



## Presentazione



Un segno dell'evoluzione tematica del diritto comparato viene utilmente rappresentato tanto dall'arricchimento degli argomenti soggetti alla sua indagine, attraverso l'inclusione di aree i cui confini vanno determinandosi nel tempo alla luce dei connessi fenomeni economici, quanto dall'accettazione di nuovi soggetti ordinamentali quali meritevoli di essere inclusi, assieme ai tradizionali diritti nazionali, nella sfera del metodologicamente "comparabile".

Il lavoro di Rosario Petruso che si accoglie nella Collana con interesse e ricchezza di aspettative, dedicato alla responsabilità degli intermediari nella società dell'informazione, realizza appieno entrambi gli aspetti evolutivi prima segnalati, e già per questo si allinea congruamente alle linee tendenziali della Collana stessa. E infatti, l'apertura ad una nuova forma di comunità, quella dell'informazione, appunto, manifesta l'attitudine a cogliere della vita quotidiana le principali esigenze richiedenti una risposta giuridica, che l'Autore esattamente deduce dal raffronto interordinamentale: a questo scopo certamente cospirano le parti del volume destinate alla ricostruzione della quantità e numerosità dei problemi connessi alla, non scevra di serie responsabilità, attività dell'*internet providing*. D'altro canto, il perimetro geografico-ordinamentale dello studio assume senza tentennamenti, come da ormai da circa un quarto di secolo si propone da parte di Comparatisti (*quorum ego*), il diritto europeo generalmente inteso ed inglobante esperienze comunitarie e convenzionali, come genuino oggetto di comparazione, ad esso accreditando – ed in ciò risiede uno dei punti più brillanti del libro – capacità espressiva di un Sistema, omogeneo, articolato, chiaramente raffrontabile, non in forma episodica, con altre evoluzioni ordinamentali, anche extraeuropee, in termini di soluzione degli aspri problemi incalzantemente posti dalla "società dell'informazione".

A questo originale modo di prospettare i nuovi studi di diritto privato comparato la Collana dà volentieri il benvenuto.

Palermo, febbraio 2019

Il Curatore





## Introduzione



La direttiva 2000/31/CE dell'8 giugno 2000<sup>1</sup>, nel disciplinare alcuni aspetti giuridici del commercio elettronico e le responsabilità dei prestatori di servizi intermediari di base della rete telematica per i fatti illeciti consumatisi sugli spazi digitali, reca nel suo titolo la locuzione «società dell'informazione». La stessa formula è ripetuta nell'intitolazione della direttiva 2001/29/CE del 22 maggio 2001<sup>2</sup> sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e, in particolare, per quanto in questa sede rileva, sulla legittimazione degli intermediari della rete telematica ad essere destinatari passivi di ordini inibitori per porre fine alle attività plagiarie dei rispettivi utenti. In entrambi i plessi normativi, almeno nell'intitolazione della disciplina di armonizzazione, il dato fondamentale che si registra è che la regolamentazione delle responsabilità dei prestatori intermedi dei servizi della rete telematica intercetta inevitabilmente la disciplina di uno dei beni più importanti della società contemporanea: l'informazione.

Comunemente, infatti, ad essere definite “società dell'informazione”<sup>3</sup> sono proprio le società contemporanee<sup>4</sup>, nelle quali i dati rappresentano l'elemento più prezioso che ne caratterizza il sistema economico, sociale e culturale<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio 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»).

<sup>2</sup> Direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione.

<sup>3</sup> Negli atti dell'Unione il termine è adoperato per la prima volta nel Libro bianco dal titolo “*Crescita, competitività, occupazione*”, COM (93) 700, in cui si indicano nella formazione e nell'istruzione gli strumenti fondamentali per le politiche del mercato del lavoro in un contesto culturale in cui si aprono agli individui maggiori possibilità di accesso alle informazioni ed al sapere.

<sup>4</sup> Come osservato da D. Lyon, *The Information Society: Issues and Illusions*, Cambridge, 1988, *La società dell'informazione*, Bologna, trad. it. 1991, 1 ss., per società dell'informazione si intende un nuovo tipo di organizzazione sociale che si fonda sull'informazione e sullo scambio di unità comunicative. Per V. Zeno-Zencovich, *La libertà d'espressione, Media mercato, potere nella società dell'informazione*, Bologna, 2004, sarebbe più appropriato dire “società della conoscenza”.

<sup>5</sup> Sulle interconnessioni tra sistema economico, sociale e culturale e società dell'informazione, cfr. D. Bell, *The Social Framework of the Information Society*, in T. Forester (a cura di), In-

La «spina dorsale<sup>6</sup>» di tali società è, poi, costituita dalle tecnologie informatiche e di telecomunicazione<sup>7</sup>: esse permettono, infatti, a chiunque, in tempo reale e senza limiti di frontiere, di partecipare alla diffusione del sapere, al consumo delle informazioni, ma anche e soprattutto alla loro produzione<sup>8</sup>.

L'avvento di Internet e delle tecnologie che permettono di riprodurre in forme digitali a costi sempre più irrisori testi, messaggi, immagini, musica, video ha, infatti, accompagnato la società contemporanea verso quello che non a torto è stato definito come un processo di democratizzazione dei meccanismi di produzione dell'informazione<sup>9</sup>: ogni utente munito di una connessione alla rete può condividere in tempo reale, per mezzo di siti e piattaforme web, messaggi, contributi *wiki*, *podcast* e altri tipi di file audio, immagini e video.

---

formation Society, Cambridge, 1983, 500 ss.; M. Castells, *The Information Age: Economy, Society and Culture*, Oxford, 2000; G. Sias, *Società dell'informazione e conoscenza. Un futuro ineguale?*, Milano, 2002; M. Bolognani, F. Garibaldi, *La società dell'informazione. Le nuove frontiere dell'informatica e delle telecomunicazioni*, Bologna, 1996; Un posto centrale nell'architettura della società dell'informazione hanno i giudizi forniti direttamente dagli utenti (secondo la logica del *peer reviewing* o del *peer monitoring*) che concorrono ad edificare sistemi reputazionali fondamentali nell'ambito del commercio elettronico, riducendo il costo delle informazioni di cui il mercato ha bisogno per il suo funzionamento: sul punto, cfr. ampiamente G. Smorto, *Reputazione, fiducia e mercati*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 199 ss. Sulle dimensioni etiche della società dell'informazione, cfr. P. Costanzo, *Osservazioni sparse su nodi, legami e regole su Internet*, in *Nodi virtuali, legami informali: Internet alla ricerca di regole*, a cura di P. Passaglia e D. Poletti, Pisa, 2017, 28.

<sup>6</sup>In questi termini, cfr. M. Orofino, *Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello*, Milano, 2008, 4, nonché N. Negroponte, *Being digital*, New York, 1995, *Essere digitali*, trad. it. di F. Filippazzi e G. Filippazzi, Milano, 1995, 239.

<sup>7</sup>V. Zeno-Zencovich, *La libertà d'espressione*, cit. 125, osserva come si sia giunti al punto in cui, se la televisione cessasse di trasmettere, «si potrebbero trovare tanti succedanei (radio, giornali, videocassette, dvd); ma se le reti di telecomunicazione» venissero «interrotte per un giorno dalla diffusione di virus che impediscono l'uso e l'accesso alla rete, l'intero sistema economico e sociale mondiale» si bloccherebbe.

<sup>8</sup>Effettivamente Internet non rappresenta altro che l'esempio paradigmatico della globalizzazione che ha permesso alle informazioni o più in generale ai contenuti presenti sulla rete di superare gli steccati geografici alla loro diffusione che attanagliavano i media precedenti. Sulla emersione di una *global internet culture*, cfr. S. Dutta, W.H. Dutton, G. Law, *The New Internet World: a Global Perspective on Freedom of Expression, Privacy, Trust and Security Online*, 2011, disponibile online al seguente indirizzo: <http://ssrn.com/abstract=1916005>, 8 ss.; A.J. Cerda Silva, *Internet Freedom is not Enough: Towards an Internet Based on Human Rights*, 18 SUR, International Journal on Human Rights, 2013, 19.

<sup>9</sup>J.M. Balkin, *Old-School/New-School Speech Regulation*, in Faculty Scholarship Series, paper n. 4877, 2014, 2304; C. Angelopoulos, S. Smet, *Notice-and-Fair-Balance: How to Reach a Compromise between Fundamental Rights in European Intermediary Liability*, 8 Journal of Media Law, 2016, 270 ss.

L'era digitale<sup>10</sup> è così apparsa caratterizzata da uno slittamento delle dinamiche di produzione dell'informazione: la sua creazione non è più di esclusiva pertinenza dei mezzi di comunicazione di massa "tradizionali" (quali radio, giornali e televisioni<sup>11</sup>), ma è diffusa tra tutti i cittadini e proviene, dunque, "dal basso"<sup>12</sup>, da "creatori" non professionali. In questa logica, Internet non è altro che il propulsore del pluralismo nell'accesso, nella fruizione e nella produzione dei dati<sup>13</sup>, uno dei più potenti vettori di inclusione sociale, nonché il mezzo attraverso il quale il singolo «esercita i suoi diritti di cittadinanza<sup>14</sup>».

A questo processo di democratizzazione<sup>15</sup> dei meccanismi di produzione dell'informazione – in cui ognuno è incluso e a tutti sono concessi spazi per esprimersi – è seguita l'illusione della «disintermediazione<sup>16</sup>» di essa<sup>17</sup>: ed infatti,

<sup>10</sup> Sull'origine della locuzione «era digitale», cfr. G. Pascuzzi, *Introduzione*, in *Il diritto dell'era digitale*, a cura di G. Pascuzzi, Bologna, 2016, 17 ss.

<sup>11</sup> Le tradizionali barriere all'ingresso, che caratterizzavano l'industria dell'informazione tradizionale, sono ormai crollate: cfr. G. Pitruzzella, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *Media Laws, Rivista di diritto dei media*, 2018, vol. 1, 12. L'informazione, infatti, come notato da V. Zeno-Zencovich, *La libertà d'espressione*, cit., 138, non è più affidata all'editore che «sceglie e confeziona i prodotti informativi-comunicativi».

<sup>12</sup> Aspetto ben messo in luce dalla Corte EDU in *Cengiz c. Turkey*, 1 dicembre 2015, ricorso n. 48226/10, ove, con riferimento alla piattaforma di condivisione di video *YouTube*, si osserva che ogni utente si può trasformare in «utente attivo» per diffondere e condividere con i terzi il frutto del proprio lavoro ed il proprio punto di vista su temi sociali e politici spesso bistrattati dai media tradizionali.

<sup>13</sup> Cfr. V. Zeno-Zencovich, *La libertà d'espressione*, cit., 130, ove l'Autore pone in evidenza l'emergere, con le nuove tecnologie digitali, «di un' autonoma libertà, quella di diffondere dati».

<sup>14</sup> Cfr. T.E. Frosini, *L'accesso a Internet come diritto fondamentale*, in *Internet: regole e tutela dei diritti fondamentali*, a cura di O. Pollicino, E. Bertolini, V. Lubello, Roma, 2013, 80; P. Passaglia, *Internet nella Costituzione italiana: considerazioni introduttive*, in *Consulta OnLine*, 2013, <http://www.giurcost.org/studi/passaglia5.pdf>, specialmente 8 e 22 ss.; P. Costanzo, *La governance di Internet in Italia*, in *Internet: regole e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 51; sul ruolo essenziale che l'informazione svolge nel qualificare il rapporto di cittadinanza, cfr. V. Zeno-Zencovich, *Il "diritto ad essere informati" quale elemento del rapporto di cittadinanza*, in *Dir. inf.*, 2006, 1 ss.

<sup>15</sup> J.M. Balkin, *Old-School/New-School Speech Regulation*, cit., 2304.

<sup>16</sup> Sul punto, cfr. J.M. Balkin, *Old-School/New-School Speech Regulation*, cit., 2304. Più in generale sui processi di "disintermediazione" raggiunti tramite Internet, cfr. G. Smorto, *I contratti della sharing economy*, in *Foro it.*, 2015, V, 221 ss.; R.A. Lind, *Disintermediation*, in *Encyclopedia of New Media: An Essential Reference to Communication and Technology*, a cura di S. Jones, Sage, 2002, 150 ss.; R. Gellman, *Disintermediation and the Internet*, 13 *Government Information Quarterly*, 1996, 1 ss.; A.M. Chircu, R.J. Kauffman, *Strategies for Internet Middlemen in the Intermediation/Disintermediation/Reintermediation Cycle*, *Electronic Markets*, 1999, 109 ss. Da ultimo, cfr. P. Fabiano, S. Gorgoni, *Disintermediazione e nuovi media. Come cambia la comunicazione*, Roma, 2017, 1 ss.

<sup>17</sup> Ossia la riduzione del ruolo e del numero degli intermediari tradizionali, che ha permes-

le nuove imprese che consentono la diffusione dei contenuti sulla rete telematica, attraverso la prestazione di una serie diversificata di attività essenziali nella fruizione degli spazi digitali (si pensi, innanzitutto, ai fornitori di spazi per la memorizzazione dei contenuti ed ai motori di ricerca), sono state per lungo tempo immaginate – a differenza dei media tradizionali – come operatori meramente tecnici e, dunque, come soggetti assolutamente neutrali e passivi rispetto ai contenuti veicolati sugli spazi digitali, riferibili in via immediata e diretta ai propri fruitori.

Ciò che in realtà è accaduto è stata, invece, una ben più modesta sostituzione di una infrastruttura ad un'altra<sup>18</sup>. La nuova infrastruttura dell'era di Internet effettua, infatti, costantemente e senza visibilità pubblica<sup>19</sup> scelte critiche e pone, dunque, problemi di censura specifici rispetto a quelli che si registrano nel panorama dei media tradizionali<sup>20</sup>. Non è un caso, infatti, che gli intermediari della rete siano stati definiti nel 2017 dalla Commissione europea come «guardiani dei contenuti<sup>21</sup>», controllori, cioè, delle informazioni che meritano di circolare sulle reti digitali e di quelle che, invece, vanno da esse escluse.

Si è, dunque, venuta a determinare la singolare situazione per cui gli stessi soggetti che si sono trovati a gestire gli strumenti tecnologici che rendono possibile la più ampia partecipazione all'accesso ed alla diffusione dell'informazione sugli spazi digitali sono allo stesso tempo coloro i quali sovrintendono al flusso dei contenuti che possono transitare sulla rete, in quanto presiedono alla loro rimozione, selezione ed organizzazione<sup>22</sup>.

---

so in molti settori di eliminare tanti passaggi della catena di produzione e di distribuzione dell'informazione.

<sup>18</sup>J.M. Balkin, *Old-School/New-School Speech Regulation*, cit., 2304.

<sup>19</sup>Sul potere sempre maggiore che alcune piattaforme esercitano sul mercato, non da ultimo in termini di opacità, cfr. la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni del 6 maggio 2015, COM (2015) 192 final, dal titolo “Strategia per il mercato unico digitale in Europa”, specialmente 12.

<sup>20</sup>F. Pasquale, *The Black Box Society, The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Londra, 2015, 61; J.M. Balkin, *Old-School/New-School Speech Regulation*, cit., 2308 ss.

<sup>21</sup>In questi termini, cfr. la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni – *Lotta ai contenuti illeciti online – Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online*, 28 settembre 2017, COM (2017) 555 final, specialmente 21.

<sup>22</sup>J.M. Balkin, *Free Speech is a Triangle*, 118 Colum. L. Rev., 2018, 2011 ss.; G. Pitruzzella, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, cit., 2018, 17, in cui l'Autore avverte dei rischi delle «bolle autoreferenziali create da Internet», ove si osserva che le informazioni che raggiungono l'utente sono selezionate in maniera opaca dagli algoritmi delle piattaforme e che «l'informazione che appare sullo schermo sembra, almeno ai più, essere un'informazione distribuita secondo criteri “oggettivi”, neutrali, e viene considerata come l'informazione che anche gli altri utenti stanno vedendo».

Occorre intendersi. Non necessariamente ciò rappresenta un male. Anzi, l'esistenza di qualche filtro è necessaria<sup>23</sup>. Inevitabilmente, infatti, nella logica della produzione delle informazioni aperta agli apporti di tutti, non ogni contenuto è di qualità<sup>24</sup>. Gli spazi digitali sono sempre più saturi di disinformazione, di punti di vista di minor spessore ed anche dei più allarmanti: la rete telematica è divenuta ricettacolo non soltanto di notizie false o di violazioni massive dei diritti d'autore, ma anche di contenuti xenofobi, di vendette a sfondo sessuale, di forme di incitamento all'odio ed alla violenza, di propaganda del terrorismo.

Lasciare che ciascun individuo abbia la possibilità di esprimersi liberamente in rete comporta, dunque, dei costi sociali altissimi. Non sorprende, allora, il fatto che di fronte «all'oceano di informazioni e di fonti di produzione<sup>25</sup>» i doveri degli intermediari della rete telematica, gli interventi che essi possono effettuare sulle loro rispettive reti o piattaforme e le responsabilità (civili, penali o amministrative) che tali soggetti dovrebbero sopportare, siano al centro del dibattito attuale in relazione alla pleora di attività che concorrono a rendere fruibile e ad arricchire contenutisticamente (nel bene e nel male) gli spazi digitali.

Ci si interroga, dunque, sul ruolo che tali soggetti possono ricoprire nella lotta contro il terrorismo, la criminalità organizzata, la pedopornografia, l'incitamento all'odio ed alla violenza, nel contrasto alle violazioni dei diritti d'autore, dei diritti reputazionali, dei dati personali, ma anche, e in positivo, sul ruolo ad essi spettante nel fungere da volano per una società maggiormente inclusiva, per la libertà di informazione, per l'economia tradizionale e per quella collaborativa<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup>J. Grimmelmannt, *The Virtues of Moderation*, 17 *Yale Journal of Law & Technology*, 2015, 104; K. Klonick, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, 131 *Harv. L. Rev.*, 2018, 1613.

<sup>24</sup>Proprio per tali ragioni, più che di società dell'informazione, nella letteratura si parla di "società della disinformazione": cfr. D.M.J. Lazer, M.A. Baum, Y. Benkler, A.J. Berinsky, K.M. Greenhill, F. Menczer, M.J. Metzger, B. Nyhan, G. Pennycook, D. Rothschild, M. Schudson, S.A. Sloman, C.R. Sunstein, E.A. Thorson, D.J. Watts, J.L. Zittrain, *The science of fake news, Addressing fake news requires a multidisciplinary effort*, *Science*, 2018, vol. 359, 1094 ss.; D. Mocanu, L. Rossi, Q. Zhang, M. Karsai, W. Quattrociocchi, *Collective attention in the age of (mis)information*, 51 *Computers in Human Behavior*, 2015, 1198 ss.

<sup>25</sup>G. Pitruzzella, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, cit., 17.

<sup>26</sup>Si allude a quel fenomeno sempre più vasto e sfaccettato che ha portato all'irruzione nel mercato di servizi di *peer to peer transportation* (si pensi ai servizi di *carsharing* o di *ridesharing*), di *peer to peer accomodation* (si pensi ai servizi di *homesharing* o di *home-swapping*) o di condivisione delle proprie competenze lavorative o professionali (si pensi ai servizi di *peer to peer financing* o a piattaforme quali quelle di "*share your meal*"). Sul punto, per un primo approccio ai problemi relativi alla regolamentazione del fenomeno, cfr. E. Turban, D. King, J.

Le responsabilità dei soggetti che concorrono alla veicolazione dei contenuti riferibili agli internauti sono state definite dal legislatore federale statunitense e da quello unitario europeo tra il 1996 ed il 2000<sup>27</sup>. Per evitare di inibire il progresso tecnologico («l'architrave<sup>28</sup>» alla base della “società dell'informazione”), per non pregiudicare la qualità e lo sviluppo dei servizi offerti sulla rete e per favorire lo svolgimento di attività cruciali nelle comunicazioni digitali, la scelta dei due legislatori fu quella di evitare di assoggettare a modelli di responsabilità oggettiva o per rischio di impresa i gestori dei vari livelli dell'infrastruttura tecnica della rete per il fatto illecito dei loro utilizzatori<sup>29</sup>. Allo stesso tempo, si cercò, però, di incentivare tali soggetti a prendere parte alla regolamentazione dei contenuti immessi sugli spazi digitali. Per raggiungere questi fini, furono seguiti due approcci diversi. In estrema sintesi, in base al primo (adottato nel *Communications Decency Act* statunitense del 1996) gli intermediari sono stati esonerati dalla responsabilità per i contenuti riconduci-

---

Kyu Lee, T.P. Liang, D.C. Turban, *Electronic Commerce, A Managerial and Social Networks Perspective*, Springer, 2015, 21 ss.

<sup>27</sup> È sul diritto statunitense e su quello unitario europeo che si concentreranno le riflessioni condotte in questo studio, giacché la comune matrice liberale che contraddistingue Europa e Stati Uniti non ha impedito che la regolamentazione delle responsabilità per le comunicazioni che si svolgono sulla rete telematica segni uno spartiacque sempre più evidente tra due diverse sensibilità sullo statuto costituzionale della libertà di espressione. Sul costituzionalismo statunitense e su quello europeo posti al cospetto delle sfide dell'era digitale, cfr. O. Pollicino, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in *Media Laws, Rivista di diritto dei media*, 2018, vol. 1, 1 ss.

<sup>28</sup> In questi termini, cfr. M. Orofino, *Profili costituzionali*, cit., 4.

<sup>29</sup> Sulla *ratio* sottesa all'esenzione da responsabilità degli intermediari della rete, si veda L. Nivarra, *La responsabilità degli intermediari*, in *AIDA*, 2002, 307 ss. L'Autore, in particolare, rileva che l'imposizione di regole di responsabilità troppo severe rischierebbe di tradursi in un disincentivo «allo svolgimento di attività cruciali non soltanto per la net economy ma per ogni comparto della vita associata, ormai sempre più intrecciata alla vita della rete» e che «il dato unificante è rappresentato dal ripudio di modelli di responsabilità oggettiva o per rischio di impresa, ma anche di modelli di responsabilità aggravata, sulla falsariga della regola accolta dal nostro art. 2050 c.c. in materia di attività pericolose». Sul punto, cfr. C. Castronovo, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 289 ss.; A. Albanese, *Trasferimento di dati e responsabilità del prestatore di servizi telematici: dal «diritto secondo» al «diritto primo»*, in *AIDA*, 2010, 355 s.; U. Pagallo, *Sul principio di responsabilità giuridica in rete*, in *Dir. inf.*, 2009, 714; E. Bonadio, *Trade marks in online marketplaces: the CJEU's stance in L'Oréal v ebay*, *Computer and Telecommunications Law Review*, 2012, 40. Si legge nella Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo – Prima relazione in merito all'applicazione della direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000, COM (2003) 702 def., al par. 4.6, che «i limiti imposti alla responsabilità degli intermediari dalla direttiva sono stati ritenuti indispensabili a garantire che i servizi di base potessero venire forniti secondo modalità idonee a salvaguardare la continuità nella libera circolazione delle informazioni in rete oltre che alla realizzazione di un assetto favorevole allo sviluppo di Internet e del commercio elettronico».

bili a terzi nella maniera più ampia, anche per il fatto di compiere vere e proprie scelte editoriali; in base al secondo (comune al *Digital Millennium Copyright Act* statunitense del 1998 ed alla direttiva 2000/31/CE) gli intermediari sono stati sollevati da doveri di sorveglianza di carattere generale sull'uso che terzi abbiano fatto dei propri servizi e sono stati tenuti indenni dal normale circuito della responsabilità aquiliana a patto che, a partire da un dato momento (di norma coincidente con la segnalazione del contenuto illecito da parte del danneggiato o di una autorità competente), si siano adoperati per rimuovere i contenuti illeciti diffusi sugli spazi digitali.

Sulla base di queste due indicazioni normative, gli intermediari della rete sono stati cooptati dal regolatore pubblico nel "governo" dei contenuti diffusi sulla rete telematica.

Il timore che, nonostante i regimi speciali di irresponsabilità confezionati tra il 1996 ed il 2000, gli intermediari fossero indotti a rimuovere troppo o – a seconda della prospettiva adottata e dei valori cui assicurare preminenza – troppo poco ha, però, indotto nel momento applicativo le Corti a rivedere rispettivamente al rialzo o al ribasso i regimi di favore previsti dai legislatori per tali operatori tecnicamente insostituibili nella circolazione delle informazioni sulla rete telematica.

Alla stregua di questo duplice e rovesciato assunto, i regimi di irresponsabilità previsti dal legislatore statunitense e da quello unitario europeo hanno subito nel momento della applicazione giudiziale delle profonde trasformazioni e paiono oggi rispondere a tre diverse logiche: la prima che fa capo ad un modello incentrato su una immunità assoluta concessa all'intermediario della rete per qualunque azione esso decida di intraprendere in relazione ai contenuti degli utenti; la seconda che risponde ad un modello basato su regole semplificatorie dell'agire dell'intermediario, in cui i bilanciamenti tra interessi contrapposti sono effettuati a monte dal legislatore e il prestatore intermedio deve solo attuarli secondo indicazioni puntuali e normativamente vincolanti; la terza che privilegia un modello in cui ci si affida, dietro la minaccia della sanzione, alla risposta diligente dell'intermediario.

A partire dall'analisi del dato normativo, ci si propone, dunque, di studiare come i principali regimi di irresponsabilità degli intermediari della rete rinvenibili nell'ambito del diritto statunitense e del diritto europeo siano stati concretamente applicati e come le Corti abbiano sottovalutato le dinamiche sottostanti alla selezione ed alla organizzazione dei contenuti poste in essere dagli intermediari, le ragioni economiche che le giustificano, nonché la frequenza e le conseguenze dei diversi tipi di errore cui essi potrebbero essere indotti nell'amministrare la sovrabbondanza dei contenuti archiviati dai rispettivi utenti negli spazi digitali.

Si sono, così, persi di vista i rischi connessi all'affidare in maniera incondizionata a soggetti privati il potere di prendere la decisione finale sui contenuti ostensibili sulla rete telematica.

La ricerca è, pertanto, articolata in tre parti.

Nel primo capitolo si guarderà al *Communications Decency Act* del 1996, con cui nel diritto statunitense si è chiuso definitivamente ogni contenzioso nei confronti degli intermediari della rete con il proposito di elaborare una regola di prevalenza della libertà di espressione sottratta ad ogni ponderazione con interessi o valori diversi. La legge del 1996 rappresenta un angolo di osservazione privilegiato per interrogarsi sulle dinamiche dei processi di organizzazione e di selezione dei contenuti diffusi sugli spazi digitali. Essa, infatti, non impone alcun dovere di rimozione in capo agli intermediari della rete. Gli operatori dell'infrastruttura telematica potrebbero, dunque, astenersi da qualsiasi intervento sui contenuti trasmessi sulle proprie reti virtuali. Eppure, nonostante la completa deresponsabilizzazione, la maggior parte delle piattaforme e dei siti web aperti ai contenuti creativi degli utenti cura attivamente tali spazi secondo precise strategie di moderazione ed effettua delle decisioni sui contenuti, rimuovendone o deindicizzandone alcuni e dando la precedenza ad altri. L'occasione offerta dal *Communications Decency Act* è, dunque, la più propizia per cercare di comprendere perché si moderi, come si moderi e per quale ragione tali attività siano, entro certi limiti, non solo desiderabili, ma essenziali, al fine di evitare che la rete telematica si trasformi in un luogo ingovernabile, covo dei contenuti peggiori. Nell'ambito dello stesso capitolo si cercherà di dimostrare, però, come anche i meccanismi più semplici di organizzazione dei contenuti creativi degli internauti – le segnalazioni dell'utente – siano strumenti estremamente complessi che si prestano ad essere adoperati pretestuosamente sia dall'intermediario per raggiungere gli scopi più vari sia dall'utente per manipolare le valutazioni del primo, ad esempio, al fine di sopprimere punti di vista scomodi o impopolari<sup>30</sup>. Non è, dunque, scontato che si tratti di un modello di responsabilità coerente con la sua premessa valoriale: la difesa della libertà di espressione in rete.

Il secondo capitolo è dedicato allo studio del *Digital Millennium Copyright Act* del 1998, posto a tutela dei diritti d'autore negli spazi digitali nel sistema statunitense, in cui i bilanciamenti tra diversi diritti fondamentali sono affidati ad una procedura formale di segnalazione e rimozione dei contenuti plagiari ed a contromisure volte a evitare sovra-rimozioni sulla base di segnalazioni infondate, pretestuose o peggio ancora abusive. L'attenzione sarà indirizzata a dimostrare come la giurisprudenza statunitense, nei vent'anni appena trascorsi dall'approvazione della legge, abbia proceduto a "trincerare" i bilanciamenti effettuati dal legislatore federale e a sottrarre alla competenza dell'intermediario la valutazione

---

<sup>30</sup> Le idee, cioè, «antagonistiche»: così, V. Zeno-Zencovich, *La libertà d'espressione*, cit., 9, ove l'Autore pone in luce come siano proprio queste idee a richiedere la protezione della libertà di manifestazione del pensiero, «giacché le altre, quelle comuni e largamente condivise, sono già "libere" perché accettate».

di complesse decisioni. E tuttavia, quei bilanciamenti sono ora messi a rischio dalla evoluzione tecnologica dei meccanismi di segnalazione, incentrati non più su richieste di rimozione “manuali”, ma su sistemi automatizzati e professionalizzati imperniati sulla potenza di calcolo di elaboratori elettronici. È l’altro aspetto della moderazione delle informazioni sugli spazi digitali affidata all’uso delle più sofisticate tecnologie di riconoscimento dei contenuti. Nell’ambito di questo capitolo si darà, dunque, atto degli enormi limiti di tali software di filtraggio nell’effettuare scelte complesse, alla cui stregua operare bilanciamenti tra diritti fondamentali contrapposti. A tal fine si guarderà ad uno degli accorgimenti principali posti nel diritto statunitense a presidio della libertà di espressione nel conflitto latente con la tutela dei diritti d’autore: l’istituto del *fair use*, la cui valutazione comporta apprezzamenti valutativi, tra i più difficili per lo stesso giudice, che non paiono interamente delegabili all’intelligenza artificiale.

Il terzo capitolo è, infine, dedicato alla disamina delle responsabilità degli intermediari della rete nello spazio giuridico europeo, in cui l’intero sistema sembra reggersi su una estrema fiducia nelle competenze dell’intermediario e nella sua capacità di determinare i confini della libertà di espressione sulla rete telematica pur dietro la minaccia della sanzione risarcitoria o della soggezione alla reazione compulsoria dell’ordinamento giuridico per violazione di misure inibitorie solo generiche che impongono agli intermediari obblighi di risultato. È al prestatore intermedio che è delegato il compito di operare i bilanciamenti più opportuni che ogni occasione particolare pretende, anche nel caso in cui la libertà di espressione vada soppesata con altri diritti fondamentali con essa concorrenti, variamente collocati all’interno del sistema senza regole di priorità. Nel corso del capitolo, si cercherà di mettere in evidenza come la direzione di marcia intrapresa dalla Corte europea di giustizia e dalla giurisprudenza degli Stati membri abbia solo anticipato una linea di tendenza ormai radicata anche negli orientamenti delle Istituzioni europee e come, però, l’estrema fragilità dei processi di moderazione dei contenuti ed i limiti delle valutazioni che gli intermediari possono compiere pongano in luce l’indesiderabilità di un approccio di questo genere: esso finisce, infatti, con il legittimare ogni azione intrapresa, all’interno di un circuito tutto privato, nel decidere nella più assoluta opacità quali informazioni il singolo potrà vedere e condividere e quali invece sottrarre definitivamente al dibattito pubblico.

Data la complessità della materia e considerati i diversi punti di partenza adottati nella regolamentazione dei contenuti sugli spazi digitali nei tre plessi normativi considerati, ogni capitolo sarà completato con alcune conclusioni volte a suggerire dei correttivi minimi da apprestare per tutelare i valori principali che una società dell’informazione davvero inclusiva dovrebbe proteggere nella regolamentazione delle potenzialità diffuse dei media interattivi: la libertà di espressione e la capacità di ciascun individuo di accedere ai dati, alle idee, alle conoscenze e di contribuire alla loro produzione.

La parte finale di questo studio sarà naturalmente dedicata alla enucleazione di un corpo di conclusioni tese a porre in evidenza, sulla base dei risultati raggiunti, come, almeno in punto di metodo, tra quelli esaminati vi sia un modello di strutturazione delle responsabilità degli intermediari che sembrerebbe prestarsi meglio degli altri ad offrire una soluzione accettabile alla complessità dei problemi posti dalla regolamentazione delle comunicazioni telematiche e come esso, se munito di alcuni essenziali aggiustamenti, paia perfettamente in linea con l'esigenza di premunirsi contro l'ipotesi di errori di valutazione dell'intermediario indotti dalla fragilità, dalla approssimazione e dalla inaffidabilità dei processi di moderazione dei contenuti affidati alle segnalazioni degli utenti o agli algoritmi.

## CAPITOLO I

# La responsabilità civile degli intermediari della rete nel Communications Decency Act del 1996 e l'elaborazione giurisprudenziale di una immunità totale

SOMMARIO: 1. Le garanzie previste dalla sezione 230 del *Communications Decency Act*. Una norma concepita in controtendenza rispetto ad una trama ordinamentale di segno contrario: le soluzioni oltranziste nel contrasto alla pornografia in Internet e la prima incerta giurisprudenza a tutela dei diritti reputazionali. L'edificazione della più lata delle regole di irresponsabilità degli intermediari. – 2. Le ricadute di carattere pratico di un regime di responsabilità incentrato sul «*simple fact of notice*» sulla libera circolazione delle informazioni negli spazi digitali e l'estensione del regime di irresponsabilità anche all'intermediario che abbia svolto un ruolo «attivo ed aggressivo» nel pubblicare contenuti altrui. – 3. I beneficiari della “*broad immunity*” di cui alla sezione 230 del *Communications Decency Act*: l'interpretazione ampia della nozione di “*publication*” e l'interpretazione restrittiva della nozione di “*development*” delle informazioni. – 4. Il consolidamento giurisprudenziale della immunità assoluta. Un automatismo legislativo ad applicazione indiscriminata non emendabile sul terreno dell'applicazione giudiziale concreta. – 5. La regolamentazione dei contenuti sugli spazi digitali affidata alla discrezionalità meramente soggettiva degli intermediari. Le attività di moderazione svincolate da ogni possibilità di controllo nel merito: tutto è permesso. – 6. Lo “statuto eccezionale” della libertà di espressione: il Primo Emendamento nell'attuazione giurisprudenziale. Il rifiuto di un paradigma di legittimità costituzionale incentrato su ponderazioni valoriali al servizio delle circostanze del caso concreto. – 7. Il Primo Emendamento e la regolamentazione pubblica della rete telematica nell'interpretazione della Corte Suprema Federale. Dal caso *Reno v. American Civil Liberties Union* al caso *Packingham v. North Carolina*. L'applicazione alle comunicazioni digitali dei più rigorosi standard di valutazione costituzionale posti a protezione della libertà di parola. La forza di Internet nel potenziamento dei valori democratici. – 8. La giustificazione valoriale sottesa all'adozione giurisprudenziale dell'immunità assoluta: il contenimento delle variabili che possono dar luogo alla sanzione risarcitoria attraverso l'elaborazione di una regola di prevalenza della libertà di espressione, sottratta ad ogni ponderazione con interessi o valori diversi. La competenza dell'intermediario a definire i confini della libertà di parola negli spazi digitali. – 9. I benefici dei processi di moderazione nella fruizione della rete ed i costi da mettere in preventivo. Un esempio paradigmatico: l'organizzazione delle informazioni

affidata alle reazioni degli internauti. – 10. Il grande limite del modello interpretativo adottato dalla giurisprudenza: l'inefficacia della immunità assoluta a promuovere la sua giustificazione di fondo. Lineamenti di una riforma possibile.

1. Le garanzie previste dalla sezione 230 del *Communications Decency Act*. Una norma concepita in controtendenza rispetto ad una trama ordinamentale di segno contrario: le soluzioni oltranziste nel contrasto alla pornografia in Internet e la prima incerta giurisprudenza a tutela dei diritti reputazionali. L'edificazione della più lata delle regole di irresponsabilità degli intermediari

Nell'ambito di una più vasta riforma del settore delle telecomunicazioni, approvata con il *Communications Decency Act* del 1996<sup>1</sup>, il legislatore federale statunitense ha articolato – alla sezione 230 (c), rubricata “*Protection for “Good Samaritan” blocking and screening of offensive material*” – una tutela per gli intermediari della rete che ruota intorno a due poli fondamentali: innanzitutto, con la sub-sezione 230 (c)(1), rubricata “*Treatment of publisher or speaker*”, si è stabilito che «tanto il provider quanto l'utente di un servizio informatico interattivo non verranno considerati *publisher* o *speaker* di qualsivoglia informazione fornita da un *information content provider*<sup>2</sup>». Con la sezione 230 (c)(2), rubricata “*Civil liability*”, si è esteso, inoltre, il regime di favore, di cui alla prima parte della norma, anche a quei prestatori intermedi che operino una cernita dei contenuti multimediali diffusi sugli spazi digitali. In essa si chiarì, infatti, che «tanto il provider quanto il soggetto che utilizza un servizio informatico interattivo non saranno considerati responsabili per (A) qualsivoglia azione, adottata volontariamente ed in buona fede, diretta a rendere inaccessibili o non disponibili quei contenuti che essi abbiano reputato essere osceni, volgari, lascivi, indecenti, eccessivamente violenti, vessatori, o altrimenti discutibili, siano o meno questi contenuti protetti costituzionalmente; (B) qualsivoglia azione adottata al fine di consentire o di rendere disponibile ai fornitori di contenuti o a terzi i mezzi tecnologici diretti a restringere l'accesso ai contenuti descritti nella lettera (A)<sup>3</sup>».

---

<sup>1</sup> Denominazione attribuita al Titolo V del *Telecommunication Act* dello stesso anno che ha inserito una nuova sezione 230 al *Communications Act* del 1934 (47 U.S.C. 230).

<sup>2</sup> 47 U.S.C. § 230 (c)(1): «*No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider*».

<sup>3</sup> 47 U.S.C. § 230 (c)(2): «*No provider or user of an interactive computer service shall be held liable on account of (A) any action voluntarily taken in good faith to restrict access to or availa-*

Il significato complessivo sottostante a questa norma, di particolare favore per gli intermediari della rete telematica, si può ricavare dai termini del dibattito ordinamentale sulle comunicazioni negli spazi digitali in atto negli anni '90 del secolo scorso<sup>4</sup>. Un'analisi dell'*iter* parlamentare che ha condotto all'approvazione di quella che è stata definita come «la legge più importante tra le norme poste a protezione della libertà di espressione in Internet<sup>5</sup>» ed allo stesso tempo come la «legislazione più influente per l'innovazione in rete<sup>6</sup>», ma anche come «una vera e propria Magna Carta dell'impunità d'impresa<sup>7</sup>» ci consegna, infatti, un risultato inaspettato: lo scudo protettivo previsto dalla sezione 230 CDA a favore degli operatori dell'infrastruttura della rete fa parte non tanto di un più ampio progetto normativo volto ad assicurare maggiori tutele alla libertà di espressione in ambiente digitale, quanto piuttosto, almeno nelle intenzioni originarie, di una trama ordinamentale di segno contrario<sup>8</sup>.

Il processo legislativo che ha portato all'approvazione della sezione 230 CDA ebbe, infatti, inizio nel 1994 con l'obiettivo di evitare che Internet si tra-

---

*bility of material that the provider or user considers to be obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable, whether or not such material is constitutionally protected; or (B) any action taken to enable or make available to information content providers or others the technical means to restrict access to material described in paragraph (A)».*

<sup>4</sup>In generale, sul contesto in cui venne approvata la legislazione del 1996, cfr. J.A. Sekulow, J.M. Henderson, *Unsafe at any [Modem] Speed: Indecent Communications Via Computer and the Communications Decency Act of 1996*, 1 J. Tech. L. & Pol'y, 1996, 1 ss.; M.A. Hamilton, M. Godwin, R.A. Kurnit, N. Strossen, B. Bennett Woodhouse, *Regulating the Internet: Should Pornography Get a Free Ride on the Information Superhighway?*, 14 Cardozo Arts & Ent. L.J., 1996, 343; S. Freiward, *Comparative Institutional Analysis in Cyberspace: The Case of Intermediary Liability for Defamation*, 14 Harv. J.L. & Tech, 2001, 569, specialmente 588 ss.; A. Ciolli, *Chilling Effects: The Communications Decency Act and the Online Marketplace of Ideas*, 63 U. Miami. L. Rev. 137, 2008, 146 ss.; A.P. Bolson, *Flawed but Fixable: Section 230 of the Communications Decency Act at 20*, 42 Rutgers Computer & Tech. L.J., 2016, 1 ss.; O. Sylvain, *Intermediary Design Duties*, 50 Conn. L. Rev., 2018, 237 ss.

<sup>5</sup>A. Kamdar, *CDA 230: The Most Important Law Protecting Internet Speech*, in Electronic Frontier Found., 2012, <https://www.eff.org/issues/cda230>; M. Ammori, *The "New" New York Times: Free Speech Lawyering in the age of Google and Twitter*, 127 Harv. L. Rev., 2014, 2290.

<sup>6</sup>E. Goldman, *Online User Account Termination and 47 U.S.C. § 230 (c)(2)*, 2 U.C. Irvine L. Rev., 2012, 659, 67; in tal senso, cfr. anche C. Zara, *The Most Important Law in Tech Has a Problem*, <https://www.wired.com/2017/01/the-most-important-law-in-tech-has-a-problem/>; J. Kosseff, *The Gradual Erosion of the Law that Shaped the Internet: Section 230's Evolution over Two Decades*, 18 Colum. Sci. & Tech. L. Rev., 2016, 1; W.H. Freivogel, *Does the Communications Decency Act Foster Indecency?*, 16 Comm. L. & Pol'y, 2011, 39.

<sup>7</sup>F. Pasquale, *Platform Neutrality: Enhancing Freedom of Expression in Spheres of Private Power*, 17 Theoretical Inquiries L., 2016, 494.

<sup>8</sup>Sul punto, cfr. D.K. Citron, B. Wittes, *The Internet Will Not Break: Denying Bad Samaritans «Sect» 230 Immunity*, 86 Fordham L. Rev., 2017, 401 e specialmente 403.

sformasse da campione dell'informazione a vettore di sola pornografia<sup>9</sup>. In particolare, al fine di proteggere il benessere psico-fisico dei minori, furono inserite all'interno dell'ambiziosa riforma del settore delle telecomunicazioni varata nel 1996 due norme penali incriminatrici, volte a sanzionare l'atto di pubblicare su Internet contenuti "indecenti" e "palesamente offensivi" diretti ai minori. Ridotta ai suoi minimi termini, l'idea del legislatore era quella di pervenire ad una sorta di «zonizzazione»<sup>10</sup> degli spazi digitali, per far sì che i minori non fossero esposti al rischio accidentale di imbattersi in contenuti nocivi al loro sereno sviluppo fisico e mentale, e di creare, dunque, delle aree ad accesso riservato per i soli adulti.

È in tale cornice che, in chiave limitatrice del progetto regolatore della libertà di espressione, fu proposta come emendamento quella che sarebbe divenuta la sezione 230 CDA.

Anche un esame del contesto giurisprudenziale in cui si inserisce la riforma statutaria del 1996 dà conto di un ambiente decisionale incerto e forse ostile verso gli intermediari della rete che – ove non si fosse impressa una inversione di marcia – avrebbe potuto avere l'effetto di inibire il potenziale comunicativo di Internet.

La norma vide, infatti, la luce anche (se non soprattutto) in chiave correttiva della giurisprudenza chiamata a confrontarsi – in assenza di una normativa dedicata – con i conflitti interindividuali sorti dall'uso delle infrastrutture digitali, i cui esiti altalenanti furono vissuti come l'ennesimo campanello d'allarme di un disegno ordinamentale più vasto e profondo che rischiava di minacciare la crescita del «più partecipativo mercato delle comunicazioni di massa che il mondo [avesse] mai conosciuto<sup>11</sup>».

La stessa formulazione letterale delle garanzie previste dalla sezione 230 CDA, di cui poco sopra, fu infatti fortemente influenzata dagli esiti ondivaghi della primissima giurisprudenza che si trovò a dover applicare alle fattispecie sottoposte al suo vaglio i principi del *law of defamation*.

Ci si riferisce alle sentenze rese nei casi *Cubby v. CompuServe*<sup>12</sup> e *Stratton v. Prodigy*<sup>13</sup>, in cui le Corti statunitensi furono poste dinnanzi al quesito circa la possibilità di applicare agli illeciti diffamatori consumatisi in rete i principi

<sup>9</sup> Timori ben rappresentati in sede di lavori parlamentari: cfr. 141 Cong. Rec. H8460.

<sup>10</sup> A. Cucinotta, «*Communications Decency Act*» per indecenza ciberspazio, in *Foro it.*, IV, 1998, 23 ss.

<sup>11</sup> Cfr. in questi termini l'opinione del giudice Dalzell nella sentenza resa il 12 giugno 1996 nel caso *American Civil Liberties Union v. Reno* dalla U.S. District Court for the Eastern District of Pennsylvania, consultabile nella traduzione in italiano, in *Riv. dir. ind.*, 1997, II, 228, con nota di A. Cucinotta e in *Dir. inf.*, 1996, 604, con nota di V. Zeno Zencovich.

<sup>12</sup> *Cubby v. CompuServe*, 776 F. Supp. 135 (S.D.N.Y. 1992).

<sup>13</sup> *Stratton v. Prodigy*, 1995 WL 323710 (N.Y. Sup.).

di diritto comune riguardanti i classici mezzi di comunicazione, ovvero circa la necessità di mettere a punto un vero e proprio circuito separato di regole che si attagliasse alle peculiarità delle comunicazioni dell'era digitale<sup>14</sup>.

La prima strada apparve più rassicurante, benché si ponesse il problema di inquadrare, all'interno della tradizionale tassonomia elaborata dal *common law* in relazione al *tort* di *defamation*, il comportamento dell'operatore dell'infrastruttura della rete che avesse causalmente facilitato l'illecito altrui. Si sarebbe, quindi, dovuto decidere, sulla base di coordinate storicamente collaudate, come qualificare il comportamento (attivo o omissivo) del convenuto che non fosse l'autore diretto delle dichiarazioni diffamatorie. Triplice era la classificazione offerta dal *law of defamation*: l'intermediario avrebbe potuto rivestire i panni del *publisher*, del *distributor* o del semplice *common carrier*. L'esatto incasellamento della sua condotta all'interno di una delle tre categorie sarebbe stata operazione delicatissima dal punto di vista della reazione risarcitoria, giacché ad ognuna di esse è ricollegato un diverso regime giuridico, ponderato sull'effettivo grado di partecipazione al fatto illecito altrui. A tale stregua, infatti, il *common carrier* (il cui esempio paradigmatico è dato dalle compagnie telefoniche<sup>15</sup>), non essendo in grado di esercitare alcun tipo di controllo, non è chiamato a rispondere civilmente delle informazioni trasmesse: il suo ruolo è quello di un *passive* o *mere conduit*. Il *distributor* (il cui esempio paradigmatico è dato dalle biblioteche, dalle librerie e dalle edicole) è tenuto a rispondere dei danni cagionati a terzi sulla base del "*knowledge standard*": è necessario, cioè, che egli sia a conoscenza – o che avrebbe dovuto esserlo in base ad un parametro di ragionevolezza – della natura diffamatoria delle opere divulgate<sup>16</sup>. Infine, il *publisher* (il cui esempio paradigmatico è dato da una testata

---

<sup>14</sup>Una alternativa, quest'ultima, che fa capo all'idea che alle comunicazioni sugli spazi digitali andrebbero applicati principi tutti nuovi, adattati alle peculiari caratteristiche tecniche e diffusive delle comunicazioni sulla rete telematica: si parla in proposito di "*Internet exceptionalism*". Sul punto, cfr. D.R. Johnson, D. Post, *Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace*, 48 Stan. L. Rev. 1996, 1367, soprattutto 1387 ss.; M. Tushnet, *Internet Exceptionalism: An Overview from General Constitutional Law*, 56 Wm. & Mary L. Rev. 1637 (2015); E. Goldman, *The Third Wave of Internet Exceptionalism*, 2009, in <http://www.informit.com/articles/article.aspx?p=1325266>.

<sup>15</sup>L'esempio più calzante è oggi, nell'ambito delle comunicazioni telematiche, quello di un prestatore di servizi di connessione alla rete. Cfr. sul punto S. Crawford, *First Amendment Common Sense*, 127 Harv. L. Rev., 2014, 2345.

<sup>16</sup>Che il regime giuridico previsto per il distributore si debba rifare al "*knowledge standard*" è confermato anche dal punto di vista costituzionale. Quella del *distributor* è, infatti, la tipica ipotesi in cui si possono porre problemi di censura indiretta o collaterale: nel perseguire civilmente o penalmente il *distributor* si fornisce, infatti, un incentivo a che questo soggetto renda disponibili le sole opere che abbia prima accuratamente ispezionato. Sulla base di questi principi, in *Smith v. California*, 361 U.S. 147 (1959), è stata ritenuta costituzionalmente illegittima, per contrasto con il Primo Emendamento, un'ordinanza locale in base alla quale non solo l'editore, ma anche

giornalistica) è quel soggetto che esercita un controllo editoriale e che è, dunque, destinatario del più rigoroso regime di “*strict liability*”<sup>17</sup>.

Sulla base di questo armamentario concettuale si pervenne in giurisprudenza ad esiti mutevoli.

Per prima fu la Corte distrettuale di New York nel caso *Cubby v. CompuServe* a pronunciarsi sulla responsabilità dell’intermediario. Chiamata a decidere quale regime giuridico applicare con riguardo alle affermazioni lesive della reputazione della ricorrente (*Cubby Inc*) apparse in una *daily newsletter* curata da un terzo ed offerta ai propri clienti, all’interno di un più ampio pacchetto di contenuti informativi, dall’intermediario *CompuServe*, la Corte incentrò il fuoco dell’attenzione sul Primo Emendamento<sup>18</sup> e, in particolare, sul quesito circa il titolo di responsabilità più appropriato alla cui stregua valutare il ruolo, facilitatore dell’illecito altrui, di quanti (come *CompuServe*) si fossero trovati «in prima linea nella rivoluzione dell’industria dell’informazione<sup>19</sup>».

Su questo fronte, solo il “*knowledge standard*” alla base del regime di responsabilità del *distributor* fu ritenuto compatibile con la norma costituzionale. L’interesse dei giudici newyorkesi fu, infatti, attratto, già in questa prima pronuncia, dalla velocità, dalla immediatezza e dalla economicità assicurata dal nuovo strumento di comunicazione nella fruizione delle informazioni e, dunque, dalla esigenza di non frapporre ostacoli a tali attributi inediti<sup>20</sup>. La preoccupazione che l’adozione di regole risarcitorie oggettive potesse avere

---

il libraio che avesse messo in vendita un’opera oscena, senza la benché minima contezza di tale attributo, sarebbe stato chiamato a rispondere penalmente della sua diffusione.

<sup>17</sup> Il *publisher* della carta stampata, allo stesso tempo, però, gode, dal punto di vista costituzionale, delle più ampie garanzie di scelta della propria linea politico-editoriale: in *Miami Herald v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974), ad esempio, la Corte Suprema Federale ha negato la legittimità costituzionale di una legge che attribuiva un diritto di replica a quanti fossero stati criticati sulle colonne di un quotidiano. Secondo la prospettiva adottata, un giornale è molto di più di un ricettacolo passivo di notizie, commenti e pubblicità: le preferenze sui contenuti da pubblicare, le decisioni circa dimensioni e stile degli articoli, l’enfasi nella trattazione delle questioni di interesse generale, le critiche indirizzate ai funzionari pubblici costituiscono appannaggio esclusivo di scelte editoriali. Regimi differenti sono previsti per gli altri media di diffusione, come nel caso del sistema di trasmissione radio-televisivo assoggettato ad una regolamentazione pubblica storicamente pervasiva (con riferimento alle emittenti radiofoniche, cfr. *Red Lion Broad. Co. v. FCC*, 395 U.S. 367 (1967); relativamente alle emittenti televisive, cfr., invece, *Turner Broadcasting v. Federal Communications Commission (II)*, 520 U.S. 180 (1997)).

<sup>18</sup> Il Primo Emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti d’America, nella parte che qui rileva, stabilisce che «il Congresso non potrà fare alcuna legge che [...] limiti la libertà di parola o di stampa».

<sup>19</sup> *Cubby v. CompuServe*, 776 F. Supp. 135 (S.D.N.Y. 1992).

<sup>20</sup> Si legge, infatti, in sentenza che «è ora possibile che un individuo munito di un *personal computer*, di un *modem* e di una linea telefonica abbia accesso istantaneo a migliaia di informazioni provenienti dalle parti più disparate del mondo».

l'effetto di inibire il libero fluire delle informazioni fu, pertanto, elevata dalla Corte Distrettuale al rango di stella polare che ne orientò l'argomentare: come sul tradizionale *distributor* non ricade un dovere generale di controllo circa la liceità delle informazioni contenute nei periodici distribuiti, così gli stessi principi avrebbero dovuto trovare applicazione nei confronti di chi avesse avuto la possibilità di decidere di astenersi dal veicolare i contenuti informativi di terzi o, al contrario, (come in effetti avvenuto nel caso affrontato), di dare corso alla loro pubblicazione. *CompuServe*, infatti, non avrebbe potuto esercitare, rispetto alle informazioni diffuse, un controllo maggiore di quanto ne avrebbe esercitato una biblioteca pubblica, una libreria o un'edicola<sup>21</sup>.

Il registro argomentativo assunse, tuttavia, una piega diversa in *Stratton v. Prodigy*, con cui la Supreme Court di New York, nell'applicare la stessa griglia concettuale presa a prestito dal *law of defamation* e nell'addivenire ad esiti opposti rispetto a quanto deciso in *Cubby v. CompuServe*, pose le condizioni per il successivo intervento legislativo. La Corte operò, infatti, un *distinguishing*<sup>22</sup> sulla base di due elementi del nuovo caso: l'intermediario convenuto<sup>23</sup> si era, infatti, ripromesso di offrire un'informazione di qualità ed aveva apertamente dichiarato di effettuare una supervisione editoriale dei contenuti degli utenti servendosi di controlli manuali e di appositi programmi di verifiche automatizzate.

Sul filo di questa distinzione, il fuoco dell'attenzione fu posto sulle scelte censorie attuate dall'intermediario. Adoperando attivamente risorse umane e tecnologiche al fine di depurare i bollettini digitali da contenuti incapaci di esprimere un contributo informativo, trovò corso l'idea che il prestatore intermedio avesse compiuto delle chiare decisioni concernenti i contenuti ammissibili sulla propria piattaforma: la decisione di «monitorare continuamente le trasmissioni in entrata<sup>24</sup>», di attuarla nei fatti e di «impiegare tempo ed energie nel censurare<sup>25</sup>» fu

---

<sup>21</sup> In altri termini, al pari di qualunque altro distributore, non sarebbe stato possibile chiedere all'intermediario di esaminare preventivamente ogni singolo contenuto apparso sulla propria bacheca. Applicando tali principi al caso di specie e, dunque, al contesto fattuale di una industria dell'informazione in rapida trasformazione, la Corte osservò conclusivamente come un *database* computerizzato non fosse altro che l'equivalente funzionale di un tradizionale *distributor* e come l'applicazione di standard di responsabilità più severi avrebbe imposto «degli oneri inammissibili sui valori tutelati dal Primo Emendamento»: cfr. *Cubby v. CompuServe*, cit., specialmente 140.

<sup>22</sup> Sulle tecniche di interpretazione restrittiva della *ratio decidendi* e, in particolare, sul procedimento del *distinguishing* cfr. G. Criscuoli, M. Serio, *Nuova introduzione allo studio del diritto inglese*, in *Le Fonti*, Milano, 2016, 281 ss.

<sup>23</sup> Una delle bacheche di informazioni più grandi e diffuse negli Stati Uniti (*Prodigy*), in cui apparvero alcuni messaggi anonimi lesivi della reputazione di una società di brokeraggio finanziario.

<sup>24</sup> *Stratton v. Prodigy*, cit.

<sup>25</sup> *Stratton v. Prodigy*, cit.