

QUESTIONI APERTE

Diritto d'autore

La decisione

Diritto d'autore - Comunicazione al pubblico - Provider - Concorso di persone - Dolo specifico (Dir. 2001/29/CE, art. 3, §1, art. 8, § 3; Dir. 2000/31/CE, artt. 14 e 15; D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 70, artt. 16 e 17; L. 22 aprile 1941, n. 633, art. 171-ter, co. 2, lett. a-bis), e. 171, co. 1, lett. a-bis); C.p. art. 110).

La nozione di «comunicazione al pubblico», ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, deve essere interpretata nel senso che comprende, in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, la messa a disposizione e la gestione, su Internet, di una piattaforma di condivisione che, mediante l'indicizzazione di metadati relativi ad opere protette e la fornitura di un motore di ricerca, consente agli utenti di tale piattaforma di localizzare tali opere e di condividerle nell'ambito di una rete tra utenti (peer-to-peer).

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, SEZIONE SECONDA, 14 giugno 2017-ILEŠIČ, *Presidente* -ILEŠIČ, *Estensore* -SZPUNAR, *Avvocato generale* (conf.) - *Hoge Raad der Nederlanden* (Corte suprema dei Paesi Bassi), *ricorrente*.

“La Baia dei Pirati” viola il diritto d'autore.

La Corte di giustizia verso una responsabilità diretta delle piattaforme *online*.

SOMMARIO: 1. Una rivoluzione annunciata. - 2. La pronuncia. - 3. Prime osservazioni. La ricerca del tesoro è lecita solo senza una mappa. - 4. Possibili risvolti in tema di responsabilità penale del *provider*. - 5. Conclusioni.

1. Una rivoluzione annunciata

La portata e il peso di una simile pronuncia possono essere intesi solo dopo essersi compiutamente calati nel momento storico attuale, usufruendo della capacità di muoversi con una certa confidenza all'interno del quadro giuridico in cui la sentenza si inserisce. Al contrario, si finirebbe con l'incespicare in quei fragorosi sensazionalismi giornalistici di coloro che non esitano a scomporsi e ad inneggiare alla rivoluzione per ogni accadimento.

E difatti, lo *Zeitgeist* che pare pervadere l'Europa, a livello esegetico e - sembra di poter dire - anche normativo¹, ha stimolato il comune cimentarsi in una

¹ L'ultimo fulgido esempio dell'attuale sensibilità politico-culturale è il nuovo *Digital Economy Act*, che ha ricevuto il *Royal assent* lo scorso 27 aprile.

matura riflessione sull'impatto che ha avuto *internet* - dai suoi primi vagiti ad oggi - sulla società contemporanea, in tutto il suo multiforme dispiegarsi. La sensibilità comune, resa patente - finora - soprattutto a livello giurisprudenziale, è tutta protesa alla ricerca di una più efficace protezione dei diritti fondamentali². Ma per tutelare un interesse occorre anzitutto suggerire chi è onerato del compito di porsi a presidio dello stesso e, di conseguenza, su chi addossare o estendere la responsabilità in caso di lesione. A tal proposito, la deriva intrapresa negli ultimi anni conduce verso una responsabilizzazione di quegli intermediari³ che offrono determinati servizi di condivisione *online*.

Il terreno di indagine eletto dalla presente disamina sarà concentrato, per ragioni di rilevanza della *questio iuris* in rapporto alla fattispecie in commento, sul singolo tema della violazione del diritto d'autore, sotto la lente di un eventuale coinvolgimento dell'intermediario.

Una prima risposta normativa al livello europeo - ad oggi ancora attuale - è stata fornita con la direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, la quale compendia un campionario di figure di *provider*, a seconda che questi svolgano funzioni di "semplice trasporto" (*mere conduit*), di "memorizzazione temporanea" (*caching*) e di "memorizzazione permanente" (*hosting*). A ciascun ruolo è affiancato un regime di esenzione di responsabilità⁴. In generale, l'intera disciplina trasuda un'agitata tensione tra le ragioni giuseconomiche del *provider* - che merita di vedersi garantita la propria libertà di impresa - e la necessità di prevenire le attività illecite, tutelando così i diritti - soprattutto sul piano del risarcimento civile - di proprietà intellettuale. Siffatta denunciata preoccupazione si è tradotta in una congerie di disposizioni normative contraddittorie, in ordine alle quali sono stati versati fiumi di inchiostro. Paradigmatica in tal senso è la previsione dell'art. 15, che esonera i prestatori e da un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni trasmesse e memorizzate e da un dovere di indagare sulla eventuale presenza di attività illecite. Tale previsione - che è bene tenere a mente per il proseguo della trattazione - mal si concilia con il "considerando" 48 della medesima direttiva, il quale lascia aperta la possibilità per i

² PIZZETTI, *I diritti nella "rete" della rete. Il caso del diritto d'autore*, Torino, 2011.

³ BUGIOLACCHI, *(Dis)orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità degli internet provider (ovvero il difficile rapporto tra assenza di obblighi di controllo e conoscenza dell'illecito)*, in *Resp. Civ. prev.*, 2010, 1588; 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*, in *Dir. inform.*, 2010, 278.

⁴ L'orizzonte d'ispirazione è il modello americano: i *safe harbour* del DMCA (*Digital Millennium Copyright Act*).

singoli Stati membri di chiedere ai prestatori di servizi, che detengono informazioni, un dovere di diligenza al fine di individuare e prevenire attività illecite⁵. L'eterogeneità delle circostanze e il progredire delle facoltà che irradiano dalla rete hanno condotto ad una progressiva teratogenesi del *provider*. Di conseguenza, quelle vestigia formali ricamate dal legislatore europeo nel 2001 si sono ben presto rivelate superate e, oramai, desuete. A fronteggiare tale situazione è intervenuta la giurisprudenza, chiamata a districarsi lungo un crinale - quello tra *service* e *content provider*⁶ - che tende ad assottigliarsi, messo in crisi dalla evoluzione tecnologica.

I margini di immunità in favore degli intermediari, sanciti dalla normativa sopra richiamata, sono appannaggio di un modello di condotta essenzialmente neutrale da parte dell'intermediario, il quale va esente da responsabilità fintantoché mantiene un contegno passivo⁷. È così che la rapida trasformazione dei servizi *online* ha originato una diversa figura di intermediario, che si colloca tra il *content provider*⁸ e il *provider* passivo: ossia l'*hoster* attivo. Trattasi di un ritratto di matrice giurisprudenziale, delineato allo scopo di identificare quell'intermediario che non si limita ad un fare agnostico, ma interviene fattivamente, in genere agevolando la fruizione dei contenuti da parte degli utenti.

Tale ultima categoria di prestatore, per il vero, è stata forgiata - e con un certo nerbo - dai giudici italiani e successivamente elargita con crescente disinvoltura. Da par suo, la Corte di Lussemburgo, nonostante un iniziale atteggiamento pilatesco, a partire dal *leading case* Google France c. Louis Vuitton Malletier, del 23 maggio 2010, nelle cause riunite C-236/08, C-237/08 e C-238/08⁹,

⁵ RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, Torino, 2002, 213. L'autore, nel tentativo di conciliare le due proposizioni normative, ha osservato come quella di cui al "considerando" 48 integre-
rebbe una obbligazione di mezzi e non di risultato.

⁶ BASSINI, *La rilettura giurisprudenziale della disciplina sulla responsabilità degli Internet service provider. Verso un modello di responsabilità "complessa"?*, in www.federalismi.it, 2015, 7.

⁷ Nello specifico, a mente del "considerando" 42 della Direttiva 2000/31/CE «Le deroghe alla responsabilità stabilita nella presente direttiva riguardano esclusivamente il caso in cui l'attività di prestatore di servizi della società dell'informazione si limiti al processo tecnico di attivare e fornire accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni messe a disposizione da terzi al solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione. Siffatta attività è di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, il che implica che il prestatore di servizi della società dell'informazione non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate».

⁸ Il soggetto che inserisce i contenuti su di una piattaforma.

⁹ Corte di Giust. UE, 23 maggio 2010, *Google France v. Louis Vuitton Malletier*, cause riunite C-236/08, C-237/08 e C-238/08, commentata da SPEDICATO, *La sottile linea di confine tra esclusiva sul segno e usi leciti del marchio altrui: prime riflessioni sulla giurisprudenza comunitaria in materia di keyword advertising*, in *Dir. inf.*, 2010, 731;

ha ammesso come la neutralità del *provider* dipenda dal concreto atteggiarsi del suo ruolo, rinviando pur sempre, per le valutazioni del caso, alle corti nazionali, che meglio sono in grado di valutare la natura dell'*hoster* nella vicenda concreta. La Corte di giustizia si è mossa prudentemente, partendo da una lettura che, ispirata ad un accorto bilanciamento degli interessi in gioco, conserva un occhio di riguardo verso l'iniziativa economica del *provider*, tutelata dall'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, già Carta di Nizza. Tale prospettiva ha informato la Corte nella significativa decisione del 27 marzo 2014¹⁰, ove, nel valorizzare il principio di proporzionalità, è stato applicato il sigillo della legalità su una misura a carattere inibitorio nei confronti di un intermediario, i cui servizi erano adoperati da terzi per violare il diritto d'autore¹¹. La conformità al diritto di una simile misura principia nella facoltà, accordata al prestatore di servizi, di adottare la misura dallo stesso ritenuta più idonea, e dunque meno invasiva, per perseguire l'obiettivo della inibizione, di guisa da assicurare la libertà di impresa del *provider*.

Venendo, direttamente ai tempi più recenti - non volendo trasmodare dagli stretti margini del presente lavoro - è di pochi mesi fa la pronuncia¹² con cui la Corte di giustizia ha chiarito come vivifichi una «*comunicazione al pubblico*», ai sensi dell'art. 3, par. 1, della Direttiva 2001/29/CE, in tema di diritto d'autore, la vendita di un lettore multimediale nel quale risultino preinstallati collegamenti ipertestuali a siti *web* di *streaming*, in modo da consentire la riproduzione temporanea su tale lettore di un'opera tutelata dal diritto d'autore¹³. Sicché, assumendo simili fogge, una siffatta condotta sarebbe sintomatica di una responsabilità dell'intermediario.

Sul piano normativo si segnala, a livello europeo, una proposta di riforma sul *copyright*, attualmente al vaglio del Parlamento, che va nel senso di ascrivere

¹⁰ Corte Giust. UE, 27 marzo 2014, *UPC Telekabel Wien GmbH v. Constantin Film Verleih GmbH e Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*, C-314/12.

¹¹ Le questioni pregiudiziali sollevate nell'ambito del procedimento vertevano sulla Direttiva 2001/29/CE, inerente alla tutela del diritto d'autore, e segnatamente sull'art. 8, par. 3, il quale recita «*Gli Stati membri si assicurano che i titolari dei diritti possano chiedere un provvedimento inibitorio nei confronti degli intermediari i cui servizi siano utilizzati da terzi per violare un diritto d'autore o diritti connessi*».

¹² Corte Giust. UE, Sez. II, 26 aprile 2017, *Stichting Brein v. Jack Fredrik Willems*, C-527/2015.

¹³ Peraltro, la Corte ha già dichiarato che il fatto di mettere a disposizione su di un sito *internet* dei collegamenti cliccabili verso opere protette, pubblicate senza alcun limite di accesso su di un altro sito, offre agli utilizzatori del primo sito un accesso diretto a tali opere: Corte Giust. UE, 13 febbraio 2014, *Svensson e a.*, C-466/12, Corte Giust. UE, 8 settembre 2016, *GS Media*, C-160/15.

effettivi compiti di sorveglianza agli intermediari¹⁴. Sul versante interno, il legislatore, sempre più inquieto e smanioso, non si è voluto sentire da meno, presentando al Senato, in data 07 febbraio 2017, un disegno di legge – il n. 2688 del 2017 (c.d. “d.d.l. Gambaro”) – che, *inter alia*, contempla una serie di obblighi e sanzioni di stampo penale in capo al *provider*: disegno che è già stato solertemente oggetto di una acuta analisi in questa stessa Rivista¹⁵.

2. La pronuncia

Dalle premesse appena scolpite – con una fugace veduta a volo d’uccello sul contesto in cui si innerva la pronuncia in commento – traspare vividamente come la Corte di giustizia, lungi dal navigare “di bolina”, veleggi in poppa nella direzione del vento, che sempre più forte spira verso una responsabilizzazione degli intermediari – con tutti i rischi che una simile andatura comporta¹⁶.

Entrando *in media res*, i giudici di Lussemburgo sono stati aditi con rinvio pregiudiziale dalla Corte di cassazione olandese: la domanda verteva sulla corretta interpretazione della locuzione «*comunicazione al pubblico*», contenuta nell’art. 3, par. 1, della Dir. 2001/29/CE¹⁷. In breve: la Stichting Brein, una fondazione dei Paesi Bassi che tutela gli interessi dei titolari del diritto d’autore, ha incardinato un processo per far ingiungere alla Ziggo e alla XS4ALL, fornitori di accesso ad *internet*, di bloccare i nomi di dominio e gli indirizzi IP di “The Pirate Bay”, un motore per la condivisione di documenti *peer-to-peer* (da “pari a pari”).

La singolarità di una rete *peer-to-peer* alberga nel fatto che ciascun utente (*peer*) assume una duplice veste: non solo è un cliente che riceve e “scarica” informazioni e dati (*leecher*), ma, dal momento in cui inizia il *download*, diviene automaticamente anche un *server* che mette a disposizione degli altri utenti i dati che sta scaricando (*seeder*). La condivisione si realizza tramite *BitTorrent*, un protocollo con il quale gli utenti condividono i *file*, i quali si trovano divisi in piccoli frammenti: in modo che non occorra disporre di un *server* centrale per

¹⁴ All’art. 13 è previsto, a carico degli intermediari della comunicazione, l’obbligo di predisporre dei filtri per i contenuti immessi dagli utenti, al fine di eliminare quelli in violazione del *copyright*.

¹⁵ ACCINI, *Profili di responsabilità penale dell’hosting provider “attivo”*, in *questa Rivista*, 2017, n. 2, 17.

¹⁶ L’andatura “in poppa” può risultare estremamente pericolosa, giacché un rapido mutamento della direzione del vento può far “strambare” senza preavviso.

¹⁷ La direttiva è tesa ad adattare la normativa sul diritto d’autore e sui diritti connessi agli sviluppi tecnologici, fornendo, nel contempo, un elevato livello di protezione della proprietà intellettuale. Con siffatta direttiva, inoltre, sono stati esecutivi due trattati internazionali conclusi nel dicembre 1996: il WIPO Copyright Treaty e il Trattato sulle interpretazioni, le esecuzioni ed i fonogrammi.

la loro memorizzazione. Per poter condividere i *file* nel modo sopra accennato, gli utenti debbono anzitutto “scaricare” e installare un *software*, denominato “*client-BitTorrent*” – il quale non è messo a disposizione dalla piattaforma TPB. Tale *software* consente non solo la condivisione, ma anche la creazione di un *file torrent*, a favore di quegli utenti che vogliano condividere un *file* presente sul loro computer (*seeder*). Il *client-BitTorrent* rinvia ad un *server* centrale (*tracker*), che identifica gli utenti disponibili alla condivisione di un determinato *file torrent*, nonché il relativo *file* multimediale. In buona sostanza, la rete è decentralizzata – non vi sono *server* centrali – e presenta una “geometria variabile”, giacché solo gli utenti-*server* connessi formano la rete in un dato momento¹⁸. Le reti *peer-to-peer*, allora, consentono lo scambio di dati presenti sui dispositivi di ciascuno, senza che sia necessario che il *file* condiviso sia previamente caricato su di un sito che faccia da *server* centrale. Una rete di tal fatta, in virtù della sua struttura decentralizzata, è più resistente agli attacchi delle forze dell’ordine e dei titolari dei diritti d’autore. Non a caso, fin dal momento della loro prima apparizione, le reti *peer-to-peer* hanno concentrato su di sé le attenzioni della lotta alla pirateria¹⁹, atteso il loro frequente impiego finalizzato alla condivisione di contenuti che non sarebbero altrimenti fruibili gratuitamente per il pubblico. Al lume di tale cursoria illustrazione traspare come “The Pirate Bay”²⁰ (TPB) non contenga, né riproduca opere protette da *copyright*, bensì raccoglie i *file torrent*, caricati dai *seeder*. La piattaforma, tuttavia – e qui si annida il *punctum crucis* della pronuncia della Corte di giustizia – non si limita a fare da contenitore, ma indicizza e categorizza i metadati, consentendo un rapido caricamento e reperimento delle opere protette²¹.

¹⁸ Conclusioni dell’Avvocato Generale, M. Szpunar, dell’8 febbraio 2017, in www.curia.europa.eu.

¹⁹ Negli Stati Uniti, fu celebre il “caso Napster”, l’antesignano delle reti *peer-to-peer*, oggetto della sentenza della United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, del 12 febbraio 2001, *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.* (239 F.3d 1004).

²⁰ TPB è stato fondato dai membri della Piratbyrå, un’organizzazione svedese contraria al diritto d’autore.

²¹ Con un’efficace analogia, richiamata dall’Avvocato Generale nelle sue conclusioni, un giudice australiano ha illustrato il funzionamento del protocollo *bittorrent*, nei seguenti termini: «*Il documento condiviso è il tesoro, il cliente bittorrent è la nave, il documento torrent è la mappa che indica il luogo in cui si trova il tesoro, The Pirate Bay fornisce gratuitamente la mappa e il tracker è il vecchio saggio che va consultato per comprendere la mappa*».

Un elemento di novità della pronuncia, rispetto ad altre sentenze, quali *Svensson e a.*²² e *GSMedia*²³ – che vertevano su una comunicazione secondaria di opere già presenti sulla rete, perché inserite dal produttore del loro contenuto – è il fatto che la pronuncia in commento riguarda una comunicazione originale, operata all'interno di una rete tra utenti (*peer-to-peer*).

La questione, dunque, era di non poco momento, poiché rendersi artefice di una «*comunicazione al pubblico*» significa esporsi ad una violazione del diritto d'autore – allorché la comunicazione non sia stata previamente licenziata dal titolare dei diritti sull'opera, l'unico che gode del diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi comunicazione al pubblico, secondo il dettato dell'art. 3, par. 1, della Dir. 2001/29/CE²⁴.

Le considerazioni che hanno indotto i giudici di Lussemburgo a figurare gli estremi di una «*comunicazione al pubblico*», nella fattispecie in interesse, sono di due tipi: l'intenzionalità nell'agire dell'autore della comunicazione – il quale era a conoscenza che si trattasse di opere diffuse senza il consenso del titolare – e l'effettiva sussistenza di un pubblico, secondo i canoni individuati della giurisprudenza europea.

La Corte, facendo proprie gran parte delle considerazioni già espresse il 26 aprile scorso, nell'ambito della pronuncia più sopra menzionata, ha ribadito come la nozione di «*comunicazione al pubblico*» sia da intendersi in senso lato ed importi una valutazione individualizzata. A tal fine, la comunicazione deve essere volontaria, nel senso che l'utente – nel caso di specie la piattaforma TPB – deve avere una piena cognizione delle conseguenze del suo comportamento, che si concreta nel consentire o favorire l'accesso ad un'opera protetta senza l'autorizzazione del titolare, di modo che gli altri utenti possano accedervi dal luogo e nel momento da loro individualmente scelti. I giudici rilevano, a detto proposito, come, se è pur vero che le opere non sono state dislocate sul sito direttamente dagli amministratori della piattaforma e nemmeno fanno capo ad un *server* centralizzato ad essa riconducibile, nondimeno TPB interviene fattivamente onde garantire l'accesso alle opere protette, indicizzando ed elen-

²² Corte Giust. UE, 13 febbraio 2014, *Svensson e a.*, C-466/12.

²³ Corte Giust. UE, 8 settembre 2016, *GS Media*, C-160/15.

²⁴ Ai sensi della disposizione in parola: «*Gli Stati membri riconoscono agli autori il diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi comunicazione al pubblico, su filo o senza filo, compresa la messa a disposizione del pubblico delle loro opere in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente*».

cando su tale piattaforma i *file torrent*, in modo da facilitare gli utenti nell'attività di localizzazione e condivisione delle opere in una rete *peer-to-peer*. Per la verità, gli amministratori di TPB si spingono oltre: propongono un motore di ricerca, un indice che classifica le opere in differenti categorie – in base al genere e alla loro popolarità – verificano la conformità dell'opera con la categoria assegnata e svolgono anche un lavoro di pulizia, eliminando i *file torrent* obsoleti o errati. Non si è in presenza, quindi, di una «*mera fornitura di attrezzature fisiche atte a rendere possibile o ad effettuare una comunicazione*», che, in forza del “considerando” 27 della Direttiva *de qua*, avrebbe escluso, *ab initio*, la presenza di un atto di comunicazione. Che sia così sarebbe ulteriormente corroborato dalla imprescindibilità del ruolo giocato da TPB nella messa a disposizione delle opere in questione – argomentazione, tale ultima, assai poco persuasiva, così come il generico richiamo agli introiti pubblicitari realizzati dalla piattaforma.

In ordine al secondo apprezzamento – ossia quello inerente alla presenza di un pubblico – la Corte osserva come sia stata certamente superata la soglia *de minimis* – attese le decine di milioni di *peer* – e che detti utenti rappresentino un “pubblico nuovo”²⁵, cioè un pubblico che non è stato preso in considerazione dai titolari del diritto d'autore, al momento in cui hanno autorizzato la comunicazione iniziale. La sincronica persistenza di un pubblico nuovo e dell'elemento psicologico, eleva l'agire di una piattaforma *online* di condivisione di metadati al grado di «*comunicazione al pubblico*», esposta al potere di inibizione dell'autore dell'opera.

3. Prime osservazioni. La ricerca del tesoro è lecita solo senza una mappa

Con il *dictum* in commento la Corte europea pare aver apertamente sdoganato la figura dell'*hoster* “attivo”, che finora aveva trovato piena e convinta cittadinanza soltanto nella giurisprudenza delle corti nazionali²⁶.

²⁵ Requisito che è stato consacrato dalla sentenza Corte Giust. UE, 13 febbraio 2014, *Svensson e a.*, C-466/12.

²⁶ Invero, già nelle sentenze Corte di Giust. UE, 23 maggio 2010, *Google France v. Louis Vuitton Malletier*, cause riunite C-236/08, C-237/08 e C-238/08 e Corte di Giust. UE, Grande Sezione, 12 luglio 2011, *L'Oréal SA e altri v. eBay International AG e altri*, C-324/09, era stata prefigurata la possibilità per i *provider* di smarrire la loro posizione neutrale, qualora effettivamente al corrente dell'attività illecita, malgrado la mancata indicazione di coordinate sicure capaci di orientare oltre i rigidi confini del caso concreto.

E così, l'attività di indicizzazione dei metadati e la fornitura di un motore di ricerca vengono reputati dirimenti nell'inferire che gli amministratori della piattaforma «*non potevano ignorare*» che gran parte dei *file torrent* classificati e organizzati rinviavano ad opere pubblicate senza l'autorizzazione dei titolari dei diritti. Eppure, allo stato della normativa, non può sottacersi come a mente della Dir. 2000/31/CE il *provider* - come sopra anticipato - non abbia un dovere di sorveglianza²⁷, bensì solo un obbligo di informare la pubblica autorità competente in presenza di «*presunte*» attività illecite (art. 15), e dovrebbe andare esente da responsabilità, salvo che non sia effettivamente al corrente della natura illecita dell'attività (art. 14, per quanto attiene all'*hosting provider*).

Si parva licet, il parametro dell'"effettiva conoscenza" - che *ab origine* sembrava rimandare all'espressione "*actual knowlegde*", che, invece, possiede un preciso e rigido significato nell'ambito del *copyright law* statunitense - rischia così di assumere connotati eccessivamente elastici, tanto da adombrare lo spettro di una responsabilità oggettiva.

Pertanto, delle due l'una: o la Corte ha effettivamente riconosciuto TPB come un *hoster* attivo - e dunque si sarebbe dovuta motivare l'inapplicabilità in suo favore del regime di esenzione di cui alla Dir. 2000/31/CE - oppure, come sembrerebbe ad un secondo più nitido sguardo, la Corte ha degradato la piattaforma *online* a *content provider* - pur in assenza di un contributo dell'intermediario nella creazione e nell'*upload* dei metadati contestati.

La sensazione è che "The Pirate Bay" - *nomen omen* - sia stato tradita dal suo atteggiamento sfrontato, del tutto irriverente e giacobino rispetto alla tutela del diritto di proprietà intellettuale delle opere. Un fare che valicava - e valica ancora - i limiti della provocazione: gli amministratori del sito, come evidenziato anche in un passaggio della sentenza, ostentano su *blog* e *forum online* il loro obiettivo di mettere a disposizione degli utenti opere protette, incitando a realizzare ulteriori copie delle stesse. Ad uscire rafforzati da questa pronuncia, al

²⁷ Tanto che nelle pronunce *Scarlet* e *Netlog* (rispettivamente Corte Giust., Sez. III, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended SA v. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, C-70/10 e Corte Giust. UE, Sez. III, 16 febbraio 2012, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) v. Netlog NV*, C-360/10), la Corte ha statuito che imporre un sistema di filtraggio preventivo ai *provider* in una rete *peer-to-peer* si risolverebbe in una lesione della libertà di impresa nei confronti dei fornitori di servizi, ribadendo in tal modo l'assenza di un dovere di sorveglianza in capo a questi ultimi.

dunque, paiono essere i siti di *cyber locking*²⁸, che, seppur carichi di materiale pirata, non lo indicizzano, né lo organizzano.

Sebbene le trame del tessuto argomentativo presentino varie criticità e vizi di metodo o *bias* – come quando si omette ogni chiarimento sul carattere “comunicativo” dell’agire della piattaforma, limitandosi ad una considerazione meramente labiale, ovvero, ancora, ove si finisce col generare una confusione tra il dato cognitivo e l’elemento di “novità” del pubblico – la Corte di giustizia, con una simile decisione, si avvale della spinta di quel vento giustizialista che da tempo lambisce la figura del *provider*, arrivando a divisare una sua responsabilità diretta per la violazione del diritto d’autore.

4. Possibili risvolti in tema di responsabilità penale del *provider*

In Italia vige un regime di esenzione a favore degli intermediari, introdotto in sede di attuazione della Dir. 2000/31/CE e contenuto nel D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 70, il quale si è affiancato alla tutela penale del diritto d’autore, ancora oggi declinata nella L. 22 aprile 1941, n. 633. Le nuove minacce al diritto d’autore, originate dalla evoluzione tecnologica, hanno innescato una reazione del legislatore che ha optato per una parcellizzazione²⁹ piuttosto disomogenea delle diverse fattispecie di reato³⁰, imponendo, di fatto, un approccio casistico, foriere di una sostanziale inefficienza del dato normativo³¹ – oltre ad un vistoso attrito con il principio di tassatività.

In tema di responsabilità penale degli intermediari *online*, la Corte di cassazione, è bene chiarirlo subito, aveva già da tempo tracciato la rotta. Nel 2009, adita allo scopo di vagliare la legittimità di un’ordinanza cautelare del GIP

²⁸ Il *cyberlocker*, è un servizio di archiviazione su *internet* progettato per ospitare i *file* degli utenti, permettendo loro di caricare documenti che possono poi essere “scaricati” da altri internauti.

²⁹ Quella che è stata definita come «un’*ipertrofica elencazione casistica di condotte*», da FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d’autore nell’epoca di Internet. Un’indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, Padova, 2010, 231,

³⁰ IMPERADORI, *La responsabilità dell’Internet Service Provider per violazione del diritto d’autore: un’analisi comparata*, in *www.eprints.biblio.unint.it*, 2014, 126.

³¹ DESTITO, DEZZANI, SANTORIELLO, *Il diritto penale delle nuove tecnologie*, Padova, 2007, 371: gli Autori osservano che il «*ritardo del legislatore rispetto all’incessante avanzata dell’anmodernamento tecnologico, unitamente all’assenza di un chiaro disegno ispiratore, sono circostanze che contribuiscono a far sì che la disciplina penale dettata a tutela del diritto d’autore paia inevitabilmente caratterizzata da un ampio margine di inefficienza, essendo le previsioni sanzionatorie destinate per la gran parte dei casi a rimanere nei fatti inapplicate, con conseguente impossibilità di garantire un reale controllo del fenomeno del mancato rispetto della proprietà intellettuale*».

presso il Tribunale di Bergamo³², la Suprema Corte ebbe modo di pronunciarsi proprio sulla responsabilità della piattaforma di condivisione *peer-to-peer* “The Pirate Bay”, reputando ascrivibile agli amministratori del sito il reato di cui all’art. 171-ter, co. 2, lett. a-bis³³, L. 22 aprile 1941, n. 633 (legge sul diritto d’autore), che punisce la trasmissione dell’opera in rete per fini lucrativi. La Corte finì col sussumere all’interno della menzionata fattispecie di reato anche la condotta dell’intermediario. Questo fu sanzionato per aver posto in essere un *quid pluris*, che esula dal contegno di mero vettore di contenuti, offrendo un servizio di indicizzazione delle informazioni essenziali, onde orientare gli utenti nel *download* dei contenuti³⁴. Venne così icasticamente plasmata la figura dell’“*hoster attivo*”³⁵, la quale conserva comunque un certo iato concettuale con il ruolo di *content provider*. I giudici di legittimità osservarono, invero, come la peculiarità del sistema *peer-to-peer* porta ad escludere che la comunicazione al pubblico sia stata realizzata dalla piattaforma. Per cui: il reato di cui all’art. 171-ter, comma 2, lett. a-bis), l.d.a., è ascrivibile ai soggetti che effettuano l’*upload*, l’intermediario risponde in concorso, per aver perpetrato una condotta dai contorni agevolatori.

³²Trib. Bergamo, Sez. G.I.P., 24 settembre 2008, S.K., in *Dir. inform.*, con nota di LUCENTE, *Abnormità del sequestro preventivo consistente nel divieto di accesso al web*, 2009, 260.

³³ L’art. 171-ter, comma 2, lett. a-bis), punisce chi «in violazione dell’articolo 16, a fini di lucro, comunica al pubblico immettendola in un sistema di reti telematiche, mediante commessioni di qualsiasi genere, un’opera dell’ingegno protetta dal diritto d’autore, o parte di essa».

³⁴ Cass., Sez. III, 23 dicembre 2009, Sunde Kulmesoppi, in *Mass Uff.*, n. 245936. Segnatamente, la Corte si esprime nei seguenti termini «Se il sito web si limitasse a mettere a disposizione il protocollo di comunicazione (quale quello peer-to-peer) per consentire la condivisione di file, contenenti l’opera coperta da diritto d’autore, ed il loro trasferimento tra utenti, il titolare del sito stesso sarebbe in realtà estraneo al reato. Però se il titolare del sito non si limita a ciò, ma fa qualcosa di più - ossia indicizza le informazioni che gli vengono dagli utenti, che sono tutti potenziali autori di uploading, sicché queste informazioni (i.e. chiavi di accesso agli utenti periferici che posseggono, in tutto o in parte, l’opera), anche se ridotte al minimo, ma pur sempre essenziali perché gli utenti possano orientarsi chiedendo il downloading di quell’opera piuttosto che un’altra, sono in tal modo elaborate e rese disponibili nel sito, ad es. a mezzo di un motore di ricerca o con delle liste indicizzate - il sito cessa di essere un mero “corriere” che organizza il trasporto dei dati. C’è un *quid pluris* in quanto viene resa disponibile all’utenza del sito anche una indicizzazione costantemente aggiornata che consente di percepire il contenuto dei file suscettibili di trasferimento. A quel punto l’attività di trasporto dei file (file transfert) non è più agnostica; ma si caratterizza come trasporto di dati contenenti materiale coperto da diritto d’autore. Ed allora è vero che lo scambio dei file avviene da utente ad utente (peer-to-peer), ma l’attività del sito web (al quale è riferibile il protocollo di trasferimento e l’indicizzazione di dati essenziali) è quella che consente ciò e pertanto c’è un apporto causale a tale condotta che ben può essere inquadrato nella partecipazione imputabile a titolo di concorso di persone ex art. 110 c.p.».

³⁵ ZINCONI, “Hosting attivo” e violazione del “copyright”: cosa cambia nella responsabilità dell’“Internet Provider”, in *Dir. aut.*, 2012, 2, 149.

Epperò, resta il rovello del dubbio. Si fatica, in particolare, a comprendere in che modo l'intermediario e il singolo utente che "carica" l'opera sulla piattaforma possano concorrere in una fattispecie a dolo specifico – che ancora la punibilità a tale titolo mediante il riferimento all'ipotesi che il fatto venga commesso «*a fini di lucro*» – se, di fatto, l'utente che realizza l'*upload* non ne trae, e soprattutto non ne può trarre, alcun profitto. In altri termini, se si vuole ravvisare negli introiti pubblicitari realizzati dall'intermediario – che risponde per una mera agevolazione – un discrimine tale da far propendere per il delitto previsto dall'art. 171-ter, co. 2, lett. a-bis), l.d.a. in concorso, il *provider* dovrebbe potervi rispondere anche in via autonoma. Difatti, il singolo utente, ossia colui che commette il reato di diffusione dell'opera – cui accede la condotta dell'intermediario – non necessariamente è mosso da un intento di profitto, realizzando, semmai, la fattispecie a dolo generico contenuta all'art. 171, co. 1, lett. a-bis), l.d.a.³⁶.

È fra le pieghe di un simile ragionamento che taluno potrebbe figurarsi un eventuale precipitato della pronuncia della Corte di giustizia in commento. Come anticipato, i giudici di Lussemburgo sembrano aver sancito una assimilazione al grado di *content provider* di quegli intermediari che contribuiscono fattivamente alla corretta identificazione delle opere sul sito, facilitando la condivisione degli utenti. Ecco che s'ode già la voce di chi predica l'avvento di "nuova stagione di contenziosi", perché si sa «*quando poi si dà la stura, è subito un traboccare*»³⁷.

Limitandosi al tenore letterale della norma, l'avanzare di una lettura del genere – già propugnata, per il vero, in precedenza³⁸, seppur non in materia di diritto d'autore – collimerebbe frontalmente con il divieto di analogia in materia penale, giacché la comunicazione al pubblico, per essere penalmente stigmatizzabile, a mente della disposizione normativa in questione, deve essere perpetrata da chi la "immette" in un sistema di reti telematiche. Per converso, l'intermediario si appalesa solamente a posteriori, intervenendo una volta avvenuta l'im-

³⁶ L'art. 171, comma 1, lett. a-bis), l.d.a., punisce chiunque, senza averne diritto e in qualsiasi forma «*mette a disposizione del pubblico, immettendola in un sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi genere, un'opera dell'ingegno protetta, o parte di essa*».

³⁷ ZWEIG, *Amok*, Milano, 2014, 71.

³⁸ Era la tesi accusatoria, accolta in primo grado e poi rinnegata in Cassazione, nel caso "Google-Vividown", in merito ad un'ipotesi di violazione del Codice *privacy*. Cass., Sez. III, 03 febbraio 2014, Drummond, in *Mass. Uff.*, n. 258520.

missione da parte dell'*uploader*, in modo da agevolare l'attività di rintracciamento dell'opera - circostanza che avrebbe dovuto far riflettere maggiormente la Corte sull'eventualità di un concorso, attesa la natura di reato a consumazione istantanea³⁹ del delitto *de quo*. Ne sembra discendere, *rebus sic stantibus*, che l'intermediario possa, al più e semmai, essere chiamato a rispondere in sede di concorso.

Financo le analisi in ordine all'elemento psicologico, contenute nella sentenza della Corte europea, non paiono idonee ad essere mutate sul piano penale. Volendo prescindere dal caso concreto della "Baia dei pirati", quel «*non potevano ignorare*» contenuto nella parte motiva della pronuncia, giustificato dall'unica circostanza che «*gran parte dei file torrent che compaiono sulla piattaforma di condivisione online TPB rinvia ad opere pubblicate senza l'autorizzazione dei titolari di diritti*», non solo "prova troppo" - perché finisce con l'operare una impropria "contaminazione" tra elemento oggettivo ed elemento soggettivo - ma riecheggia anche ad un dolo eventuale, che mal si attaglia alle fattispecie incriminatrici interessate⁴⁰. Peraltro, è alto il rischio di cadere in un *dolus in re ipsa*, se si considera come i *provider* agiscano con la consapevolezza di non essere sottoposti ad alcun dovere generale di sorveglianza, per come sancito dall'art. 17 del D.Lgs. 70/2003. Nondimeno, merita di essere considerato che in uno scambio *peer-to-peer* il flusso di dati è tutto interno ad una rete di utenti avulsa dalla piattaforma, dove molto spesso le opere sono comunicate in forma di frammenti, al cui contenuto si può risalire solo tramite l'apposito *client*.

E ancora, l'elemento del profitto derivante dagli introiti pubblicitari, impiegato dalla Corte per folciare le proprie conclusioni, quasi "*ad colorandum*", non convince. Oltre a non essere aderente alla matrice del *petitum* - tradendo così l'intento giustizialista della Corte - lo stesso favorisce un'ulteriore confusione con il dato gnoseologico dell'intermediario. A tal proposito, i proventi ricavati

³⁹ ACCINI, *Profili di responsabilità penale dell'hosting provider "attivo"*, cit., 13; SEMINARA, *La responsabilità degli operatori su internet*, in *Dir. inf.*, 1998, 765; Trib. Milano, Sez. V 18 marzo 2004, B.G., in *Giur. mer.*, 2004, 1713.

⁴⁰ MANNA, *La prima affermazione, a livello giurisprudenziale, della responsabilità penale dell'internet provider: spunti di riflessione tra diritto e tecnica*, in *Giur. cost.*, 1864, ove l'Autore sostiene che «una responsabilità per omissionem incontri ostacoli insormontabili, per cui l'unica via praticabile, allo stato, della normativa sembra, viceversa, essere quella di un concorso di persone nel reato, ove al provider si imputi una condotta di partecipazione a livello attivo e con un dolo particolarmente carico, anziché ricorrere ad una controversa figura di dolo, quale il dolo eventuale».

dai *banner* pubblicitari dislocati sul sito - ormai imperanti in ogni dove - potrebbero non avere, ed in genere non hanno, alcun collegamento con le opere contenute nei *file* di cui si consente la condivisione. La circostanza che una qualsivoglia piattaforma ricavi ingenti utili dalla pubblicità che espone, è certamente rivelatrice di una fiorente celebrità di quel sito tra i cybernauti, ma non è automaticamente latrice di una rappresentazione e volontà assurti al rango di dolo specifico di trarre profitto da una violazione del diritto d'autore. Del resto, il nesso logico "introiti pubblicitari-dolo specifico" - che ormai pareva consolidato - è stato messo in crisi anche dalle ultime propaggini della giurisprudenza di merito, dove è stata perorata la centralità dell'approccio "*follow the money*" nell'accertamento delle responsabilità per violazione dei diritti d'autore. I giudici, in particolare, si sono pronunciati nel senso che vi deve essere la prova concreta dello specifico intento dell'intermediario «*di trarre dalla comunicazione al pubblico, per il tramite della messa in condivisione in rete di opere protette, un guadagno economicamente apprezzabile e non un mero risparmio di spesa*»⁴¹: una prova che, se nel caso di TPB sarebbe stata comunque di facile raggiungimento, in altre ipotesi potrebbe non rivelarsi - come si è appena osservato - tanto immediata.

5. Conclusioni

Figlia del suo tempo, la pronuncia in commento è certamente una decisione di rilievo, che non mancherà di ingenerare ripercussioni nelle aule di giustizia dei singoli Stati membri. Eppure, in sede di prime osservazioni, è possibile affermare come l'intento di addossare all'intermediario una responsabilità diretta, in modo da scalfire definitivamente quel *safe harbour* dietro cui si è arroccata per anni la posizione del *provider*, non sembra obiettivamente possedere una solidità e credibilità tali da valicare i confini del caso concreto e tradursi così nel riconoscimento di una responsabilità penale autonoma della piattaforma. La progressiva evaporazione della distinzione tra *hosting* "attivo" e *content provider* - di cui la sentenza della Corte di giustizia è solo l'ultima autorevole appendice - mette inevitabilmente a repentaglio il diritto di impresa dell'intermediario, che oggi riceve espressa tutela nell'art. 16 della Carte dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Gli effetti liberticidi di una scelta di tal fatta me-

⁴¹ Trib. civ. Frosinone, n. 181/2017, in www.juriswiki.it; Trib. Milano, Sez. G.I.P., 09 giugno 2017, in www.lidis.it.

riterebbero di essere attentamente ponderati, poiché i risultati potrebbero condurre ad una radicale trasformazione della rete, che perderebbe i suoi caratteri fondanti. E difatti, l'*hoster* attivo, pur non potendo godere dell'esenzione di responsabilità di cui al D.Lgs. 70/2003, non assume di riflesso la posizione del *content*, attesa la vigenza in suo favore dell'esonero da un obbligo generale di sorveglianza, che è stato da più parti impiegato come parametro inibitore dell'attivazione della clausola di equivalenza di cui all'art. 40, co. 2, c.p.⁴².

I nuovi modelli di *business* hanno reso rapidamente obsoleto il ventaglio di esenzioni e ruoli enucleato dal legislatore europeo di inizio millennio. L'urgenza di una nuova normativa è, dunque, universalmente sentita, tanto che ci troviamo ormai da anni in una situazione di *ius condendum* sul fronte nazionale ed europeo –nella speranza che, quantomeno, venga mantenuto un dialogo verticale tra organi di governo multilivello.

L'esigenza di un nuovo *set* di norme, dove siano decise prima in maniera nitida le regole di ingaggio è del tutto condivisibile, giacché nell'attuale panorama del diritto vivente si finisce troppo spesso col lasciare alla giurisprudenza il compito di trovare soluzioni. Di tal guisa le forzature del dato normativo – suscettibili di cagionare un'introduzione surrettizia del dovere di sorveglianza – si fanno sempre più tangibili. In tal senso, l'approccio *case by case*, cui è stato finora costretto l'interprete, ha fatto cadere gli intermediari in uno stato di incertezza su quali siano i loro compiti e i limiti del loro margine di libertà, con effetti che irridono il principio di tassatività della legge penale.

Tuttavia, le soluzioni finora ventilate, orientate verso un inasprimento delle sanzioni e la positivizzazione di un rigido dovere di vigilanza, non convincono affatto. Non solo poiché in tal modo si attribuirebbero agli *Internet service provider* dei costi eccessivi, così da determinare una concentrazione del mercato nelle mani dei soggetti economicamente più dotati⁴³, ma anche perché fare del *provider* un novello censore minerebbe alle radici le garanzie di libertà e condivisione di cui si ammantava la rete, che devono sì recedere di fronte ai diritti fondamentali della persona, ma sulla base di un equo bilanciamento assiologico

⁴² Trib. Milano, Sez. IV, 12 aprile 2010, Drummon, in *Giur. mer.*, 2010, 2219, MANNA, *La prima affermazione, a livello giurisprudenziale, della responsabilità penale dell'internet provider: spunti di riflessione tra diritto e tecnica*, cit., 1856. D'altra parte, in assenza di un semplice obbligo di sorveglianza è arduo ricostruire una posizione di garanzia. L'obbligo giuridico di impedire l'evento, difatti, non può che preesistere all'evento stesso, non potendo, al contrario, rappresentare un *posterius*.

⁴³ IMPERADORI, *La responsabilità dell'Internet Service Provider per violazione del diritto d'autore: un'analisi comparata*, cit., 132; MANTELIERO, *La responsabilità online: il controllo nella prospettiva dell'impresa*, in *Dir. inf.*, 2010, 407.

- come lucidamente sostenuto due decenni or sono dalla più accorta dottrina⁴⁴. Sarebbe allora auspicabile la previsione di un nuovo ed equilibrato regime di esenzione, dal quale derivare, con sufficiente determinatezza, gli obblighi gravanti sugli intermediari, senza per questo mortificare i connotati di libertà della rete.

ENRICO DI PAOLO

⁴⁴ RODOTÀ, Relazione presentata al convegno «Internet e privacy - quali regole», tenutosi presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri in data 08 maggio 1998, in *www.privacy.it*: «Se noi facciamo gravare un eccesso di responsabilità sul provider, sia responsabilità penali che civili nel senso di farne i responsabili dei danni arrecati a coloro i quali usano la rete, noi, consapevoli o meno, possiamo avviare dei processi di censura, nel senso che se il provider sa che, ammettendo in forme anonime, che non potranno essere superate alcuni soggetti in rete, che arrecheranno danni a terzi e sarà poi il provider a doverne rispondere perché non potrà essere superata la barriera dell'anonimato, il provider, per ovvie ragioni di autodifesa selezionerà in modo molto rigoroso non solo coloro i quali sono inaffidabili dal punto di vista economico, ma anche quelli che possono apparire scomodi o pericolosi per le opinioni che esprimono. Quindi noi affermiamo in astratto la libertà della rete, ma facciamo del provider un censore istituzionale e rischiamo in questo modo di entrare in contraddizione con un altro dei caratteri che alla rete viene attribuito, quello di essere un potente strumento di disintermediazione. Si dice: la possibilità del contatto diretto, superare gli intermediari tradizionali. È vero, la comunicazione, punto a punto. Ma se noi, di questo intermediario tecnico, che è il provider, facciamo anche un intermediario sociale, un filtro giuridico, ricostituiamo condizioni di intermediazione in modo sicuramente pericoloso».