



Ottavio Grandinetti
**La responsabilità dell'internet
provider tra privacy e diritto d'autore**

Parole chiave: Internet, Privacy, Copyright, Diritto d'autore, Google

Abstract: The liability of the Internet Service Provider (ISP) is one of the most controversial issues in European and national laws. The author analyses two cases decided by Italian Courts, one dealing with the right to privacy (the famous controversy against Google for the video about a disabled boy), the other involving copyright law. On the basis of this analysis, the author draws the conclusion that a change in legislation is necessary at European or, at least, at national level.

Keywords: Internet, Privacy, Copyright, Google

Contenuto in: Nuovi valori dell'italianità nel mondo. Tra identità e imprenditorialità

Curatori: Raffaella Bombi e Vincenzo Orioles

Editore: Forum

Luogo di pubblicazione: Udine

Anno di pubblicazione: 2011

Collana: Convegni e incontri

ISBN: 978-88-8420-726-5

ISBN: 978-88-8420-969-6 (versione digitale)

Pagine: 141-155

DOI: 10.4424/978-88-8420-709-8-15

Per citare: Ottavio Grandinetti, «La responsabilità dell'internet provider tra privacy e diritto d'autore», in Raffaella Bombi e Vincenzo Orioles (a cura di), *Nuovi valori dell'italianità nel mondo. Tra identità e imprenditorialità*, Udine, Forum, 2011, pp. 141-155

Uri: <http://217.194.13.218:9012/forumeditrice/percorsi/lingua-e-letteratura/convegni/nuovi-valori-dellitalianita-nel-mondo/la-responsabilita-dell2019internet-provider-tra>

LA RESPONSABILITÀ DELL'INTERNET PROVIDER TRA PRIVACY E DIRITTO D'AUTORE

Ottavio Grandinetti

1. Premessa

In un corso di perfezionamento dedicato a “Valori identitari e imprenditorialità” è sembrato del tutto naturale che il modulo dedicato al diritto dell’Unione europea focalizzasse l’attenzione dei partecipanti su uno degli obiettivi strategici che ha caratterizzato e tuttora caratterizza le politiche europee: la realizzazione delle condizioni ottimali per lo sviluppo della cd. economia della conoscenza, che richiede la più ampia possibilità di creazione, circolazione e diffusione della conoscenza ed in cui Internet ed i correlati servizi della società dell’informazione giocano, pertanto, un ruolo cruciale.

Non può, tuttavia, dimenticarsi che la diffusione di contenuti sulla “rete delle reti” entra spesso in collisione con i diritti di singoli e/o di organizzazioni imprenditoriali (ad es., in campo di tutela del trattamento dei dati personali o del diritto d’autore e dei diritti ad esso connessi), sollevando problematiche giuridiche assai ardue da risolvere e, ancor prima, da inquadrare, trattandosi di tematiche nuove, che nascono dal difficile rapporto tra la “tecnica” (ed il suo vorticoso sviluppo) ed il “diritto”¹.

A completamento di un inquadramento generale della disciplina sia comunitaria che nazionale in materia, si è ritenuto perciò opportuno “contestualizzare” le nozioni teoriche attraverso l’esame di due casi pratici, peraltro risolti da pronunzie giurisprudenziali pubblicate proprio a ridosso dello svolgimento del corso. Data l’importanza delle questioni teoriche suscitate dai due casi, essi non soltanto sono stati oggetti di amplissimo rilievo mediatico anche internazionale, ma – come si dirà – ancora catalizzano l’attenzione degli studiosi a distanza di circa un anno.

¹ In tal senso, A. MANNA, *La prima affermazione, a livello giurisprudenziale, della responsabilità dell'internet provider: spunti di riflessione tra diritto e tecnica*, in “Giur. cost.”, 2010, pp. 1856 sgg.

2. Le due controversie in commento

Il primo dei due casi è noto come il “caso Google-ViviDown”.

L'8 settembre 2006 sulla piattaforma “Google-Video” veniva caricato (*uploaded*) un filmato nel quale uno studente evidentemente disabile veniva maltrattato da altri compagni sia materialmente (con il lancio di oggetti) che moralmente (con espressioni offensive). In particolare, il povero ragazzo veniva apostrofato con l'epiteto di “mongolo” (con riferimento dispregiativo alla sindrome di Down, nonostante in realtà il ragazzo fosse affetto da autismo) e si evocava la denominazione di un'associazione volta alla tutela delle persone Down (appunto, l'Associazione ViviDown). Incredibilmente, lo squallido filmato diveniva, per qualche tempo, il più “cliccato” nella categoria “video divertenti” di “Google-Video” e soltanto il 7 novembre 2006, su richiesta della polizia postale italiana (a sua volta allertata da un cittadino giustamente indignato), il filmato veniva rimosso da Google. Alla pubblicazione del filmato seguivano tre distinte controversie²: una contro gli studenti responsabili della realizzazione del video e del suo caricamento (giudicati dal Tribunale per i minori di Torino e poi “messi alla prova”, a quanto è dato sapere); una contro l'insegnante e la scuola per non aver impedito il fatto (controversia che sarebbe ancora pendente); ed infine una controversia contro il Gruppo Google, il suo *branch* italiano (Google Italy s.r.l.) e suoi quattro dirigenti (la controversia qui in commento).

Ai quattro dirigenti (all'epoca dei fatti il presidente del C.d.A. di Google Italy s.r.l.; un consigliere di amministrazione; il consulente di Google per la *privacy* in Europa; il responsabile per il progetto Google-Video in Europa) la Procura delle Repubblica di Milano contestava due diversi capi di imputazione: *a*) aver concorso nella diffamazione dell'Associazione ViviDown e del ragazzo disabile; *b*) aver omesso il corretto trattamento dei dati personali di quest'ultimo.

All'esito del giudizio di primo grado, i quattro dirigenti sono stati assolti dalla prima imputazione, mentre tre di essi sono stati condannati per illecito trattamento di dati personali³.

Il secondo caso ha visto contrapposti l'emittente “Canale 5” (del noto gruppo televisivo Mediaset) e due *internet provider* (You Tube e la stessa Google), in quanto vari utenti dei due siti avevano caricato numerose sequenze di immagini di programmi televisivi diffusi da Canale 5 (tra cui oltre 170 sequenze del

² Per maggiori dettagli sui fatti e le controversie, v. G. SARTOR - M. VIOLA DE AZEVEDO CUNHA, *Il caso Google-ViviDown tra protezione dei dati e libertà di espressione on-line*, in “Dir. Inf.”, 2010, pp. 645 sgg.

³ La sentenza Trib. Milano, sez. IV pen., 24 febbraio - 12 aprile 2010, n. 1972, Giud. Magi, Drummond ed altri, è stata pubblicata in quasi tutte le maggiori riviste giuridiche, come – ad. es. – in “Foro it.”, 2010, II, pp. 279 sgg., con nota di A. Palmieri - R. Pardolesi.

programma televisivo “Il Grande Fratello”). L'emittente lamentava la concorrenza sleale e la violazione dei propri diritti d'autore (più precisamente del diritto connesso al diritto d'autore spettante all'emittente sulle proprie emissioni, ai sensi dell'art. 79 della legge n. 633 del 1941, la c.d. legge sul diritto d'autore), chiedendo conseguentemente l'inibizione cautelare della diffusione delle sequenze, oltre che il risarcimento dei danni.

Il Tribunale civile di Roma ha accolto, in sede cautelare⁴, le richieste di Canale 5 ordinando a Google e YouTube⁵ l'immediata rimozione dai propri *server* di tutte le sequenze tratte dal programma “Il Grande Fratello”, inibendo altresì l'ulteriore violazione dei diritti di utilizzazione e sfruttamento economico del programma da parte dei due *internet provider*.

3. Punti di contatto e differenze tra le due controversie

Com'è evidente, entrambi i casi sopra sommariamente riassunti sollevano la stessa problematica di fondo: vale a dire, se l'organizzazione imprenditoriale (cioè, l'*Internet Service Provider*, o “ISP”) che mette a disposizione degli utenti “spazio digitale” sui propri server (nonché appositi software, sia per inserire contenuti che per fruirli) sia giuridicamente responsabile per gli illeciti commessi dagli utenti a seguito del caricamento e della diffusione di quei contenuti.

Per inquadrare meglio la problematica occorre tener presente il fenomeno del cd. web 2.0, cioè l'attuale fase dello sviluppo di internet in cui i contenuti e le informazioni non sono più offerti da pochi soggetti (i *content provider*) agli utenti, secondo uno schema unidirezionale (tra l'altro, tipico dei tradizionali mezzi di comunicazione di massa, come la televisione), quanto piuttosto secondo uno schema pluridirezionale e comunitario, in cui sono gli stessi utenti a creare i contenuti (i cd. *user generated content*) ed a condividerli o attraverso siti di *content sharing* (che, a tal fine, li indicizzano, cioè li ordinano secondo determinate categorie), ovvero attraverso i portali di commercio elettronico, oltre che grazie ai tanti blog, forum, e simili⁶.

⁴ L'ordinanza collegiale Trib. Roma, 11 febbraio 2010, che respinge il reclamo proposto da YouTube e Google avverso la prima ordinanza cautelare monocratica (pure favorevole all'emittente), si legge in “Dir. Inf.”, 2010, pp. 275 sgg., con nota di L. GUIDOBALDI, *YouTube e la diffusione di opere protette dal diritto d'autore: ancora sulla responsabilità dei providers, tra hoster attivi, conoscenza dell'illecito e obbligo di sorveglianza*.

⁵ Nel 2006 Google ha acquisito YouTube trasferendo su quest'ultimo sito tutte le funzionalità relative al caricamento ed alla distribuzione di filmati svolte, nel passato, da Google-Video, che dal 2009 ha conservato la funzione prevalente di motore di ricerca per filmati; v. G. SARTOR - M. VIOLA DE AZEVEDO CUNHA, *op. cit.*, nota 1.

⁶ Per ulteriori indicazioni, anche bibliografiche, si v. L. GUIDOBALDI, *YouTube e la diffusione di*

Ferma la comune tematica di fondo ora individuata (e su cui si tornerà più avanti), vanno però tenute presenti anche alcune importanti differenze intercorrenti tra le due controversie.

In primo luogo, nel caso Google-ViviDown la responsabilità imputata ai dirigenti di Google Italy era di natura *penale*, laddove la responsabilità addebitata nell'altra controversia è di natura *civilistica*. Ne consegue che (semplificando drasticamente una problematica eccezionalmente ampia e complessa), nel primo caso vigono – tra gli altri – i principi di legalità, tassatività delle fattispecie fonti di responsabilità penale e di divieto di estensione analogica delle norme penali⁷; nel secondo caso, si è invece in presenza della “clausola generale” contenuta nell’art. 2043 cod. civ., che giustifica – secondo una posizione dottrinale e giurisprudenziale, ancora prevalente – l’atipicità dell’illecito civile⁸. Del resto, mentre alla violazione delle norme penali può conseguire la limitazione della libertà personale del responsabile, nel caso di riconoscimento della responsabilità civile le conseguenze sono di ordine patrimoniale (ancorché possano assumere notevole entità).

In secondo luogo, nel caso Google-ViviDown il filmato era qualificabile – in tutto e per tutto – come un *user generated content* ricollegabile alla “creatività” (benché aberrante) degli utenti, laddove nel secondo caso si è piuttosto in presenza di filmati (meramente) riproduttivi di sequenze di immagini in movimento oggetto di diritti connessi al diritto d’autore spettanti a soggetti diversi dagli utenti autori del caricamento (gli *uploaders*).

4. Cenni essenziali sulla disciplina, comunitaria e nazionale, della responsabilità degli *internet provider*

La normativa che regola la responsabilità degli *internet provider* è di origine comunitaria, sia per quanto riguarda gli aspetti più generali che con specifico riferimento al diritto d’autore.

opere protette dal diritto d'autore, cit., p. 280 e nota 7; e G. SARTOR - M. VIOLA DE AZEVEDO CUNHA, *Il caso Google-ViviDown*, cit., pp. 665 sgg.

⁷ Lo ricordano, con specifico riferimento alla responsabilità dell’*internet provider*, anche S. SICA - V. ZENO-ZENCOVICH, *Legislazione, giurisprudenza e dottrina nel diritto dell’internet*, in “Dir. Inf.”, 2010, pp. 385-386; ma, nello stesso senso, almeno in linea di principio, si v. la sentenza sul caso Google-ViviDown. Trib. Milano, cit., p. 95.

⁸ Su tale approdo dottrinale v., anche per un’approfondita analisi della casistica, G. ALPA - M. BESSONE - V. CARBONE, *Atipicità dell’illecito*, Milano, Giuffrè, 1993, voll. I, II e III; per una rassegna più sintetica delle varie tesi dottrinali, F.D. BUSNELLI, *Illecito civile*, in “Enc. Giur.”, Roma, Treccani, 1991, *ad vocem*.

Per quanto attiene alla disciplina generale, il legislatore comunitario si è mosso di fronte alle divergenze normative e giurisprudenziali riscontrate tra gli ordinamenti dei singoli Stati membri, tali da impedire il buon funzionamento del mercato interno e da ostacolare lo sviluppo dei servizi transazionali, distorcendo la concorrenza in ambito comunitario⁹. La regolamentazione contenuta nella direttiva n. 2000/31/Ce, pur avendo ad oggetto precipuamente il cd. commercio elettronico, ha dettato i principi sulla responsabilità dell'*internet provider* applicabili in via generale, cioè "in modo orizzontale" per varie fattispecie, tra le quali la diffamazione, la pubblicità ingannevole, il rispetto dei marchi e – almeno per alcuni, come si dirà – anche la materia del diritto d'autore e dei diritti connessi¹⁰.

Questa disciplina generale è il frutto di un complesso e difficile bilanciamento tra i vari interessi in gioco¹¹ ed è stata certamente condizionata dall'obiettivo di agevolare l'espansione di un settore considerato strategico (v. sopra § 1), evitando perciò di gravare gli operatori di internet con eccessive responsabilità e relativi costi, così peraltro permettendo effettivamente il successo di imprese basate su idee innovative, piuttosto che su ingenti capitali¹².

A tal fine, il legislatore comunitario e, di conseguenza, quello nazionale hanno distinto i *content provider* dalle varie figure di intermediari tecnici, gli *internet (service) provider*¹³. Per i primi, che sono gli autori dei contenuti diffusi su internet e/o del loro caricamento, è confermata la piena responsabilità in relazione alle illicitezze eventualmente riscontrabili nei predetti contenuti (in base al ben noto principio della responsabilità per fatto proprio).

Per gli altri operatori, è stata invece prevista una tendenziale esenzione di responsabilità, che tuttavia opera al ricorrere di determinate condizioni, diversamente modulate a seconda delle tre diverse attività di intermediazione tecnica esercitate dagli operatori.

⁹ Considerando n. 40 della direttiva 2000/31/Ce, relativa a taluni aspetti giuridici della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico ("direttiva sul commercio elettronico"), in G.U.C.E. 17 luglio 2000, n. L178.

¹⁰ Considerando n. 16 della direttiva 2001/29/Ce, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, in G.U.C.E. 22 giugno 2001, n. 4167.

¹¹ Considerando n. 41 della direttiva 2000/31/Ce; in dottrina si v. A. MUSSO, *La proprietà intellettuale nel futuro della responsabilità sulla rete: un regime speciale?*, in "Dir. Inf.", 2010, pp. 795 sgg.; nonché A. MANTELERO, *La responsabilità on-line: il controllo nella prospettiva dell'impresa*, in "Dir. Inf.", 2010, nota 35.

¹² In tal senso, S. SICA - V. ZENO-ZENCOVICH, *Legislazione, giurisprudenza e dottrina nel diritto dell'internet*, cit., pp. 386-387.

¹³ Sulle diverse figure di operatori, v. L. GUIDOBALDI, *YouTube e la diffusione di opere protette dal diritto d'autore*, cit., nota 6.

Pertanto, l'operatore che si limita a fornire un accesso alla rete di comunicazione (*access provider*), al pari dell'operatore che si limita a trasmettere sulla rete informazioni del fornitore di contenuti (svolge, cioè, un'attività di semplice trasporto, "*mere conduit*"), non è responsabile delle informazioni trasmesse a condizione che: *a)* non dia origine alla trasmissione; *b)* non selezioni il destinatario delle trasmissioni; *c)* non selezioni, né modifichi le informazioni trasmesse¹⁴.

L'operatore che proceda alla memorizzazione automatica, intermedia e temporanea, delle informazioni del fornitore di contenuti (*caching*), allo scopo di rendere più efficace il successivo inoltra a richiesta di altri destinatari, non è anch'esso responsabile delle informazioni memorizzate a condizione che: *a)* non modifichi le informazioni; *b)* si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni; *c)* si conformi alle norme di aggiornamento delle informazioni, indicate in 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 memorizzate, o per disabilitarne l'accesso, non appena venga a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato, oppure che un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione¹⁵.

Con riferimento ad entrambe le tipologie di operatori, nel nostro ordinamento è previsto che l'autorità giudiziaria o quella amministrativa competente possano esigere, anche in via d'urgenza, che gli operatori impediscano o pongano fine alle violazioni commesse dai fornitori di contenuti¹⁶.

Infine, l'operatore che memorizzi (in modo non temporaneo) le informazioni del fornitore di contenuti – così mettendo a disposizione di quest'ultimo spazio digitale sul proprio server (cd. *hosting*) – non è responsabile delle informazioni memorizzate a condizione che: *a)* non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione; *b)* non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o disabilitarne l'accesso¹⁷.

Per quest'ultima tipologia di operatori (*hosting provider* o *hoster*) è peraltro espressamente previsto che l'esenzione di responsabilità non opera qualora il

¹⁴ Art. 12 direttiva 2000/31/Ce, recepito dall'art. 15 d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70.

¹⁵ Art. 13 direttiva 2000/31/Ce, recepito dall'art. 16 d.lgs. n. 70/2003.

¹⁶ Artt. 15, co. 2, e 16, co. 2, d.lgs. n. 70/2003.

¹⁷ Art. 16 d.lgs. n. 70/2003, che recepisce l'art. 14 della direttiva 2000/31/Ce.

fornitore di contenuti agisca sotto l'autorità o il controllo dell'*hosting provider*¹⁸; invero, quest'ultimo per poter godere dell'esenzione non deve conoscere né controllare le informazioni trasmesse o memorizzate¹⁹. Resta comunque fermo l'obbligo anche a carico di questo operatore di impedire o porre fine alle violazioni connesse, ove ciò gli venga richiesto – come sopra – dalla autorità giudiziaria o amministrativa.

A completamento di tale disciplina, è altresì esclusa l'esistenza, in capo a tutt'e tre le tipologie di operatori (svolgenti rispettivamente attività di *mere conduit*, *caching*, *hosting*), di un "obbligo generale di sorveglianza" sulle informazioni trasmesse o memorizzate, così come di un "obbligo generale di ricercare attivamente" fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite²⁰.

Nel nostro ordinamento è, comunque, disposto che gli operatori siano civilmente responsabili qualora: *a*) non abbiano agito prontamente per impedire l'accesso a un determinato contenuto, nonostante la richiesta in tal senso dell'autorità giudiziaria o amministrativa; *b*) avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo di un determinato contenuto (trasmesso o memorizzato dall'operatore), non provveda ad informarne l'autorità competente²¹.

In ogni caso, detti operatori devono fornire senza indugio, a richiesta delle autorità competenti, le informazioni in loro possesso utili all'identificazione del fornitore di contenuti, al fine di individuare e prevenire attività illecite.

In definitiva, al ricorrere delle condizioni sopra richiamate, gli *internet provider* – a differenza dei *content provider* – non sono assoggettati a responsabilità per i contenuti da essi trasmessi o memorizzati²², bensì a (pur importanti) doveri di cooperazione con le autorità, potendo anche divenire responsabili per la sola inottemperanza a tali doveri.

5. Fattori di crisi della disciplina della responsabilità degli *internet provider*

La distinzione tra *content provider* ed *internet provider* (e, nell'ambito di questi ultimi, tra attività di *mere conduit*, *caching* e *hosting*) è parsa ad alcuni giudici ed a parte della dottrina tecnologicamente superata, proprio alla luce degli sviluppi del web 2.0.

¹⁸ Art. 16, co. 2, d.lgs. n. 70/2003.

¹⁹ Considerando n. 42 della direttiva 2000/31/Ce.

²⁰ Art. 17, co. 2, d.lgs. n. 70/2003, che recepisce l'art. 15, co. 2, direttiva 2000/31/Ce.

²¹ Art. 17, co. 3, d.lgs. n. 70/2003.

²² Godono, come si usa dire, di un "*safe harbor*".

L'inadeguatezza della classificazione è sembrata più evidente rispetto a quegli *hosting provider* che non soltanto mettono a disposizione degli utenti "spazio virtuale" ed appositi *software*, affinché possano caricare *user generated content*, ma contemporaneamente indicizzano ed ordinano tali contenuti, anche al fine di coordinarli con programmi che abbinano la pubblicità (raccolta dall'*hoster*) ad alcune parole-chiave dei contenuti caricati dagli utenti²³.

In relazione a queste fattispecie *borderline* si è allora tentato di distinguere tra *hosting provider* "passivi" (che, cioè, si limiterebbero a svolgere mere attività di intermediazione tecnica) ed invece "attivi", quali quelli descritti più sopra: ciò al fine di assoggettare questi ultimi a responsabilità – quantomeno a titolo di concorso – per l'illiceità dei contenuti caricati sui loro siti.

In proposito, ci si è chiesti "provocatoriamente" come debbano definirsi *provider* come Facebook, eBay o Google (appunto), alla luce della dicotomia *content provider/internet provider* e della conseguente distinzione tra *mere conduit/caching/hosting*. Si è sottolineato che, al di là dei formalismi, nel caso di *hoster attivi* il "valore aggiunto" è dato dalla organizzazione ed indicizzazione dei singoli contenuti (laddove il "tutto" vale ben di più della somma dei singoli contenuti) e che il contenuto, in definitiva, è "generato" dall'organizzazione imprenditoriale, piuttosto che dai singoli utenti che caricano e condividono i propri contenuti. Si è aggiunto che, nei casi in cui l'*hosting provider* svolge un'attività lucrativa sui contenuti caricati dagli utenti, il modello della responsabilità debba essere plasmato secondo il modulo del rischio d'impresa, rendendo responsabile delle conseguenze pregiudizievoli l'organizzazione imprenditoriale che gode dei vantaggi economici prodotti da quell'attività²⁴.

Come si dirà in sede di considerazioni finali, probabilmente le posizioni dottrinali sopra evidenziate (e, con minor giustificazione, come pure si dirà, alcune pronunzie giurisprudenziali) esprimono un'insoddisfazione per la *vigente* normativa – e, quindi, un auspicio per la sua futura modifica –, piuttosto che

²³ Si pensi al programma "Ad Words" di Google, che abbinava le inserzioni pubblicitarie ai contenuti ricercati dall'utente, generando per Google ricavi nell'ordine di miliardi di dollari. Sul funzionamento di "Ad Words", si v. proprio la sentenza del Tribunale di Milano sul caso Google-ViviDown. Ma si v. anche Corte Giust. CE, 23 marzo 2010 (cause C-236-08, C-237/08 e C-238/08), caso "Google Ad Words", in "Dir. Inf.", 2010, pp. 707 sgg., § 106 sgg. Per maggiori dettagli sul funzionamento di "Ad Words", G. SARTOR - M. VIOLA DE AZEVEDO CUNHA, *Il caso Google-ViviDown*, cit., pp. 663 sgg.

²⁴ Per tutti questi rilievi problematici, si v. S. SICA - V. ZENO-ZENCOVICH, *Legislazione, giurisprudenza e dottrina nel diritto dell'internet*, cit., i quali, relativamente all'ultimo profilo trattato nel testo, richiamano il principio – già enunciato nel codice napoleonico, ma di contestata automatica estensione al nostro vigente codice civile (v. F.D. BUSNELLI, *Illecito civile*, cit.) – "*ubi emolumentum ibi onus*"; sul punto, si v. anche C. ROSSELLO, *Riflessioni de jure condendo in materia di responsabilità del provider*, in "Dir. Inf.", 2010, pp. 617 sgg.

una lettura coerente dell'attuale quadro normativo. Ma una, sia pur sintetica, evidenziazione di questo indirizzo è comunque ineliminabile per poter valutare appieno le delicate questioni sollevate dalle controversie in commento.

6. La dubbia “specialità” della disciplina sul diritto d'autore

Prima di ritornare all'esame delle due controversie in esame, occorre soffermarsi brevemente sulla normativa comunitaria a tutela del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione e sulla disciplina (anch'essa di origine comunitaria) sulla privacy, nonché sul loro rapporto con la normativa generale sulla responsabilità degli *internet provider*.

Per quanto qui di interesse, la già citata direttiva 2001/29/Ce prevede, all'art. 8 co. 3, che gli Stati membri assicurano che i titolari dei diritti d'autore (e dei diritti connessi) possano richiedere un provvedimento inibitorio nei confronti degli intermediari i cui servizi siano utilizzati da terzi per violare i predetti diritti.

Tale disposizione sembrerebbe, a prima vista, aver introdotto una normativa “speciale” e derogatoria rispetto alla disciplina sulla (ir)responsabilità degli *internet provider* contenuta nella direttiva 2000/31/Ce²⁵.

Peraltro, tenendo presente che nei considerando della stessa direttiva 2001/29/Ce si specifica che la direttiva sul commercio elettronico disciplina “in modo orizzontale” la materia della responsabilità degli *internet provider* e che la direttiva sul diritto d'autore lascia “impregiudicate le regole relative alla responsabilità” contenute nella direttiva 2000/31/Ce²⁶, sembra condivisibile la tesi di chi ritiene che l'esenzione di responsabilità ivi disciplinata trovi applicazione “in via generale e diretta” anche nella materia del diritto d'autore²⁷, ancorché rimanga obiettivamente problematico il coordinamento tra le varie disposizioni.

7. Cenni sulla disciplina in tema di *privacy*

Anche la disciplina in materia di *privacy* (di cui il Tribunale di Milano ha riscontrato la violazione nel caso Google-ViviDown) è di origine comunitaria, avendo gli organi comunitari armonizzato la disciplina in materia di trattamento dei dati personali e di libera circolazione dei medesimi.

²⁵ Per indicazioni in tal senso v. l'indagine conoscitiva svolta dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, intitolata *Il diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica*, 38, leggibile sul sito web www.agcom.it.

²⁶ Considerando n. 16, direttiva 2001/29/Ce.

²⁷ V. per tutti A. MUSSO, *La proprietà intellettuale nel futuro della responsabilità sulla rete*, cit., pp. 820-821 e nota 69, ove anche ulteriori indicazioni.

Attualmente la disciplina comunitaria è attuata in Italia nel d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196: il cd. Codice della *privacy*.

Per quel che rileva ai fini del presente lavoro, tale disciplina definisce, innanzitutto, le nozioni di “dato personale” e di “trattamento”.

Per dato personale si intende qualunque informazione relativa ad una persona fisica, giuridica, ente o associazione, identificati o identificabili, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale²⁸. Nell’ambito di tali dati personali, si individuano quelli cd. sensibili – e cioè, idonei a rivelare l’origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose o filosofiche, quelle politiche, o l’adesione ad organizzazioni a carattere politico o religioso – e, tra essi, i dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale²⁹ (sottoposti ad una tutela ancora più rigorosa rispetto agli altri dati sensibili).

La nozione di trattamento è, a sua volta, amplissima comprendendo qualunque operazione o complesso di operazioni, effettuati anche senza l’ausilio di strumenti elettronici, concernenti la raccolta, la registrazione, la selezione, l’estrazione, il raffronto, l’utilizzo, l’interconnessione, il blocco, la comunicazione, la diffusione, la cancellazione e la distruzione di dati³⁰.

Il trattamento dei dati idonei a rivelare lo stato di salute e gli orientamenti sessuali è consentito, di norma, solo previa autorizzazione del Garante del trattamento dei dati personali³¹ e con il consenso scritto del soggetto interessato³² che, per essere valido, dev’essere tra l’altro preceduto dall’informativa resa all’interessato in ordine alle finalità e modalità del trattamento cui sono destinati i dati, nonché in ordine agli altri aspetti definiti dall’art. 13 del Codice della *privacy*.

Come si dirà subito, la violazione delle disposizioni in tema di trattamento dei dati personali può dar luogo a responsabilità penale³³ (oltre che civile e amministrativa). Ad esempio, l’art. 167, co. 2, del Codice (cioè, il reato per il quale sono stati condannati i dirigenti di Google dal Tribunale di Milano) prevede che il trattamento illecito di dati sensibili, effettuato al fine di trarne per sé o per altri profitto o di recare ad altri un danno, è punito, se dal fatto deriva nocumento, con la reclusione da uno a tre anni.

²⁸ Art. 4, lett. *b*), del Codice della *privacy*.

²⁹ Citato art. 4, lett. *d*).

³⁰ Citato art. 4, lett. *a*).

³¹ L’autorità amministrativa indipendente cui sono affidate le competenze pubblicistiche di controllo e garanzia nel settore; si v. gli artt. 153 sgg. del Codice della *privacy*.

³² Art. 26 Codice della *privacy*.

³³ Per un esame dettagliato, si v. A. MANNA, *Il quadro sanzionatorio ed amministrativo del Codice sul trattamento dei dati personali*, in “Dir. Inf.”, 2003, pp. 727 sgg.

8. Disamina critica della sentenza sul caso Google-ViviDown

Come anticipato (§ 2), il Tribunale ha assolto i quattro dirigenti di Google dall'accusa di concorso nel delitto di diffamazione aggravata e li ha invece ritenuti colpevoli di illecito trattamento di dati personali sensibili.

Quanto al primo capo di imputazione, va detto che i p.m. avevano impostato la loro accusa, per un verso, sostenendo che gli imputati – essendo Google un *hoster* attivo, se non addirittura un *content provider* (v. sopra § 5) – avrebbero dovuto rispondere, in via diretta, per omesso controllo preventivo sui video caricati; e, per altro verso, sostenendo che il mancato rispetto delle disposizioni sulla *privacy* (poi effettivamente accertato in relazione al secondo capo di imputazione) avrebbe reso possibile la diffamazione perpetrata dai compagni ai danni del ragazzo disabile.

È bene avvertire che, nella formulazione di quest'ultima ipotesi di reato, i p.m. si sono richiamati alla previsione secondo la quale “non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo” (art. 40 cod. pen.).

Tuttavia, il Tribunale ha innanzitutto escluso che nei confronti dell'*internet provider* esista una norma che imponga un controllo preventivo dei contenuti immessi sui siti *web* da loro gestiti, non potendosi estendere agli *internet provider* – attraverso un'applicazione analogica *in malam partem* (vietata in materia penale, v. sopra § 3) – l'art. 57 del codice penale, secondo cui il direttore responsabile di stampa periodica risponde dei reati commessi dall'autore della pubblicazione, a titolo di colpa, per omissione del controllo sul contenuto del periodico³⁴.

Inoltre, lo stesso Tribunale ha ritenuto, da un lato, il predetto controllo preventivo “inesigibile” (e, quindi, insuscettibile di fondare la responsabilità dell'*internet provider*³⁵) e, dall'altro lato, ha specificato che la (acclarata) violazione delle norme sulla *privacy* non poteva fondare nella specie la responsabilità *ex art. 40 cod. pen.*, non potendosi escludere che, quand'anche Google avesse rispettato quella disciplina, la diffamazione si sarebbe verificata ugualmente: ciò, tanto più considerando che le norme sulla *privacy* non sono certo finalizzate a prevenire la commissione del reato di diffamazione³⁶.

Una volta escluse – come sopra – l'esistenza di un obbligo di controllo preventivo sul contenuto dei dati immessi in rete e l'esigibilità di tale controllo a carico dell'*internet provider*, il Tribunale ha invece ritenuto responsabili gli

³⁴ In senso adesivo, A. MANNA, *I soggetti in posizione di garanzia*, in “Dir. Inf.”, 2010, p. 783 e nota 9.

³⁵ Secondo il noto brocardo “*ad impossibilia nemo tenetur*”.

³⁶ In senso adesivo, L. BEDUSCHI, *Caso Google: libertà di espressione in internet e tutela dell'onore e della riservatezza*, in “Corriere Merito”, 2010, fasc. 10, pp. 960 sgg.

imputati per l'accusa di trattamento illecito dei dati, in ragione della mancata corretta informazione, nei confronti degli *uploaders*, della necessità di rispettare le norme in tema di trattamento dei dati personali dei terzi, ad es., ritratti nei video caricati dagli utenti³⁷.

Secondo il Tribunale, questo obbligo giuridico è imposto dall'art. 13 del Codice della *privacy*, è esigibile, grava su qualunque *internet provider* (a prescindere dal suo carattere "attivo" o "passivo", poiché l'amplessima definizione di "trattamento" di dati personali include certamente le attività svolte dagli operatori di *internet*, persino quando si limitino al *mere conduit* o al *caching*) e pertanto può fondare la responsabilità penale dell'*internet provider*.

Tuttavia, proprio questa "ricostruzione" della responsabilità degli imputati ha suscitato numerose critiche in dottrina. Si è così osservato che la violazione dell'art. 13 (obbligo di fornire l'informativa sul trattamento) e dell'art. 26 (obbligo di ottenere il consenso al trattamento da parte dell'interessato) sarebbe avvenuta in un momento antecedente (quello di realizzazione del filmato da parte dei compagni) e non al momento del caricamento del filmato su Google (unica fase in cui avrebbe potuto ipotizzarsi una responsabilità di quest'ultima), cosicché la violazione penalmente sanzionata (dall'art. 167 del Codice) non sarebbe stata comunque imputabile a Google³⁸. Sotto altro profilo si è eccepito che lo stesso art. 13 impone gli obblighi informativi nel rapporto "duale" intercorrente tra il titolare dei dati personali ed i soggetti che da questi li acquisiscono, mentre nella fattispecie venivano presi in considerazione i dati di un soggetto terzo (il ragazzo disabile) rispetto al rapporto intercorrente tra Google e gli utenti che avevano caricato il video³⁹. Ancora si è rilevato che, quand'anche si possa configurare, a carico dell'*internet provider*, un obbligo di informare i propri utenti in merito al rischio di violare il diritto alla *privacy* di terzi, tale obbligo sarebbe diverso da quello sanzionato penalmente dall'art. 167 del Codice⁴⁰.

³⁷ Secondo il Tribunale di Milano, "non costituisce condotta sufficiente, ai fini che la legge impone, 'nascondere' le informazioni sugli obblighi derivanti dal rispetto della legge sulla *privacy* all'interno di 'condizioni generali di servizio' il cui contenuto appare spesso incomprensibile, sia per il tenore delle stesse che per le modalità con le quali vengono sottoposte all'accettazione dell'utente; tale comportamento, improntato ad esigenze di minimalismo contrattuale e di scarsa volontà comunicativa, costituisce una specie di 'precostituzione di alibi' da parte del soggetto/web e non esclude, quindi, una valutazione negativa della condotta tenuta nei confronti degli utenti" (p. 96).

³⁸ G. SARTOR - M. VIOLA DE AZEVEDO CUNHA, *Il caso Google-ViviDown*, cit., p. 658.

³⁹ A. MANNA, *I soggetti in posizione di garanzia*, cit., p. 785; E. ALBAMONTE, *La responsabilità penale dell'internet provider tra libertà di comunicazione e rispetto dei singoli*, in "Quest. Giust.", 2010, fasc. 3, p. 187.

⁴⁰ G. SARTOR - M. VIOLA DE AZEVEDO CUNHA, *Il caso Google-ViviDown*, cit., loc. cit.

In definitiva, le critiche (di cui peraltro qui si è data solo una rapida e sommaria sintesi) finiscono con l'addebitare alla sentenza la costruzione di "nuove" ipotesi di responsabilità attraverso l'applicazione dell'analogia *in malam partem*⁴¹, peraltro notoriamente preclusa in campo penale (v. sopra § 3).

9. Disamina critica delle decisioni sul caso Mediaset-YouTube

La controversia insorta tra Mediaset e YouTube è stata oggetto di due provvedimenti giurisdizionali emessi entrambi in sede cautelare civile.

Con la prima ordinanza⁴², il Tribunale di Roma ha ordinato a YouTube di rimuovere le sequenze del programma "Il Grande Fratello", ritenendo l'*internet provider* responsabile soprattutto per il fatto di aver assunto il ruolo di *hoster* "attivo" se non addirittura di *content provider* (v. sopra), indicizzando le sequenze (caricate dagli utenti) in modo da permettere la selezione dei filmati in base al giorno di messa in onda del programma (o persino alla scelta di un particolare episodio).

La seconda ordinanza⁴³ (che ha respinto il reclamo proposto da YouTube avverso la prima ordinanza) ha, invece, fatto maggiormente leva sulla mancata rimozione delle sequenze del programma, anche dopo che Mediaset aveva inviato a YouTube numerose diffide relative alla presenza di materiali coperti dal diritto d'autore. Secondo il Tribunale di Roma, la rimozione sarebbe dovuta intervenire senza la necessità di attendere un apposito ordine da parte dell'autorità giudiziaria, come invece pretendeva YouTube.

Anche queste decisioni hanno sollevato riserve e critiche in dottrina. In primo luogo, l'enfasi posta sull'attività di indicizzazione dei contenuti caricati dagli utenti, per far discendere la responsabilità (civile) dell'*internet provider*, è sembrata ingiustificata poiché anche tale attività rientrerebbe tra le funzioni tecniche ascrivibili all'attività dell'*hosting provider*, esentata da responsabilità ai sensi del d.lgs. n. 70/2003, di recepimento della direttiva sul commercio elettronico⁴⁴. In secondo luogo, si è sottolineato come la pretesa di YouTube (quella, cioè, di dover attendere un apposito ordine dell'autorità giudiziaria prima di rimuovere il materiale segnalato come illecito, non essendo sufficienti le

⁴¹ Oltre ad A. MANNA, *I soggetti in posizione di garanzia*, cit., pp. 793-994, si v. S. SICA - V. ZENOVICH, *Legislazione, giurisprudenza e dottrina nel diritto dell'internet*, cit., pp. 385-386.

⁴² Ord. Trib. Roma, Sez. IX, Est. Marvasi, 16 dicembre 2009, in "Giur. it.", 2010, p. 1323.

⁴³ Ord. Trib. Roma, Sez. IX, Est. Meloni, 11 febbraio 2010, in "Dir. Inf.", 2010, pp. 275 sgg., con nota di L. GUIDOBALDI, *You Tube e la diffusione di opere protette dal diritto d'autore*, cit.

⁴⁴ Sul punto v. A. MUSSO, *La proprietà intellettuale nel futuro della responsabilità sulla rete*, cit., pp. 823-824 e nota 80.

diffide del titolare dei diritti d'autore) trova invece fondamento negli artt. 16 e 17 dello stesso decreto legislativo, poiché il legislatore italiano – nel recepire la corrispondente disposizione della direttiva sul commercio elettronico – ha subordinato l'obbligo della rimozione al ricevimento, da parte del *provider*, rispettivamente, di una “comunicazione” o di una “richiesta” provenienti dalle competenti autorità giudiziarie o amministrative⁴⁵.

10. Considerazioni finali

All'esito di questo sia pur rapido e sommario *excursus*, la sensazione complessiva è che – come si diceva – i giudici si siano trovati a risolvere controversie alla luce di una disciplina (vigente) che, forse a causa delle evoluzioni tecnologiche introdotte dal *web 2.0* (v. sopra § 5), è sembrata – a ragione o a torto – non più adeguata a dirimere il conflitto tra gli opposti diritti in modo ritenuto (dagli stessi giudici) soddisfacente. Di qui la “tentazione” dei giudici di pervenire, in via interpretativa, a “torsioni” – quando non a vere e proprie forzature – della vigente disciplina⁴⁶, così spiegandosi le critiche e comunque le perplessità sollevate in dottrina da tali pronunzie giurisprudenziali: riserve che sono risultate più severe in campo penalistico, stante la necessità di rispettare il principio di legalità ed il divieto di analogia *in malam partem*.

Per giunta, così facendo gli organi giurisdizionali si sono trovati ad effettuare un bilanciamento tra interessi economicamente e socialmente – oltre che giuridicamente – assai rilevanti, oggetto addirittura di obiettivi individuati come di interesse generale a livello comunitario e, comunque, ricollegabili a diritti e libertà spesso di pari rilevanza costituzionale.

Si tratta quindi di bilanciamenti assai delicati, che dovrebbero spettare, in prima battuta, al legislatore nazionale, se non comunitario, ed in cui attribuire eccessiva enfasi ad alcuni soltanto dei valori in gioco rischia di creare effetti indesiderati, nonostante le migliori intenzioni.

L'estrema delicatezza del bilanciamento degli interessi in gioco si coglie anche analizzando alcune posizioni dottrinali.

Ad esempio, se è corretto spiegare l'esonazione di responsabilità (riconosciu-

⁴⁵ L. GUIDOBALDI, *You Tube e la diffusione di opere protette dal diritto d'autore*, cit., p. 292; *contra*, però A. MUSSO, *La proprietà intellettuale nel futuro della responsabilità sulla rete*, cit., p. 827, il quale ritiene che il *provider* sia tenuto a rimuovere il materiale dopo aver ricevuto una diffida del titolare dei diritti che si ritenga leso, a patto però che la diffida sia circostanziata e non generica, come – a parere dell'A. – quella oggetto della controversia Mediaset/You Tube.

⁴⁶ Sul punto si v. anche S. SICA - V. ZENO-ZENCOVICH, *Legislazione, giurisprudenza e dottrina nel diritto dell'internet*, cit., p. 385 e A. MANNA, *I soggetti in posizione di garanzia*, cit., pp. 793-794.

ta in sede comunitaria a favore degli *internet provider*) ricollegandola all'iniziale obiettivo di agevolare il "decollo" di questa attività, e se è altrettanto vero che questo "decollo" si è ormai verificato con successo, ragion per cui ben potrebbe ipotizzarsi l'imposizione di obblighi (di controllo) più onerosi⁴⁷, non sembra men vero che in tal modo potrebbero involontariamente "blindarsi" gli attuali assetti di mercato in favore dei soggetti *attualmente* dominanti⁴⁸ (i quali, a differenza dei *new comers*, potrebbero sostenere tali maggiori oneri).

Per altro verso, se è vero che il regime di irresponsabilità degli *internet provider* può agevolare un più ampio esercizio della libertà di espressione degli *uploaders* (evitando di creare alibi per l'introduzione di censure telematiche, per giunta gestite da privati: gli stessi *internet provider*)⁴⁹, è altrettanto vero che questo effetto è solo indiretto ed eventuale, poiché l'esenzione di responsabilità non esclude ovviamente che gli operatori di *internet* possano comunque introdurre di propria iniziativa un sistema di controllo preventivo⁵⁰, ove ciò risulti più conveniente per le loro strategie commerciali.

Parimenti difficile da risolvere è il conflitto tra libertà della rete e tutela dei diritti d'autore e dei diritti connessi, anche se un perfezionamento dei sistemi di *notice and takedown* (già oggi previsti) potrebbe apportare un notevole contributo, fermo restando che l'apprestamento di un'offerta lecita di queste opere su *internet* a prezzi più abbordabili sembra comunque auspicabile⁵¹.

Ad ogni modo, vista la complessità dei "nodi" da sciogliere e lo sviluppo vorticoso di *internet* c'è da star certi che i "dilemmi" sopra individuati non mancheranno a breve di ripresentarsi sotto forme sempre nuove e diverse.

Abstract

The liability of the Internet Service Provider (ISP) is one of the most controversial issues in European and national laws. The author analyses two cases decided by Italian Courts, one dealing with the right to privacy (the famous controversy against Google for the video about a disabled boy), the other involving copyright law. On the basis of this analysis, the author draws the conclusion that a change in legislation is necessary at European or, at least, at national level.

⁴⁷ In tal senso, S. SICA - V. ZENO-ZENCOVICH, *Legislazione, giurisprudenza e dottrina nel diritto dell'internet*, cit., p. 387.

⁴⁸ Aspetto segnalato anche da A. MUSSO, *La proprietà intellettuale nel futuro della responsabilità sulla rete*, cit., p. 818.

⁴⁹ G. SARTOR - M. VIOLA DE AZEVEDO CUNHA, *Il caso Google-ViviDown*, cit., pp. 668 sgg.

⁵⁰ Per impedirlo occorrerebbe, infatti, un espresso *divieto* normativo in tal senso.

⁵¹ Per una proposta in tal senso si v., da ultimo, l'Allegato A della delibera dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 668/10/CONS, del 17 dicembre 2010, pp. 7 sgg.