alla redazione di verificare la segnalazione e di provvedere alla rimozione: servizio definito "segnala abuso"; d il provider che fa sottoscrivere ai suoi utenti dei contratti che prevedono sia una licenza non esclusiva per l'esercizio dei diritti di riproduzione e di adattamento relativi ai video caricati sia la possibilità per l'intermediario di rimuoverli; e il provider che fornisca un servizio automatico di "video correlati" che consiste nella visualizzazione a lato o sotto il video in riproduzione di altri contenuti a esso associa-

iuwant?, in www.ictlawanddataprotecionit.wordpress.com; D'ARRIGO, *Recenti sviluppi in tema di responsabilità degli Internet Service Providers*, cit., p. 80.

¹⁶⁵ In Italia – com'è noto – la figura dell'*hosting provider* attivo è giunta anche agli onori della cronaca nella causa *Google v. Vividown* in ordine alla responsabilità penale della prima per illecito trattamento dei dati personali ex art. 167 d.lgs. 169/2003, collegata all'inserimento di contenuti illeciti consistenti in un video con finalità denigratorie nei confronti di un disabile e connessa all'omissione all'interno delle condizioni generali del servizio delle informazioni relative agli obblighi imposti dalla disciplina sulla protezione dei dati personali: Trib. Milano, 12 aprile 2010, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1288 ss., con nota di R. LOTIERZO, *Il caso Google - Vivi Down quale emblema del difficile rapporto degli internet providers con il Codice della privacy*. Com'è noto, la sentenza è stata poi riformata in appello *App. Milano, 27 febbraio 2013*, in *Vita not.*, 2013, p. 609 ss., con nota di G.M. RICCIO, *Google/Vividown: leading case o abbaglio giurisprudenziale?* e l'assoluzione è stata confermata in Cassazione: *Cass. pen.*, 3 febbraio 2014, n. 5107, in *Dir. inf.*, 2014, p. 225 ss., con nota di F. RESTA, *La rete e le utopie regressive sulla conclusione del caso Google/Vividown*, e in *Vita not.*, 2014, p. 663 ss., con nota di M. IASELLI, *Caso Vividown: la decisione della Cassazione nel solco della legalità*.

bili¹⁶⁶. Secondo una diversa e più ampia tipizzazione, elaborata sulla sorta delle indicazioni ricavabili dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, il provider esercita un ruolo attivo, se non addirittura partecipativo, che non giustifica l'applicazione del regime di immunità previsto dagli artt. 12 e ss. dir. 00/31 e 14 e ss. d.lgs. 70/2003: a nel caso in cui l'intermediario offra un spazio virtuale per la visualizzazione di contenuti caricati dall'utente ma controllati dall'intermediario medesimo prima della loro immissione in rete; b nel caso in cui l'intermediario offra uno spazio virtuale con un motore di ricerca il quale consente in risposta all'inserimento di parole chiave la visualizzazione di link di contenuti presenti sul server dell'intermediario medesimo e caricati in precedenza da un altro utente con il controllo dell'intermediario¹⁶⁷; c nel caso in cui l'intermediario offra uno spazio virtuale con un motore di ricerca il quale consente in risposta all'inserimento di determinate parole chiave la visualizzazione di determinati link di contenuti presenti sul server dell'intermediario medesimo sulla base di un accordo con l'utente che stabilisce i contenuti caricati nello spazio virtuale messo a disposizione, il contenuto dei link mediante cui vi si accede e le parole chiave che ne permettono la visualizzazione; d nel caso in cui l'intermediario offra uno spazio virtuale con un motore di ricerca il quale consente in risposta all'inserimento di determinate parole chiave la visualizzazione di determinati link per accedere a dei contenuti caricati sul server dell'intermediario medesimo senza alcuna forma di controllo da parte di questi sulla base di un accordo con l'utente che stabilisce sia il contenuto dei link sia le parole chiave; e nel caso in cui l'intermediario offra uno spazio virtuale con un motore di ricerca il quale consente in risposta all'inserimento di determinate parole chiave la visualizzazione di determinati link di siti web presenti nella rete e ciò in forza di un accordo che stabilisce sia il contenuto dei link sia le parole chiave¹⁶⁸.

Al di là del pregevole sforzo di isolare situazioni tipo che possano facilitare la valutazione del giudice sul coinvolgimento o meno dell'intermediario nell'illecito dell'utente, non si può non ammonire dal rischio che operazioni del genere contribuiscano a distogliere dalla corretta prospettiva incentrata invece sullo stato di conoscenza dell'illecito da parte del provider, nelle due varianti in precedenza enunciate. L'elaborazione di casi-tipo ha senso soltanto se concepiti come congegni che agevolano la prova presuntiva della conoscenza da parte dell'intermediario¹⁶⁹. La centralità di una nozione così tanto elastica come quella di conoscenza, se, da un lato, incrementa la discrezionalità giudiziale, dall'altro lato, consente però di piegare in senso protettivo le sempre nuove conquiste della scienza, e in particolare della tecnologia¹⁷⁰. Destinata a multi-

¹⁶⁶ BOCCHINI, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico*, cit., p. 560 ss.

¹⁶⁷ In tale ipotesi, il *provider* non risponde dell'attività del motore di ricerca, in quanto egli non esercita alcuna forma di controllo sulle parole chiave e sulle visualizzazioni dei *link* associate, ma potrebbe essere esposto a responsabilità per i contenuti immessi dagli utenti nello spazio messo a disposizione dell'utente.

¹⁶⁸ MONTANARI, *Prime impressioni sul caso SABAM c. Netlog NV: gli Internet Service Provider e la tutela del diritto d'autore online*, cit., pp. 1090-1091.

¹⁶⁹ Sul problema della ripartizione dei temi di prova e sull'onere del soggetto che si dichiara leso o danneggiato dal fatto illecito dell'utente di provare la conoscenza da parte dell'intermediario si sofferma assai opportunamente BOCCHINI, *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti*, cit., c. 640.

¹⁷⁰ Sui rapporti tra diritto e scienza cfr. AA.VV., *Giurisprudenza e scienza* Roma, 9-10 marzo 2016, Atti dei Convegni Licei, Roma, 2017, *passim*.

plicare le possibilità di azione dell'uomo, la tecnologia si presenta il più delle volte – o per lo meno in prima battuta – come un complesso di mezzi, sempre più sofisticati, che ampliano le occasioni di lesione di situazioni giuridiche o di produzione di danni. In campi più condizionati di altri dal progresso scientifico, qual è l'attività degli *internet service provider*, la tecnologia dovrebbe diventare oggetto di un precetto di salvaguardia, una sorta di dispositivo di chiusura del sistema delle regole, volto ad estendere la tutela giuridica sin dove la tecnologia consenta: un dispositivo al quale ben si attaglia l'appellativo di “variabile tecnologica”. Se questo è l'obiettivo, la tipizzazione sulla base del contenuto della prestazione dell'intermediario non si rivela la più opportuna dal momento che adotta una prospettiva statica, incentrata su costanti di azione e destinata fatalmente a vanificare le potenzialità di salvaguardia offerte dal progresso tecnologico. La nozione di conoscenza consente al giudice, in sede di valutazione del comportamento tenuto dall'intermediario e, dunque, in chiave retrospettiva, di verificare se sussistano strumenti tecnici che avrebbero permesso all'intermediario di acquisire elementi di conoscenza dell'illecito commesso online di cui non si è tenuto conto nei precedenti giudiziari o amministrativi perché in passato non acquisibili a causa dello sviluppo tecnologico dell'epoca. Dal punto di vista della più stretta tecnicità giuridica, la “variabile tecnologica” potrebbe rendere più agevole per il soggetto leso o danneggiato la prova per presunzioni della conoscenza dell'intermediario e, per converso, più ardua per quest'ultimo la mera difesa, detta anche eccezione in senso lato, ossia la confutazione dell'idoneità dei fatti adottati dall'attore a fornire la prova critica della conoscenza dell'illiceità dei contenuti da parte del convenuto.

Se non impostati in questi termini i rapporti tra tecnica e diritto rischiano di assumere un assetto non auspicabile, nel quale le valutazioni giuridiche non godono di una sufficiente autonomia ma sono rigidamente condizionate dalle condizioni tecniche. Una sorta di capovolgimento in cui le evidenze del progresso scientifico e tecnologico finiscono per rivelarsi più prescrittive delle disposizioni normative. E di ciò si intravedono già le tracce: nella regolazione giuridica degli intermediari le condizioni offerte dalla tecnica e la ragionevolezza dei relativi costi l'impatto sull'organizzazione dell'impresa influenzano l'individuazione della regola di diritto e dell'apparato dei rimedi. Il canone europeo prescrive infatti: 1 l'impossibilità di configurare un obbligo di vigilanza attiva su tutti i dati immessi sulla piattaforma telematica dagli utenti; 2 la necessità di individuare rimedi effettivi a tutela dei diritti, specie dei diritti d'autore; 3 ma anche la necessità che essi si rivelino equi, proporzionati, non eccessivamente costosi; 4 e tali da scongiurare il rischio dell'introduzione di barriere al commercio legittimo¹⁷¹.

¹⁷¹ Al punto che RICOLFI, *Contraffazione di marchio e responsabilità degli internet service providers*, cit., p. 250 osserva correttamente che l'esclusione di un dovere di monitoraggio generalizzato dei contenuti memorizzati continua a operare a favore dell'intermediario anche dopo la conoscenza di elementi che rendano manifesto il carattere illecito di tali contenuti e, addirittura, anche dopo l'emanazione dell'ordine inibitorio da parte dell'autorità giudiziaria o dell'autorità amministrativa competente.