

STUDIO APPLICATO

diritti umani, diritto privato comparato

pubblicazioni professionali

FC12

ELENA FALLETTI

I DIRITTI FONDAMENTALI SU INTERNET

seconda edizione 2017

**libertà di espressione
privacy
copyright**

EXEO edizioni

Elena Falletti

I diritti fondamentali su internet

seconda edizione 2017

**libertà di espressione,
privacy e copyright**

Il presente testo analizza in ottica comparativa legislazione e giurisprudenza inerenti la complessa tematica della tutela dei diritti fondamentali in Internet.

Notoriamente Internet è nata come una società a potere diffuso, dove nessuno degli attori sulla scena era in grado di prendere il sopravvento sugli altri. Più recentemente tale situazione è mutata per la formazione di punti di controllo in grado di influenzare gli utenti della Rete concentrando l'uso dei propri servizi, come accade per Facebook, Google, Amazon e così via. Ulteriormente, l'utilizzo di app e smartphone ha trasformato la fruizione di Internet da momento statico, domestico e limitato ad una presenza continuativa e dinamica che accompagna incessantemente lo svolgimento della vita dell'utente nonché il suo modo di approvvigionarsi di beni e servizi.

Alla luce di questa osservazione vengono esaminate le fonti nazionali ed internazionali che riguardano la Rete e il suo sviluppo . Altresì vengono trattate le principali correnti giurisprudenziali internazionali in tema di bilanciamento di diritti fondamentali quali libertà di manifestazione del pensiero e onorabilità, riservatezza, diritto d'autore e protezione dei consumatori.

Copyright © 2017 Exeo S.r.l.. Tutti i diritti riservati. È consentita la stampa e l'utilizzo in più dispositivi ad esclusivo uso personale della persona fisica acquirente, o del destinatario del prodotto in caso di soggetto acquirente diverso da persona fisica, e comunque mai ad uso commerciale: ogni diversa utilizzazione e diffusione, con qualsiasi mezzo, con qualsiasi scopo e nei confronti di chiunque altro, è vietata senza il consenso scritto dell'editore. Quanto alla riproduzione dei contenuti, sono consentite esclusivamente citazioni di brevi brani in virgolettato a titolo di cronaca, studio, recensione, attività della pubblica amministrazione o professionale, accompagnate dal nome dell'autore, dell'editore, e dal titolo e anno della pubblicazione. Sarà perseguita nelle sedi opportune ogni violazione dei diritti d'autore e di editore. Alle violazioni si applicano le sanzioni previste dagli art. 171, 171-*bis*, 171-*ter*, 174-*bis* e 174-*ter* della legge 633/1941.

edizione: febbraio 2017

autore: ELENA FALLETTI, Ricercatore in diritto privato comparato presso l'Università Carlo Cattaneo - LIUC di Castellanza

materia: diritti umani

tipologia: studio applicato | formato: digitale pdf

codice prodotto: FC12 | ISBN: 978-88-6907-210-9

editore: Exeo srl CF PI RI 03790770287 REA 337549 ROC 15200 DUNS 339162698 c.s.i.v. € 10.000,00, sede legale piazzetta Modin 12 35129 Padova sede operativa: via Buzzacarina 20 35020 Brugine PD. Luogo di elaborazione presso la sede operativa.

professionisti

pubblica amministrazione

CAPITOLO I LE FONTI

1. Introduzione: i desiderata e l'effettività della protezione dei diritti umani in Internet

Dagli albori dello sviluppo della Rete e della sua influenza nella vita dei consociati i regolatori e gli operatori economici si sono resi immediatamente conto delle potenzialità economiche da un lato e dei rischi di perdita dei loro vantaggi acquisiti nel modello di sviluppo off line dall'altro. In un certo senso lo sviluppo tecnologico rappresentato da Internet poneva in pericolo posizioni stabilmente acquisite sul mercato. Dapprima la Rete ha abbattuto le barriere fisiche favorendo gli scambi commerciali attraverso l'e-commerce, il quale rappresenta proprio la possibilità di allargare il mercato dei consumatori dal territorio locale ove il produttore economico produce ovvero vende i suoi beni fino all'estensione raggiungibile dalla connessione Internet. Contestualmente la diffusione di massa di Internet ha introdotto i beni digitali, come i file, quali prodotti di largo consumo. Come è noto in un file possono essere contenuti testi, immagini, suoni e filmati. Questa versatilità, aggiunta allo spirito di condivisione che da sempre caratterizza l'E2E principle, ha provocato in imprese consolidate da decenni una scossa equiparabile a quella causata dall'invenzione del motore a scoppio nei trasporti effettuati con cavalli, carrozze e diligence.

Sotto il profilo giuridico si è registrato un maggior rigore nella previsione e nella applicazione delle norme tradizionali in materia di diritto d'autore in particolare e della proprietà intellettuale in generale estendendo anche ai beni digitali la protezione fino ad allora conosciuta per i prodotti dell'ingegno umano. In questo modo ci si è orientati sulla prevalenza degli interessi patrimoniali di pochi, ovvero dei detentori dei diritti d'autore, rispetto agli interessi dei molti fruitori di Internet che della condivisione e della rielaborazione dei materiali altrui hanno plasmato una delle caratteristiche principali della Rete: quella di essere un efficiente volano di creatività.

La reazione delle comunità colpite da questo mutamento è stata variegata. Da un lato vi erano commentatori e operatori coinvolti con interessi economici che rischiavano di affogare in fiumi di parole sull'illiceità del plagio, sulla copia illegale dei file contenenti musica, video, film e anche testi letterari, con la perdita di introiti che ciò avrebbe potuto comportare. Del pari gli organismi internazionali deputati allo sviluppo del commercio internazionale hanno aggiornato i trattati sulla proprietà intellettuale al cyberspazio dove è possibile scambiarsi beni immateriali. Mentre dall'altro lato autorevole dottrina¹⁶, appoggiata politicamente da alcuni Paesi emergenti, come ad esempio il Brasile, ha proposto un approccio differente al tema, fondato sulla protezione dei diritti umani. Ci si riferisce ai diversi tentativi di introdurre un Internet Bill of Rights¹⁷. Secondo questo pensiero la protezione dei diritti fondamentali su larga scala oltrepassa la questione di come le norme giuridiche possono essere intese in un mondo senza frontiere. L'approccio usato negli ultimi anni ricorda la *lex mercatoria* medievale, un corpo di regole derivanti dagli usi e costumi dei mercanti del Medioevo¹⁸. Oggi invece occorre parlare di *lex digitalis*, *lex constructionis*, *lex labori*

¹⁶ S. Rodotà, *Ethic and Human Rights in the Information Society*, UNESCO, <http://http://internetrighsandprinciples.org/site/>

¹⁷ N. Mazotte, *Brazilian Internet rights bill ready for Congress' review*, August, 25th 2011, *Journalism in the Americas* <http://knightcenter.utexas.edu/blog/brazilian-internet-rights-bill-ready-congress-review>

¹⁸ D. J. Bederman, *Custom as a Source of Law*, Cambridge, 2010, p. 22.

internationalis e *lex sportiva internationalis*, tuttavia questo approccio rischia di creare ambiguità e fraintendimenti sulla realtà e sulla legittimazione dei poteri, ovvero degli operatori economici, che emanano dette prassi e come queste regolano il mondo¹⁹.

A parere di tale dottrina è altresì opportuno concentrare l'attenzione su trasparenza e controllo relativamente a quei centri di potere, soprattutto economici, che con le loro direttive aziendali possono minare i diritti fondamentali di milioni di persone²⁰ che utilizzano i servizi forniti dai giganti della Rete, basti pensare a Google, Microsoft, Facebook, ovvero contribuiscono al cambiamento del paradigma economico attraverso i servizi online, come Netflix, Uber o Airbnb.

Questo approccio di tipo multilivello è appropriato alla portata sovranazionale del rispetto dei diritti fondamentali collegato sia a dinamiche sociali ed economiche sia a poteri politici e costituzionali²¹. Anche se vi è chi ha criticato questa modalità “neomedioevale di procedere”, va osservato che in una dimensione globale come la nostra si sta gradualmente affermando una comunità di corti senza confini formata sia da organi di tipo sovranazionale (come ad esempio la Corte europea dei diritti umani, la Corte interamericana dei diritti umani, la Corte di giustizia delle comunità europee) sia organi giudiziari nazionali, forti della persuasività acquisita dalle loro decisioni, sovente di grande risonanza. Nonostante questo modello sia sotto stress e messo in discussione, il caso tipico è proprio Internet, dove giudici nazionali diversi non solo si citano tra loro nella soluzione di casi rilevanti tematiche inerenti al cyberspazio, ma elaborano un formante giurisprudenziale²² che vorrebbe essere, o per lo meno tenta, di diventare omogeneo.

Tuttavia, prima di analizzare caso per caso le decisioni più rilevanti in materia di diritti fondamentali e Internet parrebbe opportuno procedere secondo una modalità classica e positivista cercando di dare una visione organica delle fonti che a livello internazionale, comunitario e nazionale regolano questa materia.

2. Internet nei trattati internazionali

Le fonti sovranazionali si sono occupate della Rete soprattutto in relazione alla protezione del diritto d'autore sulla diffusione dei contenuti in via telematica.

Il primo trattato che si prende in considerazione è il World Copyright Treaty (WCT WIPO Copyright Treaty), il quale all'art. 8 garantisce agli autori di opere letterarie ed artistiche «il diritto esclusivo di autorizzare ogni comunicazione al pubblico, su filo o via etere, delle loro opere»²³. Questa norma è intervenuta sul testo dell'art. 16 della legge sul diritto d'autore, sostituito dall'art. 2 del D. Lgs. n. 68/2003. Attualmente, la norma così consolidata afferma che «il diritto di comunicazione al pubblico (...) dell'opera ha per oggetto l'impiego di uno dei mezzi di diffusione a distanza, quali il telegrafo, il telefono, la radio, la televisione e altri mezzi analoghi, e comprende la comunicazione al pubblico via satellite e la ritrasmissione via cavo (...); comprende altresì la messa a disposizione del pubblico dell'opera in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento

¹⁹ S. Rodotà, *New Technologies and Human Rights. Facts, interpretations, perspectives*, 2010, Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa, <http://www.europeanrights.eu/>

²⁰ F. Bravo, *Ubi societas ibi ius e fonti del diritto nell'età della globalizzazione*, *Contratto e Impr.*, 2016, 6, 1344

²¹ S. Rodotà, *New Technologies*, cit.

²² In riferimento alla teoria dei formanti si veda, R. Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)*, 39 *Am. J. Comp. L.* 1 (1991); Id., *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II)*, 39 *Am. J. Comp. L.* 343 (1991).

²³ P. Visco, S. Galli, *Il diritto della musica*, Milano, 2009, p. 19.

scelti individualmente».

Seppur modificato già in presenza di Internet, detto testo non si riferisce esplicitamente alle tecnologia telematica. Di ciò si occupa il Trattato WPPT (WPPT -WIPO Performances and Programs Treaty), il quale analizza specificamente il concetto di “comunicazione al pubblico”, senza però alcun espresso riferimento a Internet, alle comunicazioni telematiche e all’ambiente online. Detta comunicazione è definita quale “la trasmissione al pubblico mediante qualunque mezzo diverso dalla radiodiffusione, di suoni di una esecuzione, ovvero dei suoni o di una rappresentazione di suoni fissati in un fonogramma”, comprendendo in questa definizione “anche l’atto di rendere udibile al pubblico”. Quest’ultima è una espressione così ampia da comprendere anche Internet e le comunicazioni telematiche.

Gli artt. 10 e 14 del medesimo Trattato WPPT prevedono a favore dei produttori e degli esecutori il diritto esclusivo di autorizzare la messa a disposizione del pubblico, su filo o con la tecnologia wireless, delle esecuzioni fissate in fonogrammi, anche digitali, in modo che ciascun fruitore possa avervi accesso quando e dove deciso²⁴. Si tratta di una disposizione che disciplina tutte le diverse modalità di messa a disposizione del pubblico create con lo sviluppo della c.d. “information society”, come la diffusione, comunicazione e trasmissione di contenuti online e i servizi c.d. “on demand”²⁵.

Gli artt. 18 e 19 prescrivono gli “obblighi in materia di misure tecnologiche”, ovvero i dispositivi tecnici e informativi di protezione dei contenuti che i Paesi contraenti devono prevedere per assicurare una adeguata tutela giuridica contro la violazione della protezione. Nel nostro ordinamento codesto “antifurto digitale²⁶” è previsto dall’art. 23 del D. Lgs. 68/2003, il quale ha modificato l’art. 102 *quater* della legge sul diritto d’autore relativo alla disciplina delle misure tecnologiche di protezione e l’art. 102 *quinquies* concernente le informazioni sul regime dei diritti.

I Trattati WIPO/WCT sul diritto d’autore e WIPO/WPPT sulle interpretazioni ed esecuzioni e sui fonogrammi sono stati entrambi implementati nella dove al Primo Considerando si afferma che: «(I)l trattato dell’OMPI sul diritto d’autore (WCT) e il trattato dell’OMPI sulle interpretazioni ed esecuzioni e sui fonogrammi (WPPT), adottati a Ginevra il 20 dicembre 1996 sotto gli auspici dell’Organizzazione mondiale della proprietà intellettuale, concorreranno a garantire un livello di protezione equilibrato alle opere e alle altre espressioni letterarie ed artistiche, consentendo l’accesso del pubblico ai contenuti che potranno essere veicolati sulle reti telematiche».

Le Convenzioni internazionali WIPO/WCT/WPPT sono state giudicate in modo ambivalente: da un lato esse introducono alcuni aspetti innovativi, quali la disciplina della protezione tecnologica dei documenti digitalizzati e l’adeguamento interpretativo delle precedenti Convenzioni per quanto concerne la diffusione e la tutela dei contenuti digitali. Dall’altro lato, le previsioni delle suddette Convenzioni sono state oggetto di dissenso²⁷ tra Stati e ciò ha provocato la stesura di un testo di compromesso. Questo ha avuto quale fulcro il temperamento tra le esigenze di ampliamento della protezione del diritto d’autore, posizione sostenuta dagli Stati Uniti, e le esigenze di consentire l’introduzione di un nuovo

²⁴ P. Visco, S. Galli, *op. cit.*, p. 24; M. Gruenberger, *A Duty to Protect the Rights of Performers? Constitutional Foundations of an Intellectual Property Right*. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, Vol. 24, (2006), p. 647.

²⁵ Tra gli esempi di musica on demand vi sono lo streaming online e iTunes, il music store della Apple.

²⁶ P. Visco, S. Galli, *op. cit.*, p. 26. Questa dottrina evidenzia come la ratio di tale intervento normativo sia da rintracciare nel contrasto della diffusione della pirateriga digitale, “alla quale si è scelto di contrapporre analoghe misure di sicurezza, la cui elusione è idonea a costituire il presupposto per l’applicazione delle sanzioni penali nei confronti dei soggetti responsabili delle violazioni?”.

²⁷ F. Morri in G. Sena, P. A. E. Frassi, G. D’Amassa, S. Giudici, D. Minotti, F. Morri, *Diritto d’autore e diritti connessi nella società dell’informazione*, Milano, 2003, p. 103; P. Visco, S. Galli, *op. cit.*, p. 27

diritto di comunicazione al pubblico, posizione supportata dall'Unione Europea²⁸. Tale compromesso tuttavia non è riuscito a disciplinare adeguatamente la materia della trasmissione digitale ovvero telematica dei contenuti poiché la stesura del trattato non ha previsto l'ampliamento dei concetti di diritto di riproduzione, noleggio, prestito e distribuzione al fine di ricomprendere anche quello di trasmissione digitale²⁹. A questo proposito si osserva la formulazione di una terza ipotesi, poi accolta, ovvero il riconoscimento del diritto di autorizzazione allo sfruttamento dell'opera mediante trasmissioni a richiesta (on demand) o in alternativa il riconoscimento del diritto di autorizzare quegli atti, delineati in maniera neutrale, che consentono le trasmissioni digitali su reti telematiche³⁰. Ne consegue che il diritto di trasmissione digitale non esiste in quanto diritto unitario ma è stato frazionato in diversi articoli dei Trattati WIPO/WCT/WPPT.

Gli altri limiti dei Trattati WIPO/WCT/WPPT concernono il diritto di distribuzione esteso a qualsiasi opera che incorpori opere dell'ingegno protette, estendendo la protezione rispetto alla Convenzione di Berna, la quale prevedeva il diritto di distribuzione solo per le opere cinematografiche; mentre non è stato raggiunto alcun accordo relativamente all'esaurimento del diritto in parola, lasciandone la disciplina ai singoli Stati contraenti³¹.

Dall'altro lato vi sono altre fonti internazionali, in particolare quelle di protezione generale dei diritti umani, applicabili anche a Internet come: la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani approvata dall'Assemblea delle Nazioni Unite a Parigi il 10 dicembre 1948, la Convenzione Unesco firmata a Londra nel 1945, la Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950.. Dette fonti contengono previsioni di natura generale che possono essere applicate anche all'ambiente Internet. Vi sono convenzioni che sono specificamente pensate per regolare un determinato ambito della Rete, come la . Questa convenzione non fa esplicitamente riferimento a Internet, ma ai sistemi informatici. Medesima scelta linguistica è stata effettuata meno di due anni dopo, il 28 gennaio 2003, quando venne approvato a Strasburgo il "Protocollo addizionale alla Convenzione sulla criminalità informatica concernente il contrasto agli atti di razzismo e di natura xenofoba commessi attraverso sistemi informatici". La prima di tali norme internazionali è stata recepita nell'ordinamento italiano con la Legge 18 marzo 2008 n. 48 (pubblicata in Gazzetta Ufficiale 4 aprile 2008, n. 80). Essa modifica in modo significativo il codice penale, di procedura penale, il D. Lgs 8 giugno 2001, (sulla disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300), e il D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, relativo al Codice della Privacy. In sintesi, detto decreto legislativo ha introdotto pene più pesanti per i reati informatici, creati fattispecie di contrasto alla pedopornografia in Rete, previsto sanzioni anche a carico di persone giuridiche, autorizzato le forze dell'ordine a obbligare i provider al congelamento dei dati telematici per un periodo di sei mesi³².

Altre fonti, invece, dedicate alla protezione di posizioni giuridiche di certe categorie di soggetti, contengono specifici articoli dedicati a Internet, come la Convenzione di New

²⁸ G. D'Amassa, in G. Sena, P. A. E. Frassi, G. D'Amassa, S. Giudici, D. Minotti, F. Morri, op. cit., p. 9; P. Visco, S. Galli, op. cit., p. 28

²⁹ P. Visco, S. Galli, op. cit.

³⁰ P. Visco, S. Galli, op. cit.

³¹ P. Visco, S. Galli, op. cit..

³² In dottrina, specificamente sull'implementazione nell'ordinamento italiano della Convenzione di Budapest, F. Resta, Cybercrime e cooperazione internazionale, nell'ultima legge della legislatura, Giur. Merito 2008, 09, 2147.

York sui diritti dei disabili, ratificata con Ratifica ed esecuzione della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità con Protocollo opzionale, fatta a New York il 13 dicembre 2006 e istituzione dell'Osservatorio nazionale sulla condizione delle persone con disabilità), la quale all'art. 9.8 promuove l'accesso a Internet, mentre all'art. 21 indica Internet quale strumento di accesso alle informazioni, e quindi alla libertà di manifestazione del pensiero.

3. La disciplina comunitaria in tema di protezione del consumatore su Internet

Anche in materia di diritto comunitario è possibile osservare che gli obiettivi prevalenti delle fonti in materia di Internet sono la protezione dei consumatori, la tutela del diritto d'autore e la protezione della riservatezza dei dati personali degli utenti.

In concomitanza con l'esplosione della new economy il diritto comunitario aveva predisposto una normativa a tutela dei consumatori nella stipulazione di contratti a distanza. Si tratta della , riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza. Detta direttiva è stata implementata nell'ordinamento italiano con il D. Lgs 22 maggio 1999, n. 185, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 143 del 21 giugno 1999 (Rettifica G.U. n. 230 del 30 settembre 1999). Essa si concentra sulla protezione del consumatore nella vendita transfrontaliera, tuttavia, come osservato dal Considerando n. 4, l'introduzione dei nuove tecnologie, a quell'epoca, aveva potenzialmente provocato una grande influenza nella formazione del mercato unico, poiché tali tecnologie comporta(va)no «una moltiplicazione dei mezzi messi a disposizione dei consumatori per conoscere le offerte fatte dovunque nella Comunità e per fare le loro ordinazioni; che taluni Stati membri hanno già adottato disposizioni differenti o divergenti per la protezione dei consumatori nelle vendite a distanza con effetti negativi sulla concorrenza tra le imprese nel mercato unico». Il Considerando n. 9 afferma altresì «che la costante evoluzione di queste tecniche non consente di redigerne un elenco esaustivo ma richiede che vengano definiti principi validi anche per quelle tecniche che sono ancora poco impiegate», anche se è da notare che il commercio elettronico, almeno in Italia, all'epoca viveva ancora i suoi albori. In ogni caso la Direttiva è già sensibile alla protezione dei dati personali nelle transazioni effettuate attraverso tali strumenti tecnologici, infatti al Considerando 17 afferma che «che occorre tener presenti i principi sanciti dagli articoli 8 e 10 della Convenzione europea, del 4 novembre 1950, per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; che occorre riconoscere al consumatore un diritto alla protezione della vita privata, segnatamente per quanto concerne la tranquillità rispetto a talune tecniche di comunicazione particolarmente invadenti e che occorre pertanto precisare i limiti specifici all'impiego di tali tecniche».

Pochi anni dopo, a seguito della diffusione di massa di Internet tra i cittadini, tutti potenziali consumatori, nonché nell'ottica di rendere maggiormente efficiente il mercato tanto interno quanto comunitario, venne emanata una nuova direttiva, la 2000/31/CE dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»), implementata nell'ordinamento italiano con il D. Lgs. 9 aprile 2003, n. 70 «Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico» pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 87 del 14 aprile 2003 - Supplemento Ordinario n. 61.

CAPITOLO II

INTERNET E LA LIBERTÀ DI MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO

1. Introduzione: come cambia l'espressione di sé, della cultura, della politica

L'esperienza del passato ci insegna che l'avvento della stampa a caratteri mobili di Gutenberg è stata considerata rivoluzionaria per aver consentito l'uscita della cultura dagli scriptorium conventuali e aver contribuito alla divulgazione di idee rivoluzionarie come la Riforma Luterana e l'Illuminismo, con la faticosa formazione delle istituzioni democratiche, aperte e egualitarie come sono state conosciute finora nel mondo occidentale.

Ci si può chiedere se l'avvento della rivoluzione telematica globale, avvenuta con Internet, abbia apportato i medesimi vantaggi relativamente alla fruizione di contenuti culturali, istruzione collettiva e dei singoli, miglioramento delle capacità di elaborazione di testi e informazioni. Sono stati organizzati esperimenti di condivisione della conoscenza collettiva che indiscutibilmente hanno consentito a una maggiore divulgazione e diffusione della conoscenza, come ad esempio Wikipedia, l'enciclopedia che ripropone il modello illuministico, attraverso una modalità collettiva, scritta da utenti di tutto il mondo, raccolta in un medesimo spazio virtuale accessibile sempre e in ogni dove. Accanto a Wikipedia si segnalano altre due analoghe esperienze: da un lato le iniziative individuali del c.d. "citized Journalism", chiunque, munito di strumenti telematici e una connessione dati, può diventare testimone di eventi e dividerli online; dall'altro lato i c.d. "social network" (il più famoso dei quali è Facebook, ma si segnala anche l'influenza nel dibattito pubblico apportata da Twitter o Instagram) che permettono a chiunque di esporsi e di trovare pubblico ovunque. Seppure nessuno dei summenzionati esempi presenti una lunga esperienza come la stampa, comunque essi presentano alcune caratteristiche che ne rendono interessante la comparazione.

1. Wikipedia, citizen journalism e i social influenzano enormemente il dibattito pubblico, conseguentemente la vita politica: non solo più di un luogo fisico determinato, ma l'impatto è immediato, globale e irreversibile, nel senso che una volta disseminate online, le informazioni (nonostante i meritori sforzi giudiziari provenienti da più corti di rendere effettivo il "diritto all'oblio") entrano a far parte del patrimonio comune e ciò è irreversibile, nel senso che non si può tornare indietro, ragionando come se l'informazione (vera o falsa) non fosse mai stata diffusa.

2. L'estrema difficoltà di verifica e controllo sulla correttezza, fondatezza, genuinità, sulle fonti, sulla veridicità delle informazioni diffuse, spesso "bufale", comporta che la loro rettifica o correzione è nei fatti impossibile⁸⁶.

3. Se la stampa aveva aperto l'accesso alla cultura alle persone in grado di leggere e scrivere stimolando la formazione dell'opinione pubblica, Internet e la globalizzazione delle informazioni stanno provocando un paradossale fenomeno inverso, cioè da un lato la frammentazione delle opinioni in una serie infinita di riferimenti autoreferenziali, come se Internet e Facebook fossero lo specchio vivo della complessità di individui alla ricerca di

⁸⁶ A. Bessi, F. Zollo, M. Del Vicario, A. Scala, G. Caldarelli, W. Quattrociocchi, : Trend of Narratives in the Age of Misinformation. PLoS ONE 10(8): e0134641. doi:10.1371/journal.pone.0134641 (2015).

un palcoscenico al contempo piccolo (il loro account) ed enorme (vasto come la Rete stessa) sul quale esibirsi, indipendentemente dalle qualità di singoli, gruppi o enti.

La “disintermediazione” che caratterizza questo panorama nel suo complesso da un lato indebolisce il consenso su elementi fondati in materia di questioni scientifiche, sociali e politiche autentiche per orientarlo su dicerie, falsità, teorie complottiste⁸⁷, nonostante (o forse proprio a causa della) retorica entusiasta sulla “intelligenza collettiva”. Infatti il ruolo del complesso sistema “socio-tecnico” nel diffondere dibattiti e gli effetti di questi sulla pubblica opinione ancora non è chiaro, anche se il World Economic Forum ha inserito la disinformazione digitale di massa tra uno dei più rilevanti rischi della società attuale⁸⁸.

Negli ultimi anni vi è stata una capillare diffusione di strumenti telematici di condivisione sociale, come ad esempio Facebook, Twitter, Instagram e così via. Dapprima orientati verso la proiezione online delle vanità di ciascun utente, più recentemente i social network hanno conosciuto un massiccio impiego nella condivisione di materiali, spesso apocrifi e di dubbia credibilità, ma fortemente connotati sotto un profilo politico come “anticasta” e caratterizzati per solleticare l'emotività e l'irrazionalità del pubblico. Ora stanno diventando un potente strumento di marketing politico utilizzato nelle campagne elettorali politiche, amministrative e referendarie.

La diffusione virale di siffatti materiali, il conformismo, la debolezza verso il potere, l'eccessivo ricorso al sensazionalismo, la confusione tra notizie ed opinioni, l'assenza di responsabilità sociale attraverso la denigrazione delle minoranze e l'eccessiva semplificazione della realtà lo scetticismo verso il “fact-checking” nel verificare le fonti, che è attività molto più lenta della condivisione di tali materiali, rendono le “bufale” online impossibili da rettificare.

Ci si può chiedere se esista una relazione tra la crisi della rappresentanza e l'esplosione della comunicazione politica via Facebook (non soltanto di quella politica, ma in questa sede ci si concentra su questa rispetto alla comunicazione di informazioni scientifiche, tecniche o di altro genere).

Il social network pone l'utente come parametro del “suo mondo” rispetto al “resto del mondo”, o meglio trasforma la sua cerchia di relazioni come se fosse un mondo a parte. A questo proposito è nota l'opinione di Umberto Eco sugli imbecilli che intrattenevano solo gli avventori dei bar, mentre ora hanno la medesima chance di essere ascoltati come dei Premi Nobel. Siffatta deresponsabilizzazione delle opinioni coinvolge sia chi le divulga sia chi ne usufruisce. A questo proposito, è stato osservato in dottrina una convinzione diffusa sulla presunta assenza di leader nei movimenti d'opinione online, legata alla ricostruzione dominante riconducibile a una narrativa “tecno-libertaria”. Tuttavia, tale orizzontalità diffusa è eticamente e politicamente pericolosa, perché consente che i leader di fatto di tali movimenti ne rimangano irresponsabili⁸⁹. Da un lato, la estesa diffusione della Rete e l'amplissimo numero di utenti dei social network, ha provocato l'esplosione di tali effetti distorsivi, specie per quel che concerne l'autoreferenzialità, l'assenza di controllo e disamina critica; dall'altro lato si verifica il fenomeno della chiusura degli individui in gruppi in opinioni polarizzate e concentrate su specifiche narrazioni, le quali ignorino altre possibili voci dissonanti, provoca principalmente due effetti: da un lato le opinioni simili, seppur

⁸⁷ A. Bessi et al., op. cit.

⁸⁸ A. Bessi, M. Coletto, G. A. Davidescu, A. Scala, G. Caldarelli, W. Quattrociocchi, Science vs Conspiracy: Collective Narratives in the Age of Misinformation. PLoS ONE 10(2): e0118093. doi:10.1371/journal.pone.0118093 (2015).

⁸⁹ P. Gerbaudo, Social media teams as digital vanguards: the question of leadership in the management of key Facebook and Twitter accounts of Occupy Wall Street, Indignados and UK Uncut, Information, Communication & Society, DOI: 10.1080/1369118X.2016.1161817, 2016, p. 3

false, circolano più velocemente, addirittura in poche ore; dall'altro diventa pressoché inutile ed impossibile contrastarle. Ciò è dovuto alla polarizzazione dei gruppi, che trovano conferma non nel confronto, ma esclusivamente in loro stessi, “poiché quando le persone scoprono che altri concordano con loro, esse diventano maggiormente confidenti e quindi più estreme”, producendo un circolo vizioso apparentemente senza fine.

Da più parti si è posto in evidenza come i social network, specie Facebook, non si pongano in modo “agnostico” perché tendono a raccogliere informazioni e servizi secondo i gusti e gli orientamenti dello specifico utente e quindi provocando un circolo individuale vizioso e attrattivo. Questa tendenza è facilitata dalla propensione a cercare chi la pensa in modo simile alle proprie idee. Contarsi, riconoscersi, focalizzarsi su un obiettivo (spesso negativo) da stigmatizzare, specie quelli che non sono simili a noi: ecco come sembra evolversi l'utilizzo dei social network. Questo tipo di approccio è stato dimostrato da alcuni studi secondo cui sul social network il comportamento online degli utenti è allergico al confronto tra idee divergenti, anzi tende a alla creazione di gruppi chiusi e polarizzati⁹⁰. Tali dati sono confermati da recenti ricerche del Pew Center secondo cui addirittura il 64 % degli utenti americani legge notizie da una sola fonte online e per il 44% la fonte di informazione primaria è Facebook e non i grandi giornali d'opinione⁹¹.

I giornali e i social network hanno strutture, ruoli e responsabilità diverse nella divulgazione di dibattiti, notizie, informazioni politiche di altra natura. Il giornale e i suoi giornalisti sono sottoposti a precise regole di responsabilità deontologica, civile e penale, mentre tali regole, specie quelle deontologiche e penali, non sono propriamente estensibili né al social network, né, soprattutto, ai suoi utenti.

Di contro, Facebook assume delle policies sulla diffusione di contenuti non sempre considerabili razionali e condivisibili, specie per quel che riguarda specifici argomenti quali la cancellazione di foto di nudo, reputate di dubbio gusto seppure di valore artistico, ovvero la tolleranza nei confronti dei discorsi di divulgazione d'odio. Ci si può chiedere se tale politica sia strettamente connessa con la mentalità culturale americana⁹², tuttavia non ci si può esimere dal proporre qualche riflessione sul punto, perché è rilevante rispetto alla neutralità del mezzo comunicativo rispetto allo svolgimento del dibattito attraverso di esso. Nel primo caso si è più volte verificata la censura di foto iconiche come la “Napalm girl” della guerra del Vietnam o di quadri notissimi, come il Cupido di Caravaggio o L'Origine du Monde di Courbet. Relativamente a quest'ultimo caso la vicenda ha inizio quando un professore di storia dell'arte posta sul gruppo della sua classe il suddetto dipinto, il quale è stato successivamente oscurato da Facebook in ottemperanza delle condizioni contrattuali sulla cancellazione di immagini pornografiche. Ci si potrebbe, retoricamente, chiedere se i diritti di libertà di espressione, anche artistica, manifestazione del pensiero, ricerca e di insegnamento possano essere limitati da una disposizione contrattuale. A questo proposito, il docente ha protestato evidenziando lo scopo didattico della sua pubblicazione scrivendo al social network e chiedendo la riattivazione del suo account. Insoddisfatto, si è rivolto alla

⁹⁰ J. An, J. Crowcroft, D. Quercia, Partisan sharing: Facebook evidence and societal consequences, COSN '14 Proceedings of the second ACM conference on Online social network, ISBN: 978-1-4503-3198-2 doi>10.1145/2660460.2660469, 2014; P. H. C. Guerra, W. Meira, C. Cardie, R. Kleinberg, A Measure of Polarization on Social Media Networks Based on Community Boundaries, ICWSM, (2013)– aaai.org, 2; B. L. Newman, Polarized and liking it: How political polarization affects active avoidance behavior on Facebook, , 2014, 5-7.

⁹¹ J. Gottfried, E. Shearer, (2016): News Use Across Social Media Platform Pew Research Center, www.pewresearch.org, 2016, 3-4

⁹² K. Malkenes Hovland, D. Seetharaman, Facebook Backs Down on Censoring ‘Napalm Girl’ Photo. After public outcry, Facebook plans to review its process, www.wsj.com, , 2016.

giustizia francese che ha accolto le sue rimostranze non ancora nel merito, ma solo sulla giurisdizione, attribuita alla giustizia francese⁹³.

Se Facebook si è rivelato essere molto zelante nella censura di opere artistiche che contengano una qualche forma di nudo, è quasi inerte rispetto alle richieste di cancellazione dei discorsi d'odio. Si ricorda a questo proposito una vertenza che ha visto l'intervento della magistratura, sempre francese, al fine di interdire la diffusione di tweet antisemiti. La causa è stata instaurata dall'Union des étudiants juifs de France (UEJF) alla quale si sono aggiunti altre associazioni di lotta al razzismo e all'antisemitismo. La doglianza dei ricorrenti riguardava l'utilizzo di alcuni hashtag altamente offensivi e criminali. I ricorrenti non solo chiedevano la rimozione del materiale offensivo, ma la rivelazione dell'identità degli autori di tali tweet nonché la predisposizione di uno strumento di segnalazione della pubblicazione di commenti costituenti reato. Nonostante le resistenze di Twitter, soprattutto in punto in difetto di giurisdizione del giudice francese rigettate dal TGI parigino, il social network veniva obbligato a rivelare i dati degli account degli autori dei messaggi di incitamento all'odio antisemita e omofobo nonché intimato a predisporre uno strumento che segnali la pubblicazione di testi illeciti⁹⁴. Tuttavia, vi è chi segnala il rischio che la censura di discorsi d'odio, soprattutto quando portati avanti da partiti o esponenti politici, rischia di trasformare questi in “martiri per la libertà di pensiero”⁹⁵ ottenendo, al contrario, un effetto elettorale controproducente.

Il tema della verifica delle fonti riguarda anche la più nota e citata enciclopedia online, cioè Wikipedia.

In Germania, l'OLG Stuttgart⁹⁶ ha affermato che seppure gli utenti terzi di Wikipedia possano postare sulla piattaforma di archiviazione contenuti senza un controllo editoriale (preliminare ovvero successivo alla pubblicazione), sia necessario una verifica attiva dei contenuti nel rispetto dei diritti della personalità altrui. A questo proposito, il medesimo giudice fa riferimento giurisprudenza del Tribunale federale il quale asserisce la sussistenza della responsabilità dell'host quando, venuto a conoscenza dei contenuti violativi della personalità, non li cancella ovvero sottopone a modifica. Nel caso specifico, facendo riferimento alla giurisprudenza del del BGH la quale sostiene che sia necessario aggiornare con riferimento agli atti ufficiali gli articoli messi a disposizione negli archivi online e nelle enciclopedie online specie se il caso riguarda personaggi noti al pubblico coinvolti in procedimenti penali. Pertanto è violativo della riservatezza della persona interessata la diffusione non aggiornata di notizie recanti accuse false poiché non sono riscontrabili né esigenze di interesse pubblico, né di libertà di espressione.

2. Libertà di manifestazione di pensiero e blogging

La grande diffusione dei social network ha ricondotto il blogging quale fenomeno di nicchia. Come è noto, il “bloggare” (traduzione italiana del termine “blogging”) consiste nell'atto di scrivere un blog, ovvero un diario on line o un giornale telematico ordinato

⁹³ Cour d'appel de Paris, Pôle 2 - Chambre 2, arrêt du 12 février 2016.

⁹⁴ Tribunal de grande instance de Paris Ordonnance de référé 24 janvier 2013

⁹⁵ J. Van Spanje, C. de Vreese, The good, the bad and the voter. The impact of hate speech prosecution of a politician on electoral support for his party, Party Politics January 2015 vol. 21 no. 1 115-130

⁹⁶ OLG Stuttgart, 4 U 78/13, 2.10.2013

[http://lrw.juris.de/cgi-](http://lrw.juris.de/cgi-bin/laender_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw&Art=en&sid=9ba8fa712a90289351ca1f8151b54a24&nr=17388&xpos=0&anz=49)

[bin/laender_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw&Art=en&sid=9ba8fa712a90289351ca1f8151b54a24&nr=17388&xpos=0&anz=49](http://lrw.juris.de/cgi-bin/laender_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw&Art=en&sid=9ba8fa712a90289351ca1f8151b54a24&nr=17388&xpos=0&anz=49)

cronologicamente. Si tratta di un sito Internet generalmente ospitato su di una piattaforma, contenente diversi argomenti e aggiornato con relativa regolarità da uno o più autori o curatori. Nel blog possono venire pubblicati file di testo e multimediali come foto, video, file audio, presentazioni: esso lascia spazio alla fantasia del suo autore. Il blog si caratterizza per la facilità tecnica del suo utilizzo: anche una persona non esperta del linguaggio di programmazione può agevolmente curare un proprio spazio in Rete. I blog possono fornire collegamenti ad altri blog e la possibilità di commentare il post, cioè l'opinione che l'autore ha pubblicato sul suo diario, anche rimanendo anonimi o utilizzando uno pseudonimo.

I problemi giuridici che possono sorgere relativamente all'attività del blogger riguardano innanzitutto

- la possibile equiparazione del blogger al giornalista, specialmente in merito al diritto di riservatezza sulle fonti;
- la tutela della libertà di manifestazione del pensiero da in relazione a cause pretestuose radicate esclusivamente per far sorgere il timore dell'azione legale e delle sue conseguenze, quali il costo materiale e psicologico del processo, senza la copertura, anche forense di un grande editore, che al blogger manca, essendo la sua attività libera e generalmente volontaria e svolta a titolo gratuito;
- la libertà di critica politica, corollario specifico del punto precedente;
- il diritto all'anonimato
- la neutralità e quindi l'irresponsabilità del provider.

Per quanto concerne l'equiparazione del blogger alla figura professionale del giornalista, in diritto comparato si sono avute alcune decisioni interessanti, specialmente nell'area del *common law* americano. La giurisprudenza statunitense ha riconosciuto al blogger il diritto a mantenere confidenziali le proprie fonti in virtù del *Journalist's privilege*, garantito ai giornalisti statunitensi dal *First Amendment* della Costituzione USA. Questa importante garanzia della libertà di espressione estesa anche ai giornalisti non professionisti è stata fissata con la *Apple v. Doe*. In questo caso la nota casa produttrice di computer aveva citato in giudizio alcuni anonimi blogger (che si supponeva essere dipendenti dell'azienda) per la diffusione attraverso dei blog di alcune anticipazioni sulle sue future politiche industriali e sui prodotti in progettazione. La questione riguardava se la divulgazione di un segreto industriale in nome della libertà di stampa e di comunicazione possa configurare un interesse meritevole di tutela, ovvero se dovesse prevalere l'interesse del produttore alla non divulgazione delle strategie di produzione ed investimento. Nel caso *Apple v. Doe* la determinazione della figura del giornalista si concentrava sulla sussistenza del presupposto soggettivo relativo al rapporto di lavoro ovvero di collaborazione esistente tra un giornale, una pubblicazione periodica o una trasmissione radiotelevisiva ed un suo collaboratore. A seconda della risposta è possibile considerare un blog, per quanto concerne il sistema giuridico statunitense, alla stregua di un giornale, una pubblicazione periodica o di una trasmissione televisiva.

La *Santa Clara County Court*, giudice di primo grado, affermò che la diffusione del segreto industriale riguardante i progetti in corso di sviluppo presso la *Apple* non è una notizia di interesse pubblico, in quanto consiste in una attività illegale di rivelazione del segreto industriale, e come tale non meritevole di tutela ai sensi del *First Amendment* e del *Code of Evidence of California*; mentre in appello la decisione venne ribaltata. La *Court of Appeal of the State of California* pose il problema sul piano della libertà di circolazione delle notizie che abbiano un fondamento di verità senza che possa venire esaminata la legalità ovvero

illegalità della modalità della loro diffusione. Nel bilanciamento degli interessi tra la protezione del segreto industriale e l'interesse alla libertà di espressione e di stampa, la *Court of Appeal* privilegiò la forte protezione per la libera circolazione delle notizie rispetto al differente strumento di diffusione utilizzato estendendo di fatto il *journalist's privilege* anche ai curatori di blog. Non si può pensare di poter adottare un test che suddivida le notizie in "legittime" o "illegittime". Ogni tentativo delle corti di disegnare una distinzione può incidere (negativamente) sui diritti garantiti dal First Amendment, il quale deve restare il migliore e il più importante parametro di valutazione delle idee, invece di formule sociologiche o economiche, progresso governativo o competizione sul mercato⁹⁷. La decisione di secondo grado *Apple v. Doe* venne discussa dalla dottrina perché non risolve compiutamente la questione sui doveri minimi di correttezza che anche il giornalismo c.d. "diffuso", o *citizen journalism* deve conoscere e rispettare.

Interessante è la connessione tra libertà di manifestazione del pensiero e diritto all'anonimato difeso nella giurisprudenza statale statunitense, anche senza esplicito riferimento al Primo Emendamento. Ad esempio, in un caso di diffamazione commesso da un blogger perpetrata attraverso la piattaforma di blogging di Google "Blogger", la Corte Suprema del Texas⁹⁸ ha rigettato l'istanza di svelare a chi fossero riconducibili gli Internet Protocol collegati ai commenti incriminati. La Corte ha motivato che nel caso di specie la decisione del processo non sarebbe stata posta in pericolo dalla mancata rivelazione delle identità da un lato, mentre dall'altro ha sostenuto che i costi per le indagini sarebbero risultati più esosi dei benefici ottenuti da questo tipo di rivelazione. La dottrina ha criticato il mancato riferimento alla protezione garantita all'anonimato dal First Amendment della Costituzione degli Stati Uniti.

Per quanto concerne il diritto domestico, la giurisprudenza è ancora scarsa, tuttavia si segnala un contenzioso relativo alla pubblicazione di alcuni commenti, presuntamente diffamatori, su un blog di politica locale, specificamente valdostana. La questione al momento si è svolta nei due gradi di merito. In primo grado, il giudice unico di Aosta, ha ritenuto integrata la diffamazione compiuta attraverso Internet, equiparando il blogger al direttore di una pubblicazione a mezzo stampa. Nello specifico, il giudice aostano afferma che: "il gestore di un blog ha una posizione identica a quella di un direttore di testata giornalistica. Il medesimo ha infatti il totale controllo di quanto viene postato e, per l'effetto, allo stesso modo di un direttore di giornale, ha il dovere di eliminare gli scritti offensivi. Il gestore di un blog risponde pertanto ex art. 596 bis c.p."⁹⁹. I commentatori di questa decisione unanimemente hanno rigettato tale impostazione. In primis, si evidenzia come lo stesso giudice disponga per l'operatività della disposizione ex art. 596 c.p. senza averne preliminarmente indicato il contenuto di fatto e, circostanza ancora più importante, senza aver precedentemente chiarito per quale ragione il *blogger* si trovi in una posizione di responsabilità giuridica identica a quella del direttore responsabile di un giornale e quali siano gli argomenti dai quali dedurre l'equiparazione *blog* - mezzo della stampa¹⁰⁰. Tale

⁹⁷ (Court of Appeal of the State of California, *O'Grady et al. v. Superior Court (Apple)* H028579)

⁹⁸ Texas Supreme Court, 2011 WL 1447544, 15.4.2011

⁹⁹ Trib. Aosta, 25.05.06, in *Diritto Internet*, 2006, 486. Essa è stata seguita nell'impostazione e nelle motivazioni da Trib. Lecce, 16 maggio 2007, in banca dati De Jure, secondo la quale: "Colui che gestisce un sito internet (nella specie blog) risponde del reato di diffamazione aggravata, ex art. 595 c.p., unitamente all'autore materiale del testo, a seguito della pubblicazione di scritti sul sito stesso, se il gestore avendo un controllo preventivo sul materiale da pubblicare, non si è preoccupato di controllare la fonte dello stesso o la veridicità di quanto in esso descritto".

¹⁰⁰ P. Galdieri, *Giornalismo, diffamazione e blogging. Profili di diritto penale*, *Diritto dell'Internet*, 2006, p. 489; V. Pezzella, *Blog uguale giornale? C'è chi dice di sì se chi gestisce il sito è come il direttore*, *D&G*, 2006, 31, 71; I. Salvadori, *I presupposti della responsabilità penale del blogger per gli scritti offensivi pubblicati su un blog da lui gestito*, in *Giur.*

Sotto il secondo profilo, il giudicante osserva che tali notizie sono di interesse pubblico, e pertanto la loro diffusione è tutelata dall'esercizio del diritto all'informazione, costituzionalmente protetto, e ulteriormente sottolinea che quella in parola è una rilevante indagine giudiziaria locale. A questo proposito, il giudice sottolinea che il ricorrente non ha prodotto adeguata documentazione dimostrativa della conclusione della vicenda, come “*archiviazioni, sentenze favorevoli...*” e pertanto essa permane d'attualità.

Relativamente alle doglianze sulla falsità delle notizie riportate dal motore di ricerca, l'interessato deve agire a tutela della propria reputazione e riservatezza esclusivamente nei confronti dei siti terzi che abbiano pubblicato notizie infedeli o non aggiornate con i successivi sviluppi, eventualmente a lui favorevoli, ma non nei confronti del gestore del motore di ricerca, poiché questo opera meramente quale *caching provider* ai sensi dell'art. 15 d. lgs. 70/2003.

Nel bilanciamento tra diritto alla riservatezza e l'interesse pubblico a rinvenire sul web notizie relative a persone che svolgono ruoli pubblici, il diritto di informazione prevale su quello all'oblio. In altri termini, alla luce dell'applicazione concreta di tale principio si può osservare che il diritto all'oblio non deve essere utilizzato per abbellire o smacchiare il profilo pubblico di un soggetto che svolge ruoli di rilevanza pubblica. Tale ruolo pubblico non è attribuibile al solo “politico”, ma anche agli “*alti funzionari pubblici, agli uomini d'affari e agli iscritti in albi professionali*”, come precisato dal giudice capitolino. Si tratta di una opinione condivisibile, poiché esiste non solo il diritto dell'opinione pubblica di conoscere le vicende riguardanti un professionista che, svolgendo le sue mansioni, ricopre un ruolo di importanza istituzionale, ma anche il dovere del professionista di essere responsabile, e quindi trasparente, verso i consociati delle scelte relative alla sua attività professionale.

Tale decisione conferma l'esperienza comparatistica secondo cui solo l'intervento delle corti può rendere efficace la tutela dei diritti fondamentali online nei casi concreti. Un caso significativo giunge dagli Stati Uniti: ad esempio, in un caso di estorsione, dove l'imputata aveva ricattato una potenziale teste con la rivelazione attraverso una mailing list di foto che ritraevano costei in pose sessualmente esplicite, la Corte ¹⁵⁷ ha affermato queste fossero già pubbliche da cinque anni non mutava la circostanza intimidatoria posta in essere: questa consisteva nella minaccia di provocare uno shock sul coniuge e sui conoscenti della vittima, i quali sarebbero venuti a conoscenza di tali foto ignorate e compromettenti attraverso il ricevimento di una email personale.

3. *Riservatezza e social networking*

Il rapporto tra uso dei social network, riservatezza¹⁵⁸ e diritto all'oblio si fa sempre più stretto e l'analisi della casistica giurisprudenziale consente di coglierne la portata concreta. A questo proposito è interessante analizzare il caso giudiziario conosciuto come “Google Video contro Vividown” inerente alla tutela della riservatezza e della dignità della vittima di un atto di cyberbullismo. I fatti si possono riassumere come segue. Nell'autunno 2006 veniva caricato su Google Video un video realizzato con un videofonino che illustrava un ragazzo disabile oggetto di denigrazione da parte dei suoi compagni in orario scolastico.

¹⁵⁷ **Court of Appeals of Indiana, State v. Noll, 2011 WL 2418895 14.6.11**

¹⁵⁸ In dottrina si ricordano, G. M. Riccio, Social Networks e responsabilità civile, Dir. Informatica 2010, 06, 859; V. Pignata, Note in tema di responsabilità dell'autore di messaggi diffamatori tramite “social network”; Dir. econ. Assicurazione 2010, 4, 1248; C. Rossello, Riflessioni de jure condendo in materia di responsabilità del Provider, Dir. Informatica 2010, 4-5, 617; G. Sartor, M. Viola de Azevedo Cunha, Il caso Google-Vividown tra protezione dei dati e libertà di espressione on-line, Dir. informatica 2010, 4-5, 645

Oltre allo sdegno dell'opinione pubblica tale fatto ha provocato l'interesse della magistratura inquirente che ha formulato il rinvio a giudizio alcuni manager di Google per due capi di imputazione: il primo relativo all'integrazione di una fattispecie di diffamazione per violazione degli artt. 110, 40, 595, commi 1 e 3, dalla quale gli imputati sono stati assolti poiché al momento tale fattispecie non è prevista quale reato penale, mentre il secondo relativo alla violazione del codice della privacy (D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196) relativamente alla diffusione online di dati sensibili della vittima, ovvero il suo stato di salute. Il Tribunale di Milano ha condannato a 6 mesi di reclusione i dirigenti di Google con la condizionale¹⁵⁹ esclusivamente in riferimento alla seconda incriminazione. Nella sua lunghissima motivazione, il giudice monocratico di prime cure ha ricostruito la serie di comunicazioni avvenute tra gli operatori di Google sulla cancellazione del video, al fine di dimostrare come i gestori del website cercassero di guadagnare delle posizioni sul mercato del video-sharing, e quindi appetibilità dei loro spazi pubblicitari, trascurando gli adempimenti di legge in materia di privacy. Tale sentenza ha suscitato diverse perplessità tra gli operatori e tra i commentatori in relazione alla condanna del provider per la pubblicazione da parte di terzi online di materiali lesivi della privacy altrui. I commentatori critici della sentenza si basano sull'art. 15 della Direttiva 2000/31/CE rubricato "Assenza dell'obbligo generale di sorveglianza". Tuttavia si osserva da un lato che tale disciplina è limitata al commercio elettronico, mentre dall'altro si nota che Google Video (e servizi assimilabili, come la medesima YouTube, controllata di Google), non possono più essere considerati fornitori di servizi neutri, in quanto essi svolgono un vero e proprio ruolo di natura editoriale relativamente ai materiali pubblicati con classifiche di gradimento, inserzioni pubblicitarie e di intervento sui materiali. Un dato oggettivo emerge da questa sentenza, ovvero l'assenza di espliciti riferimenti comunitari in tema di privacy, nemmeno la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, seppur già vincolante al momento della pubblicazione del dispositivo, è stata citata per richiamare la necessità della protezione della parte lesa, nonostante l'esplicito riferimento contenuti nella medesima alla riservatezza dei dati sensibili dei soggetti sottoposti a quel tipo di riprese.

In data 3 febbraio 2014 la **Corte di Cassazione** ha depositato le motivazioni dell'assoluzione dei tre manager di Google, perseguiti penalmente per la violazione della privacy di un ragazzo disabile raffigurato mentre veniva maltrattato dai compagni di scuola in un video uploadato sul Google Video nel 2006. I giudici hanno ricostruito con precisione l'intero quadro normativo, europeo e nazionale, in materia di responsabilità dell'Internet Service Provider (ISP). A questo proposito gli ermellini hanno stabilito che non sussiste un obbligo di sorveglianza per i dati immessi da terzi in capo agli ISP, né sussiste in capo ai medesimo l'obbligo penalmente sanzionato di informare gli uploader dell'applicazione delle norme del Codice della Privacy¹⁶⁰. Tuttavia questo risultato pare essere messo discutibilmente in dubbio dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea, con la più volte menzionata sentenza *Google v. AEPD*.

A questo proposito soccorre il diritto comparato, dove, in un caso analogo, ovvero la pubblicazione di commenti denigratori e ingiuriosi consistenti in *hate speech*, la Court of Appeal of the State of California ha statuito che trattandosi di cyberbullismo, tale azione

¹⁵⁹ Tribunale di Milano, 12 aprile 2010, , al momento è pendente l'impugnazione presso la Corte d'Appello. In dottrina, S. Sica, V. Zeno Zencovich, *Legislazione, giurisprudenza e dottrina nel diritto dell'Internet*, Dir. Informatica 2010, 03, 377; R. Lotierzo, *Il caso Google – Vivi Down quale emblema del difficile rapporto degli Internet providers con il Codice della privacy*, Cass. Pen. 2010, 3994; V. Pezzella, Google Italia, diffamazione e riservatezza: il difficile compito del provider (e del giudice), Giur. Merito 2010, 9, 2232.

¹⁶⁰ Corte di Cassazione, 3.2.14, n. 5107

non può avvalersi delle garanzie di libertà di espressione fornite dal *First Amendment* del *Bill of Rights* della Costituzione americana poiché il contenuto diffamatorio configura un reato¹⁶¹. Ne conseguirebbe quindi che la tutela del soggetto debole dalla pubblicazione di dati ovvero immagini diffamatorie online implicherebbe un aspetto delicato, ancora più profondo della rivendicazione del diritto all'oblio, inerente alla tutela della dignità della vittima. Si tratta di un elemento essenziale del dovere di solidarietà verso i più deboli, dovere che non viene meno neanche sul web.

Il problema diventa di gestione ancora più difficile sulle piattaforme di condivisione sociale dei contenuti come Facebook, lo svelamento non autorizzato dei propri dati o materiali (come fotografie, video, commenti, note e così via) avviene generalmente senza il consenso dell'avente diritto, tuttavia questo comportamento non è da considerarsi pienamente illegale poiché nel momento in cui ci si iscrive alla piattaforma si accettano le condizioni d'uso nonché il rischio ad essa connesso, ovvero la possibilità che dati personali inerenti all'utente vengano dispersi. È tuttavia difficile verificare come i rimedi a disposizione degli utenti lesi nella loro privacy vengono posti in essere perché relativamente alle piattaforme di social networking, come Facebook, le decisioni giurisprudenziali sono ancora rare. Per quanto concerne l'ordinamento nazionale, secondo la giurisprudenza di merito¹⁶² è tenuto al risarcimento a titolo di danno morale, colui il quale leda diritti e valori costituzionalmente garantiti, quali la reputazione, l'onore o il decoro altrui, mediante l'invio di messaggi offensivi condivisi su "Facebook". Nel caso di specie si trattava della condivisione su Facebook da parte dell'ex-boyfriend di una ragazza di frasi canzonatorie dei difetti fisici della giovane. La giurisprudenza di legittimità¹⁶³ ha considerato integrata la condotta tipica del delitto di atti persecutori (art. 612 bis c.p.), le molestie perpetrate attraverso il reiterato invio alla persona offesa di "sms" e di messaggi di posta elettronica o postati sui cd. "social network" proprio come Facebook, nonché con la divulgazione attraverso questi ultimi di filmati ritraenti rapporti sessuali avuti con la medesima.

L'esperienza comparatistica fornisce un interessante parametro di confronto: i giudici federali americani¹⁶⁴ hanno iniziato a delineare che cosa costituisca violazione della privacy su Facebook, e quindi sia censurabile, da cosa sia semplicemente inopportuno o disgustoso, e quindi sia tutelato dalla libertà di manifestazione del pensiero. Nel caso di specie, un gruppo di allievi infermieri aveva seguito un corso in ostetricia e ginecologia presso un ospedale di Olathe, nel Kansas. Alla fine del corso alcuni di loro avevano chiesto di potersi fotografare con la placenta di una paziente rilasciata durante il parto. Una di essi pubblicò la sua foto sulla sua pagina di Facebook, provocando la sua espulsione dal corso. La ragazza fece causa per venire riammessa argomentando che non era stato rispettato il suo diritto al Due Process poiché sanzionata senza contraddittorio, domanda accolta dai giudici. Per quanto concerne il merito della vicenda, la Corte ha enucleato due argomenti di interesse: a) dal momento in cui il docente concede il permesso di fotografare le persone che tengono in mano la placenta questi deve fondatamente supporre che poi le immagini verranno postate sul più popolare social network del mondo; b) fotografare tale materiale umano non viola la privacy di alcuno perché dalle immagini non è possibile risalire a chi appartenesse

¹⁶¹ Court of Appeal of the State of California, B 207869, 15 marzo 2010, D. C. v. R. R. La sentenza contiene una opinione dissenziente del giudice Frances Rothschild il quale ha affermato che l'opinione di maggioranza "alters the legal landscape to the severe detriment of First Amendment rights."

¹⁶² Trib. Monza, 2 marzo 2010, in *Dir. Informatica* 2010, 3, 463.

¹⁶³ Cass. 16 luglio 2010, n. 32404, in *Riv. Pen.* 2010, 12, 1260.

¹⁶⁴ United States District Court, District of Kansas, *Byrnes v. Johnson County Community College*, 19 novembre 2010, <http://www.courthousenews.com/2010/12/28/Placenta.pdf>.

la placenta stessa. In altra causa, giudici statali¹⁶⁵ hanno affermato che non è necessario il consenso per venire taggati in una foto caricata su Facebook. La decisione è stata presa all'interno di un procedimento di affido di minori. Il padre ha portato quale prova giudiziaria una foto pubblicata su Facebook che rappresentava la madre mentre beveva alcoolici, nonostante la controindicazione medica correlata all'assunzione di psicofarmaci per la cura di un disturbo comportamentale della signora. Le difese della donna, rigettate dalla corte, argomentavano che essa è stata fotografata e taggata su Facebook senza il suo consenso. Questo provvedimento pone due questioni: da un lato quale sia la possibile difesa della privacy su Facebook, completamente negata in questo caso; dall'altro fino a quando le foto digitali potranno venire considerate come affidabili mezzi di prova per la rappresentazione della realtà, considerata la facile reperibilità di software in grado di modificarle.

In Inghilterra, invece, le vicende giudiziarie che, destando molto scalpore, hanno coinvolto la protezione della privacy attraverso Internet e i social network sono principalmente due: da un lato il contenzioso giudiziario conosciuto come "Mosley case" e dall'altro il "Twitter case".

Nel primo caso, Max Mosley, allora presidente della *Fédération Internationale de l'Automobile*, agì presso la *High Court of Justice*¹⁶⁶ di Londra relativamente alla violazione della privacy da parte di un noto tabloid inglese, il *News of the World*, ora chiuso per un scandalo ancora più grave¹⁶⁷, che pubblicò sul proprio sito internet un video raffigurante il ricorrente mentre era coscientemente coinvolto in pratiche sessuali di tipo sadomasochistico con ambientazione nazista. Lo scandalo fu mondiale, considerata la rilevanza della posizione pubblica del ricorrente diffamato. Questi adì la *High Court* di Londra chiedendo una prima *injunction* affinché la diffusione del video venisse bloccata in quanto lesiva del suo diritto alla riservatezza. La Corte rigettò quell'istanza in quanto, nonostante l'assenza di pubblico interesse nel contenuto del video, questo ormai era stato disvelato e la richiesta di un oscuramento al fine di tutelare la riservatezza era futile e quindi il ricorrente avrebbe potuto agire solo in punto danni. Infatti, successivamente, la *High Court of Justice* di Londra ritenne fondata la doglianza di violazione della riservatezza avanzata dal ricorrente e, fondandosi sul precedente della Corte di Strasburgo, *Hannover vs. Germania*¹⁶⁸, liquidò al ricorrente un risarcimento danni di 60.000 sterline, circa 68.000 sterline attuali, per aver avuto la sua vita sessuale rivelata al mondo e la sua vita privata devastata da questa vicenda. Mr Mosley, insoddisfatto per la soluzione del caso, si è rivolto alla Corte europea dei diritti umani¹⁶⁹ per far condannare il Regno Unito di Gran Bretagna per non aver predisposto uno strumento di controllo preventivo della pubblicazione delle notizie relative alla vita privata di una persona, soprattutto se famosa. La Corte ha dichiarato l'istanza di Mosley ammissibile, ma l'ha rigettata nel merito alla violazione dell'art. 8 CEDU affermando che non possono essere predisposti strumenti preventivi di controllo sulla pubblicazione di materiali su Internet senza cadere in pratiche censorie, lesive dell'art. 10 CEDU e che la valutazione del danno ex post è un rimedio sufficiente. Tuttavia, il revirement effettuato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea con la decisione *Google v. AEPD* ha dato nuova linfa alle pretese di Max Mosley, il quale è riuscito ad ottenere alcune condanne da parte dei giudici nazionali cambiando strategia legale e focalizzandosi sulla citazione di

¹⁶⁵ Kentucky Court of Appeal, 25.2.11,

¹⁶⁶ Max Mosley v. News Group Newspapers Limited, [2008 EWHC 1777 (QB)],

¹⁶⁷ http://en.wikipedia.org/wiki/News_of_the_World

¹⁶⁸ Corte europea dei diritti umani, 26 giugno 2004, *Hannover vs. Germania*, in www.echr.coe.int

¹⁶⁹ Corte europea dei diritti umani, 10 maggio 2011, *Mosley v. Regno Unito di Gran Bretagna*,

Google di fronte a giurisdizioni nazionali al fine di ottenere sia la cancellazione di tutte le immagini che lo mostrano durante il party sadomaso e sia l'uso di un filtro preventivo, come nel caso della pornografia infantile. In Francia, per la prima volta questa strategia ha ottenuto il risultato sperato dal ricorrente. Infatti il Tribunal de Grande Instance di Parigi ha ordinato a Google di cancellare da www.images.google.fr sette immagini tratte dal controverso video. Nelle motivazioni, il Tribunal de Grande Instance¹⁷⁰ afferma che tutte le immagini visualizzate nei risultati dei motori di ricerca sono state precedentemente analizzate, quindi selezionate e filtrate, dal software di indicizzazione di Google. Alcune di queste sono bloccate perché relative a file di propaganda nazista ovvero pedopornografici. Secondo i giudici francesi si tratta di un procedimento semplice, economico e realizzabile da programmatore moderatamente esperto. Inoltre, utilizzando un algoritmo più sofisticato, il blocco di materiale pedopornografico è riuscito anche ai motori di ricerca Bing e a Facebook, il quale già impedisce la visualizzazione di analoghe immagini. Anche la *England and Wales High Court* ha accolto le istanze di Mosley per la cancellazione dell'ormai noto video. Le difese di Google hanno sostenuto che i servizi di Google mantengono le caratteristiche di “safe harbour” ai sensi della direttiva 200/31/CE, già riconosciuta al provider dalla Corte di Giustizia nei casi L'Oreal, Sabam e eBay. I giudici inglesi hanno accolto l'istanza preliminare di Mosley affermando che la decisione AEPD contraddice le citate sentenze e che la tecnologia esistente consente a Google “*senza sforzi sproporzionati o spese, di bloccare l'accesso a singole immagini*”¹⁷¹.

Il “*Twitter gate*” riguarda¹⁷² una vicenda giudiziaria partita da un caso di gossip relativo ad un campione del Manchester United scoperto mentre intratteneva una relazione extraconiugale con una starlette del *Big Brother* inglese. Per proteggere la privacy della sua famiglia, il campione sportivo si è rivolto alla giustizia inglese, notoriamente molto severa in materia, ottenendo una ingiunzione che proibisse a qualsiasi organo di stampa, cartaceo ovvero online, di pubblicare il suo nome. Tuttavia questo provvedimento è rimasto inefficace perché da un lato i giornali si sono limitati a pubblicarne le fotografie senza didascalie che ne indicassero il nome, mentre gli utenti di Internet hanno divulgato il suo nome attraverso Twitter.

Twitter è oggetto dell'attenzione giudiziaria anche negli Stati Uniti, in relazione al c.d. Cablegate, scandalo internazionale provocato da Wikileaks con la pubblicazione dei dispacci del Dipartimento di Stato americano. A questo proposito, una corte federale¹⁷³ ha intimato a Twitter di rivelare alle autorità giudiziarie i dati personali di quattro collaboratori di Wikileaks. Tali dati concernono: il nome dell'utente, indirizzo, Internet Protocol, la registrazione della localizzazione della connessione telefonica, la registrazione della durata delle conversazioni, la lunghezza e i tipi di servizio utilizzati, il numero di telefono e il nome del suo titolare, compreso il numero temporaneamente assegnato dal provider e la traccia dei mezzi di pagamento per il servizio fruito da ciascun utente. Secondo il giudice federale dell'*Eastern District of Virginia*, questi dati non sono meritevoli delle garanzie previste dal I e dal IV Emendamento poiché concernono informazioni volontariamente cedute dai titolari a Twitter nel momento della sottoscrizione del servizio. Altresì in Spagna, il Tribunal Supremo ha condannato ad una pena detentiva per aver violato le norme che interdicono i

¹⁷⁰ Tribunal de grande instance de Paris 17ème chambre Jugement du 6 novembre 2013.

¹⁷¹ Mosley v Google Inc & Anor [2015] EWHC 59 (QB) (15 January 2015)

¹⁷² High Court of Justice, Queen's Bench Division, (1) TSE (2) ELP v. News Group Newspapers, LTD, [2011] EWHC 1308 (QB), 23.5.11, http://www.onebrickcourt.com/files/cases/tse_80048.pdf

¹⁷³ United States District Court for the Eastern, District of Virginia, Alexandria Division, In Re: §2703(d) Order; 10GJ3793, 11.3.11, http://www.wired.com/images_blogs/threatlevel/2011/06/11-dm-00003-62.pdf

CAPITOLO IV: INTERNET E LA PROPRIETÀ INTELLETTUALE

1. Introduzione

Già da qualche anno la giurisprudenza tanto italiana quanto internazionale deve confrontarsi con Internet e la sua natura distribuita sulla base di quello che viene definito il principio “end to end (E2E)”. Si ricorda che secondo detto principio Internet consiste in più reti che in modo neutrale conducono il flusso delle informazioni dal primo fornitore fino all’utente finale, da un capo all’altro del percorso informativo, attraversando in modo alternativo una sequenza non predeterminata di nodi di comunicazione. Ciò comporterebbe che ciascun nodo agisce in maniera neutrale ed in modo indifferente rispetto al comportamento degli altri centri informativi, nonché ciò giustificerebbe quello che da più parti viene definita la “neutralità della Rete” e la cui protezione viene spesso invocata a gran voce da parte degli utenti.

Prima di affrontare il discorso squisitamente giuridico, occorre premettere alcune considerazioni di natura sociale onde comprendere pienamente il problema e gli interessi in gioco. Una recente corrente della sociologia²⁴⁸ ha osservato come il fenomeno di diffusione di massa della Rete abbia creato, nelle ultime generazioni di utenti, la categoria dei “nativi digitali”, ovvero di coloro che interagiscono con le tecnologie informatiche e con Internet fin dall’infanzia. Questa categoria si contrappone a quella degli “immigrati digitali”, cioè coloro che hanno subito la rivoluzione tecnologica soltanto in età adulta e quindi avrebbero una percezione di tale rivoluzione più legata alla realtà rispetto alla virtualità. Anche se il dibattito su questa teoria è ancora molto acceso, essa si può considerare quale parametro di verifica della crescente tendenza al mutamento di approccio del godimento dei beni digitali da parte dei più giovani. Secondo alcune ricerche i nativi digitali non percepiscono lo scambio dei beni digitali²⁴⁹ come illecito, ma come comportamento socialmente condiviso e quindi realizzabile senza consapevolezza della sua illegalità²⁵⁰.

Di fronte a codesto scenario, il principio E2E viene spesso messo in dubbio in relazione alla tutela dei diritti patrimoniali d’autore, che deve affrontare i profondi cambiamenti provocati dalla diffusione dei beni immateriali. Per la caratteristica assenza di corporeità, la categoria dei beni immateriali è per sua natura eterogenea ed è quindi possibile ricomprendere in essa le più diverse entità²⁵¹. La dottrina concorda che la prima delimitazione rilevante della categoria dei beni immateriali consista nell’apporto creativo²⁵² realizzato dall’entità immateriale, la seconda delimitazione indispensabile consista nella

²⁴⁸ J. Palfrey, U. Gasser, *Born Digital. Understanding the First Generation of Digital Natives*, New York, 2008.

²⁴⁹ In tema di beni digitali, B. Piola Caselli, voce “*Internet ed il diritto d’autore*”, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione Civile. Aggiornamento II, tomo II*, Torino, 2003, p. 800.

²⁵⁰ J. Palfrey, U. Gasser, *op. cit.*

²⁵¹ D. Messinetti, voce *Beni immateriali. Diritto privato* in *Enciclopedia giuridica*, II Roma, 1988, p.1

²⁵² T. Ascarelli, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, p. 353 e ss.; P. Greco, *Lezioni di diritto industriale*, Torino, 1956, p. 99; G. Ferri, *Creazioni intellettuali e beni immateriali, in Studi in memoria di Ascarelli*, II, Milano, 1979, p. 622.

riproducibilità illimitata²⁵³ del bene ed infine la terza caratteristica comprenda le due precedenti e comporti l'utilizzazione economica del bene immateriale. Per la garanzia del riconoscimento dei privilegi di sfruttamento su tali beni, sono stati riconosciuti dei diritti c.d. di proprietà intellettuale²⁵⁴ già a partire dal XVI Secolo. Si utilizza il termine proprietà anche in caso di beni immateriali poiché analogicamente ai diritti di proprietà, i diritti di proprietà intellettuale consistono nel “diritto di godere e disporre dei beni in modo pieno e esclusivo” e quindi constano di un “jus utendi ed excludendi alios”²⁵⁵.

L'importanza della tutela giuridica ed economica dei beni immateriali inizia a porsi in luce a metà del XV Secolo con l'invenzione della stampa, quando, per la prima volta e per le produzioni di natura letteraria, vi è la possibilità di riprodurre il contenuto intellettuale delle medesime attraverso un numero illimitato di esemplari. Per questo, sotto tale profilo è stato autorevolmente affermato che Internet consiste in una rivoluzione epocale paragonabile a quella della stampa, poiché rimette in discussione i modelli giuridici ed economici di fruibilità dei beni immateriali²⁵⁶, aggiungendo la questione della a-territorialità della loro fruizione²⁵⁷. Sotto questo profilo sono prevalentemente fruibili su Internet beni relativi ai prodotti della conoscenza e della creatività quali i file digitali²⁵⁸ contenenti brani musicali, videogiochi, fotografie, testi, film e così via.

Nonostante siano spesso utilizzati quali sinonimi, copyright e diritto d'autore non concernono diritti esattamente sovrapponibili²⁵⁹. Il copyright è tipico dei sistemi di common law di matrice angloamericana e afferisce al diritto di copia, e quindi di diffusione, riproduzione e commercializzazione dell'opera. Il diritto d'autore è invece proprio dei sistemi di civil law ed è più ampio, poiché inerisce anche ai diritti morali irrinunciabili, incedibili e perpetui. Collegati ai diritti morali d'autore in quanto inerenti alla personalità, vi sono i diritti all'onore e alla reputazione, imprescrittibili oltre la durata di settanta anni dei diritti patrimoniali di sfruttamento economico.

2. Esperienza italiana

In Italia i contenziosi inerenti la tutela del diritto patrimoniale d'autore in Rete sono stati diversi.

Come già accennato, uno dei più noti concerneva altresì la natura di dato personale dell'Internet Protocol. Si tratta del caso “Peppermint”. Molti si ricorderanno della casa discografica tedesca che aveva utilizzato un certo programma software (Logistep) per la

²⁵³ G. Oppo, *Creazione ed esclusiva nel diritto industriale* in Riv. it. sc. giur., IX, 1963 - 1967, p. 183 e ss; D. Messinetti, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970, p. 80; R. Franceschelli, *Struttura monopolistica degli istituti del diritto industriale*, in Riv. dir. ind., 1956, I, p. 381 e ss.

²⁵⁴ W. Fisher III, *Theories of Intellectual Property*, in Stephen Munzer, (ed.), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge, 2001, pp. 168 e ss.; J. Hughes, *Notes on the Origin of “Intellectual Property”*, 2009, disponibile su SSRN, <http://ssrn.com/abstract=1432860>.

²⁵⁵ P. Auteri, *Le tutele reali*, in *L'enforcement*, cit., p. 5.

²⁵⁶ Sul tema la pubblicistica è sterminata. Tra i molti autori si segnalano in A. Briggs P. Burke, *A Social History of the Media*, Cambridge, 2005; L. Rosemberg, M. B. Stern, *From Revolution to Revolution*, New Castle, 2002; L. Willmore, *Government Policies toward Information and Communication Technologies: A Historical Perspective*, 2001, United Nations DESA Discussion Paper No. 2, <http://ssrn.com/abstract=290598> or doi:10.2139/ssrn.290598S; Wefers, *Von Gutenberg zum Internet*, Frankfurt am Main, 1999; S. D. N. Cook, *Technological Revolution and the Gutenberg Myth, in Internet Dreams. Archetypes, Myths and Metaphor*, Boston, 1997, p. 67.

²⁵⁷ B. Piola Caselli, op. cit., p. 800.

²⁵⁸ La digitalizzazione delle informazioni riguarda il passaggio della rappresentazione informativa in numeri e realizza la separazione dell'opera intellettuale dal suo supporto materiale astraendone il concetto (sul punto si veda, B. Piola Caselli, ult. op. loc. cit).

²⁵⁹ P. Spada, *Introduzione a AA.VV., Diritto Industriale - Proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, 2001.

raccolta degli indirizzi IP di coloro che si connettevano a reti *peer to peer* onde scaricare materiali anche protetti dal diritto d'autore. Dopo la raccolta di tali dati, i difensori della casa discografica si rivolgevano al Tribunale di Roma, competente per territorio, considerata la sede dei provider convenuti, ai quali veniva chiesta con provvedimento d'urgenza la disclosure dei dati personali di titolari degli indirizzi IP intercettati. Dopo un primo orientamento di accoglimento²⁶⁰, la giurisprudenza di merito ha rigettato tali richieste poiché «non può ritenersi sussistere a carico del “provider” alcun obbligo di comunicazione ed estensione dei dati anagrafici necessari all'identificazione degli autori delle suddette violazioni allorché i titolari del diritto d'autore agiscano in sede civile (anche con istanza cautelare) per la tutela dei propri interessi economici. Invero, l'applicazione del combinato disposto degli art. 156 e 156 bis l. auton. non è estensibile ai dati e informazioni che attengono alle comunicazioni “lato sensu” elettroniche, né ai dati di traffico da queste generate, visto l'esplicito divieto che deriva sia dal sistema normativo interno (primario e costituzionale) sia da quello comunitario. Unica deroga ammessa è quella relativa all'uso e alla comunicazione dei dati solo per la tutela di valori di rango superiore e che attengono alla difesa della collettività ovvero alla protezione di sistemi informatici»²⁶¹. Anche l'Autorità Garante della Privacy ha accolto questa impostazione²⁶², tuttavia la questione è stata riproposta, sempre presso il Tribunale di Roma, in materia di “dati aggregati” sulla fruizione di contenuti cinematografici illeciti attraverso reti *peer to peer*²⁶³. Il giudice romano ha confermato l'impostazione già accolta nella precedente controversia riguardante Peppermint aggiungendo che ai sensi della disciplina sul commercio elettronico non grava sull'intermediario della comunicazione alcun generico obbligo di sorveglianza ma solo taluni obblighi c.d. di protezione accomunati dall'avere ad oggetto comportamenti di collaborazione con l'Autorità giudiziaria o amministrativa di vigilanza investite nell'accertamento delle violazioni commesse attraverso il servizio reso al fine di prevenire o reprimere tali violazioni. Ulteriormente il giudicante ha chiarito che in presenza della sola informativa ricevuta attraverso la diffida inviata dalla Fapav Telecom non solo non avrebbe dovuto ma nemmeno avrebbe legittimamente potuto interrompere il servizio, non essendo responsabile delle informazioni trasmesse, ai sensi dell'art. 14, comma 1 [della Direttiva 2000/31/CE] ed essendo contrattualmente tenuta alla prestazione²⁶⁴.

²⁶⁰ Trib. Roma, 18 agosto, 2006, in Riv. dir. ind. 2008, 4-5, 328, dove si afferma che: “Il titolare di diritti d'autore ha diritto di ottenere in via d'urgenza ex art. 156 bis L.d.A. dal provider in capo al quale sussiste la legittimazione passiva nel relativo procedimento l'ostensione dei dati anagrafici degli assegnatari di indirizzi IP che sulla base dei dati raccolti in Rete appaiono autori di condotte illecite attraverso piattaforme di peer to peer. L'esercizio di tale diritto non è precluso dalla vigente disciplina in materia di privacy e trattamento dei dati personali. È applicabile alla fattispecie l'art. 24 del codice Privacy che consente il trattamento dei dati personali senza il consenso dell'interessato quando sia necessario per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria”.

²⁶¹ Trib. Roma, 14 luglio 2007, in *Bancadati De Jure* e pubblicata su *Il Merito*, 2007, 10, 22. Specifica il giudice in motivazione che «La prevalenza sulla riservatezza, quale valore fondamentale della persona, è stata recentemente ribadita dalla Corte Costituzionale con la sentenza 372/2006 in relazione alla legittimità costituzionale dell'art. 132 D.Lgs. 196/2003 ed alla possibilità di conservazione dei dati di traffico delle comunicazioni tra privati per un tempo maggiore rispetto a quello previsto dalla stessa norma, ritenendo la legittimità della norma in considerazione della necessità del contenimento e bilanciamento del diritto alla riservatezza solo per esigenze di tutela di beni della collettività prevalenti minacciati dai gravi illeciti penali. Tutto ciò esclude, quindi, la possibilità di applicazione dell'art. 156 bis L.A. e dell'art. 24 del D.Lgs. 196/2003 al trattamento dei dati personali relativi alle comunicazioni elettroniche e telematiche tra privati per finalità connesse alla tutela dei diritti soggettivi dei privati».

²⁶² Aut. protez. dati person., 28 febbraio 2008, in *Banca dati De Jure* e in *Pubblica*, 2008: “Il trattamento dei dati personali, relativo a soggetti ritenuti responsabili di aver scambiato file protetti dal diritto d'autore tramite reti peer-to-peer, è contrario ai principi di buona fede e trasparenza, quando la raccolta dei dati è avvenuta senza il preventivo consenso informato degli interessati”.

²⁶³ G. Pontico: *Fapav contro Telecom: fuori i nomi*, Punto Informativo, 10 febbraio 2010, <http://punto-informativo.it/2808919/PI/News/fapav-telecom-fuori-nomi.aspx>

²⁶⁴ Tribunale di Roma, 15 aprile 2010. In dottrina si veda, G. Scorza, *Gli obblighi di protezione dell'ISP: Fapav c.*

Vi sono i contenziosi tra produttori di materiali televisivi e gestori di condivisione di documenti video. Va sottolineato che la giurisprudenza di merito afferma che è **onere di chi agisce chiedendo la rimozione di un contenuto audiovisivo e/o l'inibitoria alla sua ulteriore diffusione al pubblico, individuarne ed indicarne, in atti, l'URL attraverso la quale il contenuto medesimo è accessibile**. Ciò significa che non esiste (né è tecnicamente possibile) la richiesta di predisporre a carico dei gestori delle piattaforme di condivisione di modalità di verifica preventiva, e quindi di censura, dei materiali uploadati da parte degli utenti²⁶⁵.

Tuttavia la stessa Curia è caduta in contraddizione, come avvenuto nel recente caso Mediaset v. Yahoo²⁶⁶.

In detto contenzioso, come in molti ad esso assimilabili, il detentore di diritti patrimoniali d'autore su materiali televisivi postati su una piattaforma di condivisione dei contenuti chiedeva al giudice, tra le altre cose, la rimozione dei medesimi nonché il risarcimento del danno per la subita violazione. Nella fattispecie esaminata la parte attrice è Mediaset, oligopolista del mercato della trasmissione televisiva italiana, e la richiesta di rimozione concerneva oltre 200 spezzoni di molte trasmissioni di grande successo ("Grande Fratello", "Zelig", "Amici", "Striscia la notizia", "Le Iene") caricati dagli utenti sulla piattaforma di condivisione di video di Yahoo! Le doglianze di Mediaset concernevano principalmente la presenza di link pubblicitari sponsorizzati e rintracciabili su motori di ricerca attraverso keywords e l'assenza di un sistema di verifica preventiva della violazione dei contenuti prima del completamento dell'upload. Dall'altro lato, Yahoo! rispondeva che parte attrice non l'aveva preventivamente diffidata alla rimozione, come previsto dalla normativa vigente e che in quanto hosting provider era un semplice gestore della piattaforma telematica. Dopo un'attenta disamina delle condizioni di servizio di Yahoo!, della normativa comunitaria e nazionale in tema il tribunale ambrosiano ha parzialmente accolto le domande di Mediaset, specie sul punto di maggiore interesse per i produttori televisivi, ovvero la rimozione dei materiali e, in separata sede, la liquidazione del danno. Occorre osservare che per giustificare una siffatta conclusione, i giudicanti hanno espresso alcune riflessioni extra giuridiche, inerenti al mutamento della natura della Rete nonché in merito alla presunta obsolescenza delle normative comunitarie, in particolare la Direttiva 31/2000/CE, e quindi di quelle nazionali di recepimento, in riferimento alla figura dell'hosting provider. In merito alla natura dell'hosting provider i giudici affermano che: «L'evoluzione della rete informatica mondiale sembra però aver superato nei fatti tale figura di prestatore del servizio, che all'epoca in cui detta direttiva veniva elaborata delineava tale soggetto come del tutto estraneo rispetto alle informazioni memorizzate sia a livello di gestione dei contenuti, che di regolamentazione contrattuale con i destinatari di servizio». In realtà, la Rete non ha mutato il suo funzionamento dal 2001, anno di emanazione della

Telecom, cit., dove si osserva che «La decisione del Tribunale di Roma del 15 aprile, liquida, tuttavia, tale questione in poche battute, semplicemente rilevando che la FAPAV non avrebbe mai trattato alcun dato personale degli utenti in quanto «le indagini commissionate da FAPAV il cui risultato è stato dedotto a prova delle violazioni commesse attraverso l'accesso ai siti web indicati» avrebbero «ad oggetto dati aggregati (numero degli accessi a ciascun opera in un determinato periodo di tempo) che non consentono l'identificazione di alcun indirizzo IP degli utenti». Gli stessi indirizzi IP usati per formare il dato aggregato» continua il Giudice nel provvedimento, sarebbero «stati resi anonimi nel procedimento mediante l'obliterazione di parte del codice». Fapav, peraltro, nel corso del procedimento – sempre stando a quanto emerge dal provvedimento – avrebbe espressamente chiarito al Giudice di non aver mai «inteso includere nella domanda la comunicazione di dati personali».

²⁶⁵ Trib. Roma, 11 luglio 2011, Yahoo! Italia c. P. F. A. Films.

²⁶⁶ Trib. Milano, sentenza 9 settembre 2011.

Direttiva sul commercio elettronico, ad oggi, essa risponde sempre al principio E2E sopra ricordato. Da un lato a mutare è stato il comportamento generale degli utenti che se ne sono appropriati per manifestare la propria socialità collettiva e personalità individuale, dall'altro lato è cambiato il paradigma di godimento dei contenuti: non più passivo, ma paritario da parte degli spettatori/fruitori. Risulta difficile quindi continuare a giustificare la censura se non penale, almeno civile, di comportamenti ormai socialmente accettati. La questione non è più solamente giuridica, ma culturale e politica: è vero che occorre cambiare la regolamentazione della materia, ma nel senso di modifica di regole proprietarie che privilegiano gli interessi di pochi, cioè i detentori dei diritti patrimoniali su opere protette dal diritto d'autore, per troppo tempo, settant'anni, a scapito dei diritti di condivisione e manifestazione del pensiero collettivi.

Sul punto il Tribunale di Roma, nel risolvere una nuova e simile controversia tra Yahoo! e Mediaset ha stabilito che il ruolo attivo dell'ISP (Internet Service Provider), sottratto dal beneficio dell'irresponsabilità prevista dall'art. 15 della Direttiva Ce 31/2000 per i fatti illeciti commessi dai destinatari dei servizi per la mera fornitura dei servizi di accesso, è configurabile nel caso in cui presti una consistente assistenza nell'ottimizzare la presentazione di offerte o contenuti digitali e nel promuovere offerte o contenuti digitali e, quindi, abbia dato un pur minimo contributo all'editing del materiale sulla rete lesivo di interessi tutelati. Sebbene è inammissibile l'imposizione in capo all'ISP di sistemi di filtraggio dei contenuti digitali a tutela dei diritti di proprietà intellettuale riguardanti tutte le comunicazioni elettroniche che transitano sui suoi servizi, di tutta la sua clientela, comportando ciò una grave violazione della libertà di impresa, non può escludersi la responsabilità dell'ISP, ogni qualvolta venga messo a conoscenza, da parte del titolare dei diritti lesi, del contenuto illecito delle trasmissioni, di cui deve, pertanto, rispondere se non si attiva per rimuovere le stesse e prosegua invece nel fornire gli strumenti per la prosecuzione della condotta²⁶⁷.

3. Esperienze europee

Preliminarmente si osserva che spesso si tende a confondere la questione sulla illiceità dello scambio dei file protetti dal diritto d'autore, sanzionato penalmente, con la liceità dello strumento, ovvero i sistemi di file sharing che, essendo strumenti tecnologici, sono di per sé neutrali. La vertenza più nota negli ultimi anni sulla legittimità dello scambio attraverso sistemi di condivisione di file contenenti opere digitali riguarda The Pirate Bay²⁶⁸, un sito svedese in grado di consentire lo scambio di documenti digitali nel formato BitTorrent²⁶⁹ al centro di diversi contenziosi giudiziari in molti Paesi europei. Tale sito utilizza(va) le reti *peer to peer* attraverso lo scambio di dati tra i computer degli utenti finali (client) consentendo la creazione di una rete a “geometria variabile, dinamica, il cui assetto contingente è determinato dall'identità dei singoli apparati degli utenti connessi tra loro in un determinato

²⁶⁷ Trib. Roma Sez. Specializzata in materia di imprese, 27-04-2016 R.T. S.p.A. c. Tm. En.Ll. Br.Me.

²⁶⁸ M. A. Carrier, *The Pirate Bay, Grokster, and Google*, 2009, <http://ssrn.com/abstract=1481854>; U. M. Lewen, *Internet File-Sharing: Swedish Pirates Challenge the U.S.*, 16 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* 173, (2008).

²⁶⁹ Sulla definizione di BitTorrent: http://en.wikipedia.org/wiki/BitTorrent_%28protocol%29; M. A. Carrier, *The Pirate Bay*, cit.

CAPITOLO VI

L'ECONOMIA CONDIVISA ATTRAVERSO L'USO DI APP

Di cosa si tratta?

Secondo la definizione della nota enciclopedia online “Wikipedia”, “*In informatica con il neologismo **app** s'intende una variante delle applicazioni informatiche dedicate ai dispositivi di tipo mobile, quali smartphone e tablet. Il termine deriva proprio dall'abbreviazione di "applicazione".* Si tratterebbe quindi di un ambito apparentemente non innovativo per il diritto, riconducibile alla applicabilità alla disciplina in materia di software, tuttavia si segnalano alcuni provvedimenti giurisprudenziali specifici al tema che al contrario ne dimostrano la specificità.

Ad esempio, in Germania, il *Bundesgerichtshof*⁴⁴⁰, la Corte Suprema Tedesca, ha deciso una controversia relativa all'utilizzo della *Tagesschau-App*, cioè della app proposta dal principale notiziario delle reti televisive pubbliche tedesche ARD e NDR. Seppure sul mercato tedesco siano presenti molti editori televisivi privati, le televisioni pubbliche hanno la quota di utenza maggiormente rilevante, nonché godono della raccolta di finanziamenti pubblici attraverso la riscossione del canone televisivo. Con l'avvento di Internet gli imprenditori privati fecero *lobbying* affinché la *Telekommunikationsgesetz* (TKG) venisse riformata con l'implementazione di alcune restrizioni nei confronti degli editori televisivi pubblici tanto sulla diffusione temporale dei materiali in rete, quanto sull'implementazione online di contenuti afferenti alla carta stampata e alle trasmissioni televisive tradizionali. Relativamente alla fattispecie avente ad oggetto la *Tagesschau-app*, gli editori privati lamentavano la lesione della concorrenza da parte della ARD e della NDR che avrebbero violato la disciplina sui contenuti, mentre la difesa di queste ultime sosteneva che l'implementazione dell'app avesse superato il procedimento di valutazione del preposto organo di controllo. Il BGH ha affermato che in questa materia la difesa dei contenuti relativa all'approvazione preventiva dei contenuti della *Tagesschau-app* non è sufficiente per giustificare il rigetto delle pretese degli editori ricorrenti e che la *Tagesschau-app*, così come presentata, integri violazione della concorrenza ai sensi della citata TKG. Ulteriormente, il BGH ha rinviato la causa al giudice di merito per la valutazione se i contenuti della *Tagesschau-app* siano assimilabili a quelli della stampa tradizionalmente intesa.

In Francia, il *Tribunal de commerce*⁴⁴¹ di Parigi ha deciso un caso relativo alla cancellazione di una app dal servizio di Google Play, ritenuta illecita da parte del fornitore. Secondo il *Tribunal de commerce*, innanzitutto Google è libero di definire la propria politica commerciale; secondariamente ha asserito che Google non ha interrotto il rapporto commerciale in violazione con il fornitore della app. Infatti, Google aveva inviato una email preventiva dove il fornitore stesso veniva avvisato dell'eliminazione poiché l'app trattava di gioco d'azzardo e pertanto non era conforme alle condizioni contrattuali predisposte per il servizio. In conclusione, il *Tribunal de Commerce* conferma che tale cancellazione non costituisce neppure

⁴⁴⁰ BGH, Urteil vom 30.04.2015 -

⁴⁴¹ *Tribunal de commerce de Paris, ordonnance de référé du 20 juin 2016*

una pratica discriminatoria, poiché Google Play Store adotta immediatamente misure per bloccare le pratiche violative delle suddette condizioni non appena ne venga a conoscenza.

Airbnb

Come è noto, Airbnb è una piattaforma online che consente a privati non professionisti che hanno uno spazio domestico a disposizione di ospitare i viaggiatori alla ricerca di un alloggio per periodi più o meno lunghi. La dottrina sta discutendo sulla pertinenza di questa iniziativa economica all'innovativa area della “sharing economy”, ovvero se essa è riconducibile a figure giuridiche più tradizionali come il contratto di ospitalità oppure la sublocazione. In ogni caso si tratta di fattispecie che concernono l'applicazione delle normative sia di natura pubblicistica in materia di concorrenza, autorizzazioni sanitarie, versamenti di oneri fiscali e così via, sia di natura privatistica, in particolare per quel che riguarda la responsabilità civile e la disciplina contrattuale della locazione e di tutela dei consumatori. L'apparente inarrestabile crescita di tali servizi necessita di una regolamentazione giuridica che al momento è in discussione in Parlamento. Ulteriormente, pare opportuno verificare quali siano gli orientamenti giurisprudenziali comparati sul tema. Al momento la giurisprudenza comparata si è concentrata sul rapporto tra proprietario dello spazio messo a disposizione dall'host locatario del medesimo. Ad esempio, in Francia la Sezione V del *Tribunal de Grande Instance*⁴⁴² di Parigi ha deciso un contenzioso che riguardava il subaffitto di un appartamento nel *V Arrondissement* di Parigi senza l'autorizzazione dei proprietari per un periodo di tre anni al canone di 700 euro alla settimana. Infatti, secondo i giudici francesi gli inquilini hanno approfittato per lucrare sul bene oggetto del contratto di locazione abitativa, pertanto devono risarcire ai proprietari 5000€ a titolo di *préjudice moral* (danno non patrimoniale) oltre a ulteriori 2500€ a titolo di spese legali ex art. 700 del *code de procédure civile*, mentre non è stato dimostrato dai proprietari attori alcun danno patrimoniale. Avendo violato il contratto di locazione, agli inquilini è stato imposto di liberare immediatamente l'appartamento oggetto del contenzioso. La giurisprudenza francese consta di un precedente analogo risalente al 2012, dove però non erano stati riconosciuti dei danni morali, ma l'inquilino soccombente ha dovuto rifondere al proprietario 2000 ai sensi del citato art. 700.

In Australia la giurisprudenza si è espressa più volte su questo tema ma in senso contrario rispetto all'orientamento francese. In due diverse decisioni il *Victorian Civil and Administrative Tribunal*⁴⁴³ ha affermato che mettere a disposizione un appartamento attraverso Airbnb non costituisce attività di locazione o sublocazione perché il turista-ospite non possiede a pieno titolo la proprietà pubblicizzata su Airbnb, ma ne gode per un limitato periodo, pertanto gli inquilini non possono essere sfrattati dai proprietari dell'immobile per questo motivo. In questo caso i giudici affermano che i proprietari e le agenzie immobiliari siano tenuti a introdurre clausole specifiche nelle locazioni abitative proibendo espressamente il subaffitto su Airbnb. In analogo contenzioso, il *Northern Territory Civil and Administrative Tribunal*⁴⁴⁴ si è espresso nello stesso senso.

Recentemente, il contenzioso sulla natura locatizia di Airbnb è giunto di fronte alla *Supreme Court of Victoria*⁴⁴⁵. La fattispecie riguarda la proprietaria di un appartamento situato in un quartiere di Melbourne. Nel 2015 la proprietaria e i convenuti stipulano un contratto di

⁴⁴²

⁴⁴³ [2016] VCAT 483; *Alex Taxis Pty Ltd v Knight (Residential Tenancies)* [2016] VCAT 528 (30 March 2016)

⁴⁴⁴ *Wong & Shib v Doney* [2016] NTCAT 57 (3 February 2016)

⁴⁴⁵ *Supreme Court of Victoria, Swan v Uecker* [2016] VSC 313 (10 June 2016)

locazione per un anno. Successivamente la proprietaria adisce il Tribunale lamentando che i convenuti hanno subaffittato il suddetto appartamento su Airbnb in violazione delle clausole contrattuali che proibivano la sublocazione a terzi. La Corte adita ha rigettato l'istanza della ricorrente poiché i convenuti, pur mettendo a disposizione su Airbnb l'appartamento, non hanno violato il contratto in quanto gli ospiti soggiornavano solo per brevi periodi e ciò non integra la fattispecie di sublocazione.

In Canada, in analoga fattispecie, il *Landlord and Tenant Board*⁴⁴⁶ ha ribadito che il conduttore non può subaffittare l'appartamento che ha in locazione dal locatore e che questo può essere causa di risoluzione del contratto. Invece, in tema di tutela dei diritti umani, il *British Columbia Human Rights Tribunal*⁴⁴⁷ ha dichiarato inammissibile una causa contro Airbnb per discriminazione in merito all'accesso ad un appartamento pubblicizzato sulla piattaforma quando in sede di causa è emerso che vi sia stata una spiacevole discussione tra il ricorrente e la signora ospitante e che, alla istanza di costei di dismissione della causa, il ricorrente non abbia opposto argomentazioni. L'istanza è stata accolta e la causa stata dismessa perché sulla base della documentazione presentata il giudicante ha rilevato che non vi stati comportamenti discriminatori da parte di Airbnb e che sulla base delle rispettive argomentazioni, la domanda del ricorrente non avrebbe avuto possibilità di accoglimento.

3. *La prospettiva de jure condendo*

Seppure il disegno di legge AC 3564 “Disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell'economia della condivisione” intenda promuovere “l'economia della condivisione” nel senso più ampio della partecipazione e del favore del consumo consapevole, razionalità ed efficienza nell'utilizzo delle risorse (Art. 1). Il disegno di legge si concentra nella disciplina del contratto di ospitalità e sembra focalizzarsi sul servizio fornito da Airbnb. Esso presenta elementi in comune con le piattaforme di condivisione, come la necessità di “trasparenza, equità fiscale, la leale concorrenza”, ma concerne uno specifico settore giuridico, concettualmente ben determinato con caratteristiche sue proprie, cioè il contratto di ospitalità. Esso si configura come un contratto atipico, oneroso e a prestazioni corrispettive, ma possiede una causa unitaria costituita dall'accoglienza dell'ospite, che comprende l'alloggio ed altre prestazioni contro il corrispettivo di un prezzo. Se l'art. 2 si occupa delle definizioni degli operatori della “sharing economy”, l'art. 3 riguarda i compiti dell'autorità della concorrenza e del mercato che deve: 1. regolare e vigilare “sull'attività delle piattaforme digitali della economia della condivisione” attraverso la tenuta di un apposito registro pubblico e consultabile gratuitamente. Sempre ai sensi dell'art. 3, u.c. “Al fine tutelare gli utenti fruitori o i terzi, l'AGCM può prevedere l'obbligo per i gestori di fornire o di richiedere agli utenti operatori la stipula di polizze assicurative per la copertura dei rischi tipici derivanti dalle attività di economia della condivisione”. Siffatta disposizione verrebbe a coprire una lacuna attuale e grave per quel che concerne la tutela dei fruitori del servizio di condivisione dell'ospitalità privata. Altrettanto positivo e interessante è l'art. 4 che prevede la stesura di un “documento di politica aziendale”, soggetto al parere vincolante e all'autorizzazione dell'AGCM che stabilisca le condizioni contrattuali tra la piattaforma digitale e (nel caso di Airbnb) gli host, individuabili dalla normativa in discussione attraverso la locuzione “utente operatore”. Tale documento esige, tra le molte previsioni, che non vi

⁴⁴⁶ TSL-64867-15-AM (Re), 2015 CanLII 77404 (ON LTB)

⁴⁴⁷ Rai v. Airbnb and another, 2015 BCHRT 167 (CanLII)

siano clausole di esclusiva a carico degli host, vista l'evidente disparità di potere contrattuale, né che il gestore della piattaforma effettui il controllo dell'esecuzione della prestazione dell'utente operatore, anche attraverso sistemi informatici. Inoltre, verrebbero vietate: la fissazione di tariffe obbligatorie, l'esclusione dalla piattaforma dell'utente operatore, l'obbligo di promozione dei servizi del gestore da parte dell'utente operatore; la pubblicazione di commenti critici del gestore da parte dell'utente operatore, la condivisione con altri utenti operatori di informazioni, giudizi e analisi; l'obbligo di fornire il consenso a cedere a terzi qualunque dato utente. La violazione di tali clausole ne comporta la specifica nullità, che però non si estende all'intero contratto. Ulteriormente, i pagamenti devono avvenire attraverso sistemi elettronici rintracciabili. Altrettanto importante è l'art. 5 del DDL che disciplina la fiscalità, uno dei punti dolenti per quel che concerne lo svolgimento delle attività di ospitalità da parte degli host di Airbnb. A questo proposito, viene stabilito che "il reddito da attività di economia della condivisione non professionale" percepito dagli host debba essere indicato in una apposita sezione della dichiarazione dei redditi. Per quanto concerne l'imponibile, ai redditi fino a 10.000 euro prodotti mediante le piattaforme digitali si applica un'imposta pari al 10 per cento. I redditi superiori a 10.000 euro sono cumulati con i redditi da lavoro dipendente o da lavoro autonomo e a essi si applica l'aliquota corrispondente". I restanti articoli appaiono avere contenuti più generali ed estensibili all'intera area della "sharing economy". Essi sono l'art. 6 (misure annuali per la diffusione dell'economia della condivisione) e l'art. 7 (tutela della riservatezza), la redazione di linee guida (art. 8), l'attività di monitoraggio, l'art. 11 riguarda le disposizioni transitorie e finali, mentre l'art. 12 le disposizioni finanziarie. Di rilievo è l'art. 10 stabilisce i controlli e le sanzioni in caso di inottemperanza agli obblighi di iscrizione al summenzionato Registro. Si tratta della immediata sospensione dell'attività fino al perfezionamento dell'iscrizione con l'imputazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 25% del fatturato del periodo durante il quale l'attività è stata svolta in assenza di iscrizione. Ci si può chiedere se la sanzione di un quarto dell'intero importi abbia una effettiva portata deterrente, considerato il potenziale fatturato delle specifiche attività inerenti alla economia della condivisione.

4. Il caso UBER

Come si ricorderà nelle cronache locali di importanti città come Milano, Roma, Genova, Torino e altre ancora si sono moltiplicate le notizie relative alle proteste dei gestori dei servizi privati di trasporto pubblico come i taxi, contro l'utilizzo di Uber e dei servizi da questa resi disponibili attraverso la relativa app scaricabile su smartphone. Vi sono diversi servizi proposti da Uber, ad esempio UberBlack e Uber Van che riguardano il noleggio di automezzi con autista e "UberPop". In questo ultimo caso, attraverso il GPS il guidatore specifica la sua posizione all'applicazione che lo mette in contatto con il cliente, il quale può verificare chi sia il guidatore e come sia stato valutato dagli altri passeggeri, quanto tempo effettivamente impiegherà a raggiungerlo, la strada percorsa e quindi quale tariffa il cliente dovrà pagare. Il pagamento viene effettuato via carta di credito attraverso la stessa app. Si tratterebbe di un servizio violativo della concorrenza e delle norme sul trasporto di passeggeri, anche se le opinioni sul punto sono vivacemente contrapposte. Secondo i fautori del servizio, Uber riguarderebbe l'applicazione dei principi dell'"economia della condivisione" ai servizi di trasporto. Infatti, i guidatori non professionisti che mettono a disposizione le proprie auto per il servizio di UberPop offrirebbero un servizio assimilabile

al car pooling, nel quale le spese relative a pedaggi e benzina si dividono tra i passeggeri. Tuttavia, tale opinione non è condivisa tra gli operatori dei servizi di trasporto pubblico che non hanno esitato a fronteggiare Uber di fronte alle autorità amministrative e giudiziarie. Tra le varie criticità comunemente lamentate vi sarebbero: 1. l'intervento di Uber che opera come intermediario cui pagare la corsa con carta di credito attraverso l'app scaricata sullo smartphone e quale garante della qualità del servizio; 2. il non professionismo degli autisti, che esercitano di fatto un servizio di trasporto pubblico senza avere la licenza prevista dalla legge; 3. le conseguenti criticità in materia di responsabilità civile e concorrenza sleale, anche in considerazione del costo ribassato del servizio, che non segue il piano tariffario previsto all'uopo dalle pubbliche autorità preposte.

Uber è stato oggetto di un contenzioso di fronte ai giudici ambrosiani⁴⁴⁸ che ne hanno interdetto l'esercizio su tutto il territorio nazionale stabilendo che l'impresa che, attraverso la predisposizione di una piattaforma informatica, svolge un'attività di intermediazione essenziale nell'offerta al pubblico del servizio di trasporto urbano non di linea effettuato da autisti privi di licenza deve ritenersi pienamente complice degli atti di concorrenza sleale per violazione di norme pubblicistiche compiuti dagli autisti. Pertanto, il servizio di autotrasporto effettuato da un guidatore privato incaricato mediante un'applicazione informatica deve considerarsi come trasporto pubblico non di linea, in quanto il servizio viene offerto al pubblico in maniera indifferenziata, nell'interesse di terzi e dietro corrispettivo, differenziandosi sotto questi profili dal car sharing, e come tale effettuabile solo da soggetti che abbiano ottenuto la licenza richiesta dalla normativa amministrativa in materia.

La mancata soggezione degli autisti Uber POP ai costi inerenti al servizio taxi consente l'applicazione di tariffe sensibilmente minori rispetto a quelle del servizio pubblico e non praticabili dal tassista. Si determina così un illecito sviamento dovuto ad un'alterazione dell'adeguatezza del tariffario imposto ai tassisti che modifica anche il quadro complessivo dei fattori economici che concorrono a determinarlo in concreto (aumento incontrollato dell'offerta) e determina altresì l'ulteriore profilo di scorrettezza concorrenziale consistente nella sottrazione degli autisti Uber POP dagli altri oneri e limiti cui i tassisti sono vincolati (rispetto di turni prefissati anche in orari in cui la domanda è minore) e che incidono anch'essi sulla redditività dell'attività economica di questi ultimi.

La fattispecie era venuta ad esistenza in concomitanza con l'apertura dell'Expo 2015 a Milano. A questo proposito, il giudicante, adito in sede cautelare, ha osservato quanto segue: a) le condotte denunciate dai ricorrenti non appaiono conformi ai principi della correttezza professionale e sembrano idonee a determinare un indebito sviamento della clientela; b) è in programma un'imminente espansione sul territorio nazionale dei servizi contestati, con effetti pregiudizievoli di stringente attualità in concomitanza della manifestazione Expo 2015, suscettibile di ampliare l'afflusso turistico a Milano come in altre città italiane; sussistono i presupposti per inibire in via d'urgenza, disponendo una penale per il ritardo nell'attuazione del comando giudiziale, l'utilizzazione sul territorio nazionale della app denominata **Uber Pop** e comunque l'organizzazione e la promozione di un servizio che preveda il trasporto di passeggeri da parte di soggetti privi di autorizzazione amministrativa e/o di licenza, prestato dietro corrispettivo e su richiesta del trasportato, in modo non continuativo o periodico, su itinerari e secondo orari stabiliti di volta in volta.

⁴⁴⁸ Trib. Milano Sez. Specializzata in materia di imprese Ordinanza, 25-05-2015 Soc. coop. Taxiblu e altri c. Uber International BV e altri