Quaderni di Diritto Mercato Tecnologia

Direttore Scientifico
Alberto Maria Gambino

COMITATO SCIENTIFICO

Guido Alpa
Vincenzo Di Cataldo
Giusella Finocchiaro
Giorgio Floridia
Gianpiero Gamaleri
Alberto M. Gambino
Gustavo Ghidini
Andrea Guaccero
Mario Libertini
Francesco Macario
Roberto Mastroianni
Giorgio Meo
Cesare Mirabelli
Enrico Moscati
Alberto Musso
Luca Nivarra
Gustavo Olivieri
Cristoforo Osti
Roberto Pardolesi
Giuliana Scognamiglio
Giuseppe Sena
Salvatore Sica
Vincenzo Zeno-Zencovich
Andrea Zoppini

Rivista Scientifica

ISSN (Online edition): 2239-7442

QUADERNI DI

diritto mercato tecnologia

Numero 1
Anno V
Gennaio/Marzo 2015

CON CONTRIBUTI DI:

Alberto Maria Gambino, Davide Borelli Casiere,
Caterina Del Federico, Francesco Saverio Martucci di Scarfizzi,
Marianna Orlandi, Rosaria Petti, Vincenzo Zeno-Zencovich

SOMMARIO

Mercato, concorrenza e regolazione

La startup innovativa
di Davide Borelli Casiere
p. 7

Pratiche commerciali e tutela dei consumatori

I contratti di accesso ad Internet
di Alberto Maria Gambino
p. 14

L'istituto della negoziazione assistita nel quadro delle "alternative dispute resolution": profili di interconnessione con il procedimento di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori innanzi all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni
di Francesco Saverio Martucci di Scarfizzi
p. 21

Diritti della persona e responsabilità in rete

"Miglior interesse del bambino" e "maternità surrogata": secondo Strasburgo, gli "illegittimi" genitori vanno risarciti. Sulla ragionevolezza del giudizio "Paradiso e Campanelli c. Italia", Corte europea dei Diritti dell'Uomo, 27.01.2015
di Marianna Orlandi
p. 37

La protezione dei dati personali e il caso Google Spain
di Rosaria Petti
p. 45

Osservatorio di Diritto Comparato

Intermediary liability. The "Achilles' heel" of the current legislation: the courts. A comparative analysis with the U.S, focusing on copyright infringement
di Caterina del Federico
p. 111

ISSN (Online edition): 2239-7442

Diverso Avviso

Le "rassegne stampa" telematiche nella recente legislazione spagnola e la sua (dubbia) compatibilità comunitaria
di Vincenzo Zeno-Zencovich
p. 139

COMITATO DI REFEREE

- Margarita Castilla Barea
- Emanuele Bilotti
- Fernando Bocchini
- Roberto Bocchini
- Francesco Di Ciommo
- Cesare Galli
- Fiona Macmillan
- Marco Maugeri
- Enrico Minervini
- Anna Papa
- Francesco Ricci
- Maria Pàz Garcia Rubio
- Cristina Schepisi
- Antonella Tartaglia Polcini
- Raffaele Trequattrini
- Daniela Valentino
- Filippo Vari
- Alessio Zaccaria

COMITATO DI REDAZIONE

- Davide Mula, Università Europea di Roma (Coordinatore del Comitato di Redazione)
- Martina Provenzano (Vice-coordinatore del Comitato di Redazione)

- Emanuela Arezzo, LUISS Guido Carli (Curatrice degli aggiornamenti dell´ordinamento giuridico degli Stati Uniti d'America)

- Alessio Baldi (Curatore degli aggiornamenti giurisprudenziali del Tribunale di Firenze)
- Enrico Bonadio (Curatore degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico del Regno Unito)
- Linda Briceño Moraia, Università degli Studi di Pavia (Curatrice degli aggiornamenti dell´ordinamento giuridico della Spagna)
- Mattia dè Grassi di Pianura, CERNA, Mines ParisTech (Curatore degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico della Francia)
- Maximiliano Marzetti, Universidad Católica Argentina Santa Maria de los Buenos Aires (Curatore degli aggiornamenti dell'area geografica del Sud America)
- Tobias Malte Mueller, Università di Mainz (Curatore degli aggiornamenti dell´ordinamento giuridico della Germania)
- Valerio Mosca (Curatore degli aggiornamenti giurisprudenziali Tar Lazio e Consiglio di Stato in materia di diritto della concorrenza, pratiche commerciali scorrette, diritto e regolazione delle comunicazioni elettroniche)
- Gilberto Nava, Università della Tuscia di Viterbo (Curatore degli aggiornamenti giurisprudenziali Tar Lazio e Consiglio di Stato in materia di diritto della concorrenza, pratiche commerciali scorrette, diritto e regolazione delle comunicazioni elettroniche)
- Francesca Nicolini, Università degli studi di Roma Tor Vergata (Curatrice degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico comunitario)
- Maria Francesca Quattrone, Università LUISS Guido Carli (Curatrice degli aggiornamenti giurisprudenziali in materia di proprietà intellettuale)
- Federica Togo, Università di Firenze (Curatrice degli aggiornamenti dell´ordinamento giuridico della Germania)
- Sveva Bernardini, Università Europea di Roma
- Anna Chiara Calabrese, Università Europea di Roma
- Oreste Calliano, Università degli studi di Torino
- Virgilio D'Antonio, Università degli studi di Salerno
- Massimiliano Dona, Università Europea di Roma
- Philipp Fabbio, Università deli studi di Reggio Calabria
- Valeria Falce, Università Europea di Roma
- Marilena Filippelli, IMT Institute for Advanced Studies
- Francesco Graziadei, LUISS Guido Carli
- Monica La Pietra, Università Europea di Roma
- Elena Maggio, Università Europea di Roma
- Federico Mastrolilli, Università Europea di Roma
- Giuseppina Napoli, Università Europea di Roma
- Andrea Nuzzi, Università Europea di Roma
- Giovanni Nuzzi, Università Europea di Roma
- Maria Cecilia Paglietti, Università degli studi Roma Tre
- Eugenio Prosperetti, Università degli studi di Roma La Sapienza
- Ana Ramalho, Università di Amsterdam

- Andrea Renda, LUISS Guido Carli
- Annarita Ricci, Università degli studi di Bologna
- Giovanni Maria Riccio, Università degli studi di Salerno
- Eleonora Sbarbaro, LUISS Guido Carli
- Marco Scialdone, Università Europea di Roma
- Benedetta Sirgiovanni, Università degli studi di Roma Tor Vergata
- Giorgio Spedicato, Università degli studi di Bologna
- Claudia Stazi, Università degli studi Roma Tre

- Alessandra Taccone, Università Europea di Roma
- Francesco Vizzone, Università Europea di Roma

Collaboratori

- Roberto Alma
- Gianni Capuzzi
- Angelo Castaldo
- Giuseppe Cassano
- Iacopo Pietro Cimino
- Massimo Di Prima
- Lifang Dong
- Nicoletta Falcone
- Raffaele Giarda
- Lucio Lanucara
- Lucia Marchi
- Raffaele Marino
- Giuseppe Mastrantonio
- Marianna Moglia
- Valeria Panzironi
- Cinzia Pistolesi
- Augusto Preta
- Silvia Renzi
- Claudia Roggero
- Guido Scorza
- Paola Solito
- Ferdinando Tozzi

La startup innovativa

di
Davide Borelli Casiere

Recensione de Fregonara E., "La start up innovativa. Uno sguardo all'evoluzione del sistema societario e delle forme di finanziamento", Giuffrè, Milano, 2013, pp. 146.

Sommario: 1. Introduzione – 2. La fattispecie – 3. Evoluzione del sistema societario – 4. (segue) … e delle forme di finanziamento – 5. Start up innovative in forma di s.r.l. – 6. Conclusioni.

1. Introduzione.

L'opera monografica di Elena Fregonara offre al lettore un'attenta disamina delle novità legislative in ambito societario introdotte dal Legislatore con la nona sezione del d.l. n. 179/2012 recante *Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese* (cd. Decreto Crescita *bis*), rubricata – per l'appunto – *Misure per la nascita e lo sviluppo di start-up innovative* (artt. 25-32).
L'A. ripercorre i tratti salienti della normativa, offrendo all'occorrenza importanti spunti di riflessione. Riserva, inoltre, gran parte dei propri sforzi ermeneutici all'analisi delle interazioni tra le fattispecie introdotte e le comuni disposizioni di diritto societario, nonché all'esame delle nuove forme di finanziamento delle start up innovative (cfr. crowdfunding).
La dottrina giuridica italiana ha indirizzato gran parte dei propri sforzi scientifici allo studio della novella s.r.l. semplificata introdotta con il d.l. n. 1/2012 [1]. La Fregonara ha, pertanto, l'indubbio merito di affrontarne l'evoluzione [2], posto che l'introduzione della s.r.l. semplificata e della start up innovativa persegue il medesimo scopo, potendosi considerare la prima species della seconda.
Nel *Piano d'azione imprenditorialità* 2020, la Commissione Europea ha sostenuto la centralità della cultura imprenditoriale quale "possente volano della crescita economica e della creazione di posti di lavoro" [3]. Indirizzo, tra l'altro, condiviso dal legislatore italiano che con il recente Decreto Crescita *bis* persegue l'obiettivo di "favorire la crescita sostenibile, lo sviluppo tecnologico, la nuova imprenditorialità, l'occupazione in particolare giovanile […], intendendo contestualmente contribuire allo sviluppo di nuova cultura imprenditoriale, alla creazione di un contesto maggiormente favorevole all'innovazione così come a promuovere maggiore mobilità sociale" [4].
Con il d.l. n. 179/2012 ha ottenuto riconoscimento normativo la start up innovativa. Si tratta, tuttavia, solo di una delle tessere che compongono il mosaico normativo in materia di incentivo alla cultura imprenditoriale: perché questo è *ictu oculi* il fine ultimo perseguito dal legislatore europeo ed italiano. L'A. ha, infatti, il merito di fornire al lettore uno sguardo d'insieme (per quanto possibile) della materia non limitando la propria analisi ad un

singola ed isolata fattispecie, ma piuttosto disvelando possibili legami con istituti affini.
"Si assiste ad un fenomeno patologico, verrebbe da dire di "schizofrenia normativa" più che di "profonda agitazione" come scriveva Lorenzo Mossa" [5]: è così che l'A. descrive lo scenario normativo che il legislatore italiano concorre a delineare. La scelta del termine "concorrere" non è certo casuale: il fenomeno in esame ha, infatti, natura prettamente empirica. L'intervento normativo nasce proprio dall'analisi dalle best practice maturate oltreoceano.
Il sottotitolo dell'opera monografica mostra chiaramente gli snodi dell'itinerario analitico percorso dall'A.: "uno sguardo all'evoluzione del sistema societario e delle forme di finanziamento". Il fenomeno in esame genera problematiche eterogenee: da un lato quelle tradizionali ed attinenti al diritto societario e fallimentare [6]; dall'altro quelle innovative e connesse alla disciplina del settore finanziario [7].

2. La fattispecie.

Il primo capitolo offre al lettore un sommario – seppur, per certi versi, particolareggiato – quadro del fenomeno start up dal punto di vista sia economico che giuridico.
"Start up è il termine con cui si identifica, da circa un ventennio, una nuova iniziativa imprenditoriale e il periodo di avvio della stessa" [8]: nondimeno siffatta definizione appare lievemente riduttiva. La letteratura economica in materia, infatti, offre consistenti contributi utili alla più nitida definizione dei contorni della fattispecie [9]. Un'attenta analisi della genesi delle start up avrebbe (presumibilmente) fornito al lettore un *quid pluris* nella valutazione delle scelte politiche adottate dal legislatore italiano.
Assolutamente degna di nota è l'analisi comparatistica offerta dall'A. delle principali politiche economiche sostenute da paesi terzi per incentivare lo sviluppo e la crescita di nuove imprese. Dalla comparazione è agevole notare come gli interventi normativi in materia possano esser suddivisi in due categorie omogenee: da un lato quella relativa al diritto societario e dunque alla semplificazione della costituzione e dell'avvio d'impresa; dall'altro quella attinente al sistema fiscale e le agevolazioni nell'accesso ad investimenti e finanziamenti.
Sempre in questa prima parte dell'opera, Elena Fregonara fornisce al lettore un dettagliato quadro normativo della fattispecie discussa. Scorgendo il canovaccio realizzato dal legislatore italiano chiaramente si comprende il perché l'A. abbia in proposito parlato di schizofrenia normativa. Quattro interventi, prodotti in un limitato arco temporale hanno tracciato i labili confini normativi in materia: Decreto sulle Liberalizzazioni [10], Decreto Crescita [11], Decreto Crescita *bis* [12] e Decreto Lavoro [13].
Il capitolo termina poi con l'analisi sistematica dei requisiti che l'art. 25 del Decreto Crescita bis prescrive per l'ottenimento della qualifica di start up innovativa o di incubatore di start up innovative certificato. Analisi peraltro ripresa ed approfondita nel secondo capitolo [14] dedicato – appunto – al

dato normativo, ossia ai requisiti, al meccanismo di riconoscimento ed alle agevolazioni (artt. 25 e ss. d.l. n. 179/2012).

3. Evoluzione del sistema societario.

Il terzo capitolo dell'opera monografica è dedicato alle deroghe al diritto societario comune previste per le start up innovative dal Decreto Crescita *bis* (art. 26).
A tal proposito la Fregonara offre al lettore una duplice distinzione: vi sono, infatti, deroghe al diritto societario previste per le sole start up innovative in forma di s.r.l. ed altre, viceversa, rivolte a tutte le start up innovative prescindendo dalla forma societaria adottata; vi sono, inoltre, deroghe che l'A. definisce "facoltative" [15] che riguardano le sole start up innovative in forma di s.r.l. ed altre, invece, direttamente applicabili indipendentemente dal tipo societario prescelto.
Degne di nota sono le riflessioni di Elena Fregonara sulle deroghe previste dall'art. 26 del d.l. n. 179/2012 agli istituti della riduzione del capitale sociale per perdite ed al di sotto del limite legale. L'A. infatti, pur condividendone la *ratio*, ossia "consentire all'impresa start up innovativa di completare l'avvio e di rientrare fisiologicamente dalle perdite maturate nelle primissime fasi" [16], ritiene che le misure adottate producano un decremento di tutela proprio di quella categoria di soggetti che la normativa *de quo* mira ad attrarre, ovvero i finanziatori. A tal proposito l'A. propone di distinguere tra "una situazione temporanea di perdite fisiologiche [...] ed una invece caratterizzata da perdite strutturali" [17] in modo tale da applicare di volta in volta la regola che risulti maggiormente adeguata al caso concreto.
Il riferimento operato dalla Fregonara ai "fallimenti onesti senza frode da parte dell'imprenditore" [18] – concetto peraltro assolutamente innovativo per l'ordinamento italiano – è a parer di chi scrive indubbiamente apprezzabile. Ebbene, l'A. ricollega tale concetto alla scelta normativa operata dal legislatore italiano di sottrarre le start up innovative alle procedure concorsuali ordinarie, assoggettandole, per converso, alle procedure previste dal secondo capo (rubricato *Procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio*) della l. n. 3/2012, recante *Disposizioni in materia di usura, estorsione e crisi da sovraindebitamento* [19]. Secondo l'A. in questo modo "si vuole indurre l'imprenditore a prendere atto il prima possibile del fallimento del programma, posto a base dell'iniziativa.Sitratta[...]diintervenire anticipatamente sul dissesto dell'impresa per consentire all'imprenditore l'immediato fresh start" [20]. Il Legislatore, mediante rinvio, ha pertanto introdotto tra le norme disciplinanti questo nuovo fenomeno societario, le procedure concorsuali originariamente elaborate per il solo insolvente civile [21].
La Fregonara accoglie positivamente la novità legislativa introdotta; come ella stessa sottolinea, infatti, il procedimento di liquidazione previsto dalla l. n. 3/2012 "sembra rappresentare per l'imprenditore una "morte dolce ed indolore" senza le serie complicazioni e conseguenze del fallimento [...]. Il

sistema pare [...] costellato di deviazioni normative che, tuttavia, "centrano l'obiettivo" rendendo appetibile il ricorso allo strumento da parte dello startupper" [22].

4. (segue) … e delle forme di finanziamento.

Proseguendo con coerenza nell'analisi sistematica della nona sezione del d.l. n. 179/2012, l'A. consacra il quarto capitolo dell'opera al c.d. crowdfunding (art. 30), ossia ai "processi collaborativi di piccoli investitori non professionali che [...] si propongono di sostenere gli sforzi di persone ed organizzazioni dotate di un elevato potenziale creativo, ma prive dei fondi necessari alla realizzazione delle loro idee" [23]. Condivisibile è la riflessione di Elena Fregonara in merito all'effetto prodotto da tale strumento, ossia la democraticizzazione della finanza; effetto peraltro visibilmente ridotto da previsioni normative assolutamente inopportune. Infatti, l'art. 24, co. 2° del Reg. Consob 26.06.2013, n. 18592, dispone che "ai fini del perfezionamento dell'offerta sul portale, il gestore verifica che una quota almeno pari al 5% degli strumenti finanziari offerti sia stata sottoscritta da investitori professionali o da fondazioni bancarie o da incubatori di start up innovative previsto all'art. 25, co. 5° del d.l. n. 179/2012". Il rischio – sostiene l'A. – è che il crowdfunding si trasformi così in un business riservato alle banche, rientrando dunque a pieno titolo nei canali istituzionali di finanziamento.
Un'attentaanalisi della disciplina del crowdfunding, corredata da spunti critici senz'altro apprezzabili, dà dunque corpo al quarto capitolo dell'opera monografica. L'A. riesce a fornire uno sguardo d'insieme di un istituto che presenta una regolamentazione non sempre chiara e non sempre di facile integrazione con la disciplina preesistente. Ad uno sforzo normativo pregevole, purtroppo corrisponde un'arretratezza strutturale del Paese Italia ai nuovi strumenti che la tecnologia offre. Senz'altro notevoli appaiono, infine, le considerazioni poste a margine del capitolo. Secondo l'A. le disposizioni di cui all'art. 30 del d.l. n. 179/2012 (e conseguente Reg. Consob) rappresentano, in ogni caso, un importante traguardo, "il primo grande passo per sostenere la "rivoluzione del crowdfunding" che si accompagna all'evoluzione sociale della rete e dei social media. Tuttavia, il quadro complessivo resta in itinere e tutt'altro che definito".

5. Start up innovativa in forma di s.r.l.

L'ultimo capitolo della monografia di Elena Fregonara è dedicato alla start up innovativa in forma di s.r.l. La disomogenea normativa prodotta dal legislatore, infatti, pone delicati problemi di congiunzione con la comune disciplina di diritto societario. L'incertezza legislativa si riverbera negativamente non solo sull'interpretazione, ma soprattutto sull'applicazione della normativa *de quo*, penalizzando pertanto coloro che della stessa dovrebbero giovarsi, ossia i potenziali imprenditori.
Secondo l'A. con le disposizioni disciplinanti la start up innovativa, "il Legislatore ha legittimato, in nome forse di superiori interessi di politica-

economica, la possibilità per la s.r.l. di indossare, seppure temporaneamente, un abito che le concede di oltrepassare il confine rigidamente tracciato tra s.p.a. ed s.r.l." [24]. Sempre in tal senso l'A. fa saggiamente proprie le parole del Dolmetta riferendosi alla "destrutturazione del tipo" [25], fedele riproduzione dell'attuale panorama normativo in tema di s.r.l.
Dalla ricostruzione operata l'A. rileva come gli interventi normativi abbiano *de facto* prodotto una rarefazione della comune disciplina della s.r.l. [26].
Con riferimento alla facoltà accordata alle start up innovative in forma di s.r.l. di "creare categorie di quote fornite di diritti diversi e [...] liberamente determinare il contenuto delle varie categorie" [27] l'A. ravvisa un indizio utile alla definitiva esclusione della possibilità di creare categorie di quote nelle s.r.l. tradizionali: tale facoltà è introdotta da una norma dotata di natura eccezionale che, in quanto tale, potrà essere applicata esclusivamente nei casi dalla stessa previsti (*ubi lex voluit dixit, ubi lex noluit tacuit*).

6. Conclusioni.

L'opera monografica ivi recensita ha fuor d'ogni dubbio il merito di indagare un fenomeno giuridico assolutamente "innovativo", in una realtà forse ancora impreparata ad accogliere tanti e tali cambiamenti.
Emerge dal presente studio un'assoluta incapacità del legislatore italiano a vivere il futuro, con coerenza.
Stupisce, nondimeno, la quasi totale mancanza di riferimenti ad un particolare tipo di start up, l'impresa spin off [28], ed alle molteplici problematiche che la relazione tra le fattispecie potrebbe ingenerare.
Assolutamente degno di nota, infine, è il metodo adottato da Elena Fregonara nell'analisi del fenomeno, attenta non solo all'aspetto teorico, ma anche (e soprattutto) ai risvolti operativi della disciplina, risultando, pertanto, obbligato punto di partenza per future riflessioni in materia.

Note:

[*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.
[1] Ex multis si v. ATTANASIO F., S.r.l. semplificata: verso il superamento della nozione di capitale sociale?, in Soc., 2012, pp. 894-902; BARTOLACELLI A., "Novissime" modifiche alla disciplina della s.r.l.s.: saggio minimo di diritto transitorio, in Il nuovo diritto delle società, fasc. 16, 2013, pp. 7 ss.; BAUDINO A., La nuova società a responsabilità limitata semplificata. Prime riflessioni e spunti operativi, in Il nuovo diritto delle società, 2012, fasc. 12, pp. 21 ss.; BUSANI A., BUSI C. A., La s.r.l. semplificata (s.r.l.s.) e a capitale ridotto (s.r.l.c.r.), in Soc., 2012, pp. 1305 ss.; CAGNASSO O., La s.r.l.: un tipo societario "senza qualità"?, in Il nuovo diritto delle società, 2013, fasc. 5, p. 7; CIAN M., S.r.l., s.r.l. semplificata, s.r.l. a capitale ridotto. Una nuova geometria del sistema o un sistema disarticolato?, in Riv. soc., 2012, n. 6, p. 1101; FERRI JR., Prime osservazioni in tema di società a responsabilità

limitata semplificata e di società a responsabilità limitata a capitale ridotto, in notariato.it; RESCIGNO M., La società a responsabilità limitata a capitale ridotto e semplificata, in Le nuove leggi civili commentate, 2013, pp. 65 ss.; REVIGLIONO P., La società semplificata a responsabilità limitata, in BIONE M., GUIDOTTI R., PEDERZINI E. (a cura di), La nuova società a responsabilità limitata, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, diretto da GALGANO F., CEDAM, Padova, 2012, pp. 637 ss.; REVIGLIONO P., La società semplificata a responsabilità limitata: un "buco nero" nel sistema delle società di capitali, in Il nuovo diritto delle società, 2012, pp. 7 ss.; SPIOTTA M., S.r.l. unilaterale "semplificata" o a "capitale ridotto": problemi e prospettive, in Il nuovo diritto delle società, 2012, fasc. 18, p. 54 ss.

[2] Si segnalano, nondimeno, numerosi contributi anche in tema di crowdfunding. Tra gli altri si v. BOLLETTINARI A., Il crowdfunding: la raccolta del capitale tramite piattaforme on-line nella prassi e nella recente legislazione, in Il Nuovo Diritto delle Societa , 2013, n. 2, pp. 12 ss.; FERRARINI G., I costi dell'informazione societaria per le PMI: mercati alternativi, "crowdfunding" e mercati privati, in Analisi Giuridica dell'Economia, 2013, p. 217; LERRO A., Equity crowdfunding: il regolamento in Gazzetta Ufficiale, su altalex.it; PINTO M., L'equity based crowdfunding in Italia al di fuori delle fattispecie regolate dal "Decreto Crescita", in Soc., 2013, n. 7, pp. 819-832.

[3] Si v. il Piano d'azione imprenditorialità 2020, p. 3, in eur-lex.europa.eu.

[4] Cfr. art. 25, co. 1°, d.l. 18.10.2012, n. 179 (c.d. Decreto Crescita bis) convertito con l. 17.12.2012, n. 221.

[5] Il passo è tratto da FREGONARA E., op. cit., p. X. L'A. a sua volta riporta un concetto espresso in MOSSA L., Società a responsabilità limitata, in Trattato del nuovo diritto commerciale, III, CEDAM, Padova, 1953, pp. 85 e 86.

[6] Il riferimento è alle società a responsabilità limitata, cui è in particolar modo destinata la disciplina prevista dall'art. 25 del Decreto Crescita bis. 7 Il d.l. n. 179/2012, e per delega la Consob con proprio Reg. 26.06.2013, n. 18592, disciplinano il c.d. crowdfunding, ovvero uno strumento volto ad incentivare il finanziamento delle start up innovative.

[8] FREGONARA E., op. cit., p. 2.

[9] Molti autori hanno proposto una definizione di start up: "con il termine start up ci si riferisce all'intervento ed al periodo di avvio di un'impresa che si lancia per la prima volta sul mercato, ma può anche collegarsi a quello di un'impresa già esistente che viene acquistata e che per questo richiede un vero e proprio avviamento" (FOGLIO A., Start up. La guida completa per chi vuole mettersi in proprio e creare da zero un'impresa di successo, FrancoAngeli, Milano, 2010, pp. 51-52); "a start up is an organization formed to search for a repeatable and scalable business model" (BLANK S., What's a start up? First principles, 2010, in steveblank.com); "a start up is a company designed to grow fast. Being newly founded does not in itself make a company a start up. Nor is it necessary for a startup to work on technology, or take venture funding, or have some sort of "exit". The only essential thing is growth. Everything else we associate with start up follows from growth"

(GRAHAM P., Want to start a startup?, 2012, in paulgraham.com); "Start- up. Fase iniziale della vita dell'impresa. Normalmente dura un esercizio e raccoglie le attività di emergenza per raddrizzare il timone di un programma di investimento Viene seguita dalla fase di development (sviluppo)" (FAVA C. F., Start-up. Manuale per giovani imprenditori nell'era della globalizzazione, 3a ed., Egea, Milano, 2010, p. 313).
[10] D.l. 24.01.2012, n. 1, convertito in l. 24.03.2012, n. 27 che disciplina la società a responsabilità limitata semplificata (art. 2463 bis c.c.).
[11] D.l. 22.06.2012, n. 83, convertito in l. 07.08.2012, n. 134 il cui art. 44 disciplina la società a responsabilità limitata a capitale ridotto.
[12] D.l. 18.09.2012, n. 179, convertito in l. 17.12.2012, n. 221 che ha regolamentato le start up innovative.
[13] D.l. 28.06.2013, n. 76, convertito in l. 09.08.2013, n. 99 che è intervenuto sia sui precedenti decreti che sulla s.r.l. ordinaria.
[14] FREGONARA E., op. cit., pp. 29-52.
[15] FREGONARA E., op. cit., pp. 53-54.
[16] Passo tratto dalla relazione introduttiva al d.l. n. 179/2012.
[17] FREGONARA E., op. cit., p. 57.
[18] Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni nell'ambito del Piano d'azione imprenditorialità 2020, in eur-lex.europa.eu.
[19] Cfr. l. 27.01.2012, n. 3, come modificata dal d.l. n. 179/2012.
[20] FREGONARA E., op. cit., p. 63.
[21] Per porre rimedio alle situazioni di sovraindebitamento la l. n. 3/2012 appronta due distinti strumenti: da un lato, l'accordo di ristrutturazione dei debiti e di soddisfazione dei crediti, dall'altro, la liquidazione del patrimonio.
[22] FREGONARA E., op. cit., pp. 69-70.
[23] FREGONARA E., op. cit., p. 89.
[24] FREGONARA E., op. cit., p. 135.
[25] DOLMETTA A. A., Sul "tipo" S.r.l., in s.r.l. commentario, dedicato a PORTALE G. B., Giuffrè, Milano, 2011, p. 23.
[26] L'articolato quadro normativo che emerge può essere schematicamente riassunto come segue: i. S.r.l. ordinaria; ii. S.r.l. ordinaria con capitale ridotto; iii. S.r.l. semplificata con statuto standard; iv. S.r.l. con statuto rielaborato; v. S.r.l. a capitale ridotto, riqualificate ex officio come semplificate; vi. Start up innovativa in forma di s.r.l., ordinaria o modificata (oltre i confini del tipo, ovvero con variazioni compatibili con il tipo); vii. S.r.l. ex start up innovativa.
[27] Cfr. art. 26, co. 1° del d.l. n. 179/2012.
[28] Per un'attenta disamina del fenomeno si v. BARONCELLI A., CHIESA V., PICCALUGA A., Dall'accademia all'impresa. Uno studio delle imprese spin-off della ricerca in Italia, in BARONCELLI A. (a cura di), Percorsi imprenditoriali generati dall'Università. Il fenomeno spin-off accademici, Clueb, Bologna, 2001, p. 52 ss.; nonché SPINOZZI M., Lo spin-off "da ricerca": profili istituzionali e costituzionale dell'Università che si fa impresa, 2013, pp. 1-2, in www.ildirittodegliaffari.it.

I contratti di accesso ad Internet

di
Alberto Maria Gambino

1. Nell'architettura di queste iniziative noto una coerenza che parte dal sistema dei saperi: le libertà fondamentali, i diritti di natura pubblicistica, la proprietà intellettuale che si trova in via mediana nella vicenda che coinvolge il sottoscritto, ovvero quella che attiene al diritto civile, al contratto. Da questo punto di vista, il fatto che siamo all'interno di una sessione che coinvolge le situazioni patrimoniali in Internet mi consente di seguire l'itinerario giuridico consueto quando si parla di contratti di accesso. Itinerario giuridico consueto ma che è particolarmente rigido; questo lo indico subito come chiave di lettura del mio intervento. Cioè lo schema giuridico relativo al tema dell'accesso negoziale ad Internet, col quale la dottrina si è confrontata, ha come riferimento una serie di dati di fatto che in questi ultimi anni, forse questi ultimi mesi, si sono evoluti a tal punto che possono rimettere in discussione anche le ricostruzioni dottrinali, pur esemplari dal punto di vista del metodo e della logica giuridica. Il contratto d'accesso ad Internet è stato sempre inteso come contratto di connettività, a dire un contratto che ha come oggetto la potenzialità tecnologica di un elaboratore elettronico di connettersi con la rete [1]. Questa caratteristica, nelle prime tipologie contrattuali, era un po' un tutt'uno con quel contratto con cui si acquistava l'hardware, il programma applicativo e il diritto (effetto di contratto, dunque di natura non pubblicistica) di accedere alla rete. Hardware in grado di connettersi e hardware non in grado di connettersi [2].

2. Oggi la situazione è cambiata. Gli hardware, a cominciare dai nostri smartphone, hanno in sé una duplice possibilità: quella di avere costantemente attivata la connessione ad internet, si pensi alla tecnologia del 3G, oppure di possedere una potenzialità di connessione, che tuttavia si attiverà di volta in volta solo attraverso specifici accordi con gli Internet Service Provider (ISP): si pensi alla tecnologia wifi. Seguendo l'itinerario rigido della dottrina, già a questo livello si rende problematica l'equazione che ha contraddistinto gli studi in materia: contratto di accesso ad internet, i.e. contratto di connettività, dunque contratto che ha come oggetto la prestazione di servizi di carattere duraturo a tempo determinato o indeterminato secondo un modulo continuativo periodico. Questo schema nella declinazione dell'hardware auto-connettivo ancora funziona, ma nell'hardware che definirei etero-connettivo, dove il contratto di accesso al sito è distinto e successivo al contratto di abbonamento, ci troviamo certamente davanti a due rapporti negoziali: uno di connettività potenziale – l'apparecchio è stato attivato ed è idoneo a navigare ma non naviga; il secondo è relativo a quello che chiamiamo contratto di abbonamento alla

rete internet dove la connettività diventa davvero effettiva. Tale vicenda giuridica si staglia in due scenari negoziali distinti.

3. Ma cos'è quest'accesso? L'accesso a che cosa? Se non esistesse Google o se domani Google decidesse di proporre a pagamento l'utilizzo del proprio motore di ricerca, potremmo dire che con la connessione abbiamo realizzato l'accesso alla rete internet? E se lo facessero tutti i motori di ricerca? Saremmo obbligati a stipulare un altro specifico contratto per l'accesso alla rete; accesso non chiave tecnica, sostanziale sì. Perché l'oggetto di questa connessione sono informazioni, dati, risorse cha danno reale contenuto al contratto di accesso alla rete. Lascio aperta questa prospettiva ma quando gli studiosi di diritto si sono affacciati sul tema, non esisteva Google; anzi i primi motori di ricerca erano altri. Esistevano addirittura veri e propri elenchi cartacei con gli indirizzi dei siti Internet. Poi all'improvviso, invasivi e pervasivi, i motori di ricerca hanno mostrato tutta la loro utilità, offrendo oggettivamente possibilità di fare ricerche nel modo più semplice possibile: digitando le parole evocative ciò che si voleva trovare in rete. E' stato quindi normale che l'utente si è spostato sui motori di ricerca ed oggi non può farne a meno. Da questo punto di vista la difficoltà è di coniugare all'interno di uno strumento della civilistica (il contratto) un oggetto (le informazioni) che appartiene alla pubblicistica. Lo strumento contrattuale qui deve tener presente che c'è un elemento teleologico: l'accesso alla rete che non è l'accesso alla rete in senso tecnico ma è l'accesso all'informazione. Non è dunque la stessa cosa rispetto a collegare la presa di corrente o il cavo dell'aspirapolvere.

4. Quali sono a questo punto i contenuti standard di un contratto di "accesso all'informazione"? Si prenda l'accordo negoziale relativo all'utilizzo del wifi di un ente territoriale, un comune. Abitualmente l'incipit di tali accordi recita: condizioni e termini di utilizzo del servizio. Il servizio offerto è gratuito e consiste di funzionalità inerenti l'accesso ad internet in modalità senza fili, wifi; il servizio permette a tutti i possessori di pc portatili, smartphone, tablet, palmari, dotati di rete wifi la connessione internet limitata ad alcune ore al giorno. Talvolta si aggiunge che il fornitore pubblico sta attuando un programma di evoluzione dei servizi con la possibilità di aderire ad un progetto rivolto a tutte le pubbliche amministrazioni per la creazione della prima rete federata nazionale di accesso gratuito ad internet senza fili [3]. In questo modo l'utente potrà usufruire sull'intero territorio di una rete pubblica gratuita. Il fornitore inoltre si premura affermando che non garantisce sui livelli di servizio offerto dalle altre reti wifi che hanno aderito al progetto e si riserva di ampliare e modificare la gamma delle funzioni del servizio. La tipologia negoziale descritta offre dunque un accesso alla rete – certo non esclusivo, perché è ovviamente possibile continuare ad avere l'accesso attraverso il proprio contratto di abbonamento. Certamente assai concorrenziale si rivelerà un

servizio, all'apparenza a titolo gratuito, offerto da un ente pubblico, ove questo sia così virtuoso da dotarsi di una infrastruttura tecnologica idonea a collegare senza discontinuità i vari punti wifi. Interessanti poi, nell'ottica di un'interazione diritto pubblico e diritto privato, alcuni contenuti peculiari quali quelli in cui l'utente prende atto che è vietato servirsi o dar modo ad altri di utilizzare il servizio contro la morale o l'ordine pubblico o con lo scopo di recare molestia alla quiete pubblica o privata o di recare offesa o danno diretto a chicchessia o di violare comunque il segreto di messaggi privati ed una serie di indicazioni. Sono vicende giuridiche che all'interno di un contenuto negoziale lasciano punti interrogativi, in quanto qui il contratto ha quale oggetto la connettività e dunque i contenuti informativi che viaggiano all'interno delle comunicazioni tra utenti sono difficilmente attribuibili, in termini di responsabilità e vigilanza, al soggetto che eroga il servizio: appare piuttosto clausola che sconta la coloritura pubblicistica dell'ente che offre questo servizio, il quale non offre semplicemente un servizio agli utenti, ma dialoga, in qualche modo "parla" ai cittadini. Non so se stiamo tornando ad un modello di rapporto giuridico non più e non solo concentrato sul rapporto negoziale di stampo privatistico ma piuttosto riecheggiante formule concessorie e autorizzative tipicamente pubblicistiche. Certo pare più una congettura nostalgica e anacronistica, lontana dai contenuti giuridici dello schema negoziale approntato da tali peculiari fornitori, eppure in controluce di questo modello c'è anche questo. Tanto è vero che nel lessico utilizzato più che al contratto e alla sua congenita coloritura economica, viene dato risalto all'espressione rassicurante "termini di utilizzo del servizio Wifi".

5. Proseguiamo l'itinerario. Dunque, prima crasi tra contratto che assicura potenzialmente la connessione con la rete e accordo relativo alla effettiva connessione con la rete: si tratta di realtà giuridiche scindibili, cui potrebbe aggiungersene una terza là dove i motori di ricerca si configurassero quali accordi per il servizio di ricerca e ciò un giorno si cristallizzasse plasticamente con la richiesta di corrispettivo. Nella rigidità del sistema delineatosi negli studi della dottrina si esemplificavano le due fasi con il contratto d'acquisto dell'hardware, sistema operativo che coinvolgeva licenze, e il contratto di abbonamento alla connessione con la rete. Già la Cassazione recente del 2014 [4], distinguendo radicalmente il contratto d'acquisto dell'hardware dal contratto di licenza ed uso del sistema operativo, ha messo fine ad una serie di ambiguità che combinavano in un unico contratto sia l'acquisto del bene hardware che l'utilizzo del sistema operativo, che – nel nostro caso – è anche sistema di connessione alla rete ove quel sistema annoveri anche tale funzione. La Cassazione ci ha ricordato che sono due contratti distinti, forse collegati sul piano fattuale, ma non sul piano giuridico. Molti di noi hanno già letto se non commentato questa sentenza, arrivata dopo nove anni di contenzioso per una somma di appena

130 Euro: si comprende che non fosse tanto rilevante la somma in sé quanto l'impatto della decisione sull'intero sistema.

6. Quando entra in gioco l'internet service provider ovvero il fornitore di accesso alla rete? Si attiva il computer, si aziona il sistema operativo e si sviluppa il dialogo con la rete. L'ISP consente tale percorso, attraverso l'assegnazione dei numeri IP, dotando gli utenti dei protocolli di comunicazione che rendono abile il nostro sistema di poter dialogare con la rete. Il provider si obbliga con il contratto di accesso ad internet a rendere possibile all'utente il collegamento costante con la rete una volta che questi abbia computer, modem e linea telefonica. Ma l'accesso effettivo si realizza nella fase in cui l'utente entra nello scenario della comunicazione online ovvero con la possibilità di reperire informazioni in rete. Una riprova della centralità di questo "accesso effettivo" ce lo rende l'individuazione dell'autorità che, pur non essendo esaustivamente quella preposta, comunque tratta questo tema: l'AGCom, che, nel definire quali siano i livelli di servizio minimi ed essenziali, ha introdotto nel settore delle comunicazioni elettroniche ciò che già opera da anni con l'energia elettrica, l'acqua e il gas: lo Statuto delle Carte dei Servizi [5]. Lo Statuto altro non è che un tentativo di ridefinire il contenuto negoziale attraverso una fonte eteronoma rispetto alla volontà delle parti, con pregnanza vincolante in forza della promanazione da un organismo di carattere pubblicistico, che è, appunto, l'AGCom. L'operatore cioè il service provider, si trova di fronte a due fonti regolatorie: il contenuto del contratto definito unilateralmente e i contenuti relativi a livelli qualitativi e quantitativi del servizio, definiti da una Carta di stampo pubblicistico che deve essere recepita dal contratto [6]. A questo punto l'utente ha due strade: verificare se il contratto ha recepito la Carta; in questo caso trova nel negozio l'azione per far valere i propri diritti; laddove invece non fosse stata recepita, può adire l'AGCom con l'attivazione di una procedura che riguarda l'adempimento degli operatori rispetto alle direttive regolatorie dell'Autorità.

7. Rispetto allo scenario descritto, il dibattito sull'inquadramento giuridico si svolgeva un po' stucchevolmente più che sulla valutazione giuridica del dato tecnologico in evoluzione – i.e. l'accesso ad internet – sul confronto dottrinario tra servizi, somministrazione, somministrazione di servizi se non di cose, facendo leva sull'articolo 1677 c.c. e sulla possibilità di trovare un meccanismo di somministrazione di servizi anche laddove ci si trovava davanti a fattispecie che, rispetto ad una visione rigida della norma, fossero configurabili come appalto di servizi. A ben vedere la realtà odierna supera tale visione. I caratteri del rapporto di accesso alla rete, infatti, condensano il tratto di un rapporto di durata che diverge, dunque, rispetto all'appalto purtuttavia presentando una forte organizzazione dei mezzi necessari, l'infrastruttura tecnologica. La linearità e immediatezza con cui noi percepiamo la rete non è tale anche dall'altra parte. L'ente pubblico

territoriale che pare offrire un semplice servizio di wifi, sostiene un investimento in infrastrutture elevatissimo. L'angolatura ristretta di individuare il tipo dell'appalto o della somministrazione, si scioglie nella trama di uno scambio tipico della somministrazione con un investimento in infrastruttura che tipicamente appartiene invece all'appalto. Elemento ulteriore, su cui occorre indagare in successive ricerche, è la configurazione giuridica di una successiva condivisione dell'accesso alla rete internet da parte dell'utente con altri utenti. Pertanto, nel momento in cui ci si connette con quella miniera di enorme ricchezza informativa, che è la rete, si può decidere di condividerla e di farlo facendosi corrispondere negozialmente un corrispettivo? Ma la catalogazione giuridica non cambierebbe anche se fosse a titolo gratuito. E allora, in questo caso, chi contrae? L'operatore che attiva la connessione oppure l'utente che consente l'accesso al terzo? Cosa implica il fatto che abitualmente si tratta di un servizio che già potenzialmente offre lo sharing? Sono questi i tratti evolutivi dell'accesso alla rete su cui la dottrina dovrà concentrarsi.

8. Anche la traiettoria che, con sano pragmatismo, aveva spinto la dottrina a incasellare il rapporto di accesso alla rete entro i confini della tipicità merita una chiosa. Il presupposto di quella prospettiva stava nella generale insoddisfazione a configurarne un contratto atipico, tesi pur corretta sul piano teorico ma che la compresenza diffusa di moduli negoziali dal carattere transazionale postulava, nella missione del giurista, la necessità di ricondurre il fenomeno entro categorie ordinate e dunque rispecchianti sinallagma della tradizione codicistica. Di qui il dibattito noto. Oggi con il Codice del Consumo, in particolare con la novella legislativa di cui al d. lgs. 21/2014 [7], con presidi consumeristici puntuali, quel dibattito non sembra più necessario [8]. Perlomeno con riferimento a connessioni di breve durata nelle reti pubbliche approntate dagli enti locali. Mentre nel contratto di abbonamento con connessione continuativa di durata lunga si torna allo schema primordiale consueto e descritto in precedenza. Già i termini definitori della direttiva sul contratto di consumo con il relativo decreto legislativo mostrano una disarmante riduzione della questione. Contratto di vendita – in quel testo – è qualsiasi contratto in base al quale il professionista trasferisce o si impegna a trasferire la proprietà di beni al consumatore; il consumatore ne paga o si impegna a pagarne il prezzo e, conclude la norma, inclusi i contratti che abbiano ad oggetto sia beni che servizi. Il contratto di compravendita include anche i servizi. Si tratta evidentemente della cristallizzazione del principio di prevalenza che rende compravendita ciò che ha anche una dosa minoritaria di servizi. Poi andiamo a leggere anche il contratto di servizi che conferma che il negozio si configura anche qui ove il consumatore paghi o si impegni a pagarne il prezzo. Non esistono più i contratti a titolo gratuito? Nella definizione del Codice del Consumo il contraente paga o si impegna a pagare il prezzo altrimenti siamo fuori dal contratto di vendita e dai contratti di servizi. Ci viene in soccorso un'altra definizione, quella del contratto a distanza (pur nel ribaltamento sistematico

del testo normativo che nella sua articolazione antepone i contenuti del contratto alla tecnica di conclusione dell'accordo). Nel contratto a distanza ci si limita a citare il professionista, il consumatore, l'organizzazione di vendita di prestazioni di servizi a distanza senza la presenza fisica, e la modalità in cui si realizza il contratto. Qui non si fa riferimento al pagamento del prezzo. Si potrebbe dire che è implicito in quanto il contratto a distanza quando è contratto di servizi a distanza a questo punto ci deve essere. No, non è implicito. Perché andando a vedere l'assetto regolatorio, nella parte dedicata ai contratti a distanza si fa riferimento ad una categoria di contratti a distanza che va anche aldilà dei contratti di vendita e di servizio [9]. Ci si riferisce anche – legandolo agli obblighi d'informazione precontrattuale – a contenuto digitale non fornito su supporto materiale. Sono proprio i contratti di cui stiamo parlando. Sono i contratti di accesso alla rete internet. Perché questa norma si dovrebbe applicare a prescindere dall'onerosità? Perché torniamo all'inizio del discorso: se davvero la risorsa informazione è funzionale a quel contratto ed è ricchezza, per quale motivo se viene offerta a titolo gratuito non si è vincolati ad una serie di oneri (pur mantenendo quel bene un inestimabile valore)? Forse seguendo il solo schema della vendita, e del contratto di servizio, da un punto di vista del codice del consumo si rimarrà legati necessariamente all'onerosità. Così rimarrebbe sguarnito un presidio formidabile nell'ottica della tutela del consumatore. Se un servizio online è gratuito davvero io non posso rivendicare affidamenti. In realtà, tornando all'esempio delle connessioni wifi degli enti territoriali, l'affidamento è addirittura maggiore in quanto ad offrirlo è un soggetto pubblico. Ad esempio, se per motivi di prenotazione di un aereo non riesco a digitare e sono costretto ad effettuare la connessione magari tardiva con un altro fornitore, si potrebbe chiedere un risarcimento per la disfunzione del servizio. Peraltro – ma questo apre un altro tema – è proprio vero che si tratti di contratti a titolo gratuito? Oppure la conseguente profilazione dei miei dati da parte del fornitore rappresenta esattamente il corrispettivo del servizio che mi viene offerto?

9. Vi è un percezione generale da sfatare: che dentro la rete la giuridicità vada di pari passo con la patrimonialità. Si tratta di una percezione che parte da presupposti erronei: la nostra architettura normativa presidia anche gli spazi di libertà soprattutto quando tali spazi si inseriscono in un rapporto negoziale; il rapporto negoziale a titolo gratuito è giuridico. La prevalenza delle situazioni patrimoniali che hanno originato il dibattito dottrinario sull'accesso alla rete risentono di una rigidità di schemi definitori che però non è suffragata dai principi normativi che presidiano il sistema ordina mentale nel suo complesso. La natura pubblicistica universale del bene oggetto del diritto all'accesso è in ideale continuità con il contenuto del contratto. Lo ius positum deve dunque necessariamente offrirci strumenti elastici nell'ottica superiore della tutela dell'utente, sia esso pagante sia esso non pagante.

Note:

[*] Il testo muove dalle relazioni tenutesi al convegno “Internet e diritto civile”, presso l’Università di Camerino il 26 e 27 settembre 2014 e al seminario “Diritto privato e accesso alla rete”, nell’ambito del Dottorato in “Diritto mercato e persona” dell’Università Ca’ Foscari di Venezia, il 27 novembre 2014.
[1] De Nova, I contratti per l’accesso ad Internet,AIDA, Milano, 1996, pt. 1, p. 39 e ss., definisce il contratto di accesso a Internet come “il contratto col quale una parte, il fornitore di accesso a Internet (o Service Provider), concede all’altro, il cliente, la connessione con Internet e fornisce ulteriori servizi, verso un determinato corrispettivo”
[2] Sul contratto telematico in generale rinvio a A.M. Gambino, L’accordo telematico, Milano, 1997.
[3] Come nel caso di Free Italia WiFi, progetto promosso dalla Provincia di Roma, dalla Regione Autonoma della Sardegna e dal Comune di Venezia e rivolto alle pubbliche amministrazioni per la realizzazione della prima rete federata nazionale di accesso gratuito ad Internet senza fili.
[4] Cass. sez. III, n. 19161 dell’11 settembre 2014 nel caso Hewlett Packard dell’acquisto di unnotebookda parte di un privato poi costretto ad attivare la licenza d’uso del pacchetto abbinato per la quale aveva successivamente chiesto la restituzione del prezzo corrisposto.Il testo integrale della sentenza citata è reperibile al seguente linkhttp://web.iusletter.com/~admin/iuslettersito/2014.10.09.pdf.
[5] Sul tema, in generale, si veda da ultimo G. Nava**,** La tutela amministrativa dei consumatori alla luce del d.lgs. n. 21/2014 , Diritto Mercato Tecnologia, 2014, 2, p. 48 ss.
[6] Come quelle di cui alle delibere AGCOM n. 131/06/CSP e n. 244/08/CSP http://www.agcom.it/carte-dei-servizi.
[7] D. Lgs. 21 febbraio 2014, n. 21 Attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, recante modifica delle direttive 93/13/CEE e 1999/44/CE e che abroga le direttive 85/577/CEE e 97/7/CE.
[8] Si veda per l’approfondimento delle novità introdotte dal provvedimento A.M. Gambino – G. Nava (a cura di), I nuovi diritti dei consumatori. Commentario al d. lgs. n. 21/2014, Torino, 2014.
[9] Sul punto si veda, anche con peculiare riferimento ai profili antitrust, A. Argentati, Contrattazione a distanza e nuovi diritti dei consumatori: quale ruolo per il public enforcement? , Diritto Mercato Tecnologia, 2014, 2, p. 29 ss.

L'istituto della negoziazione assistita nel quadro delle "alternative dispute resolution": profili di interconnessione con il procedimento di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori innanzi all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni

di
Francesco Saverio Martucci di Scarfizzi

Abstract
This paper aims, moving from an analysis of the institution of assisted negotiation in light of the recent intervention of the Legislature, to analyze the view of alternative means of dispute resolution in the light of significant deflationary impulses of litigation. In particular the reflection is pinned on the profiles of interconnection of the new institute with the procedure for settling disputes between users and operators in the electronic communications sector before the Authority for the Communications, in order to verify some specific affinity and common traits.

Il presente contributo si propone, muovendo da un'analisi dell'istituto della negoziazione assistita alla luce del recentissimo intervento del Legislatore, di analizzare il panorama degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie alla luce di rilevanti impulsi deflativi del contenzioso. In particolare la riflessione si è appuntata sui profili di interconnessione del nuovo istituto con la procedura di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori nel settore delle comunicazioni elettroniche innanzi all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, onde verificarne affinità ed alcuni specifici tratti comuni.

Sommario: 1. Premessa. – 2. La disciplina normativa della negoziazione assistita. – 3. Finalità e "ratio" dell'istituto. – 4. Il procedimento di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori nel settore delle comunicazione elettroniche. – 5. Profili di interconnessione tra gli istituti in esame.

1. Premessa.

L'istituto della negoziazione assistita, recentemente introdotto nell'ordinamento giuridico, concorre ad arricchire la gamma degli interventi normativi che si collocano a fianco delle tradizionali tutele giurisdizionali dei diritti, sia con riferimento al plesso normativo allocato nel Libro VI del codice civile, sia con riguardo all'intero codice di rito che, oltre all'intero impianto normativo dedicato alle procedure contenziose innanzi al giudice, conosce e disciplina anche l'istituto dell'arbitrato (artt. 806 e ss.) e dedica norme di settore all'arbitrato irrituale (artt. 412 e ss.), sia pure con i suoi limiti (art. 147 disp. att. c.p.c.).
La nuova figura della negoziazione assistita si colloca, pur con caratteri propri, anche accanto ad altri istituti: si pensi alla conciliazione, nella più

generale disciplina civilistica, o di settore, come nel rito del lavoro o in quello agrario, allo stesso istituto della mediazione civile di natura obbligatoria disciplinata dal decreto legge n. 69 del 2013, convertito, con modificazioni, nella Legge n. 98 del 2013, nonché pur con le dovute differenze, alla stessa transazione stragiudiziale.
Su diverso piano – quello tributario – ma egualmente afferente alla tutela di diritti soggettivi, si collocano poi gli istituti dell'interpello (ordinario o generalizzato), del ravvedimento, dell'autotutela, dell'accertamento con adesione, dell' acquiescenza, tutti finalizzati ad alleggerire il contenzioso tributario [1].
Fatta questa breve ma generale premessa di inquadramento sistematico, si tratterà della disciplina positiva del nuovo istituto, dei caratteri peculiari che la distinguono, da un canto, e la accomunano, dall'altro, alle principali figure di *alternative dispute resolution* (d'ora in avanti ADR) dedicando, poi, una riflessione più approfondita al procedimento di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori innanzi all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, cogliendone alcuni tratti comuni.

2. La disciplina normativa della negoziazione assistita.

Come è noto, l'istituto della negoziazione assistita è stato introdotto nell'ordinamento giuridico con decreto legge 12 Settembre 2014, n. 132 ("Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile"), convertito con modificazioni in Legge 10 Novembre 2014, n. 162.
L'intervento normativo in questione, tra le varie altre finalità deflative [2], intende promuovere in sede stragiudiziale una serie di procedure alternative alla ordinaria risoluzione delle controversie nel processo. Tale finalità, in particolare, viene favorita dall'introduzione nel nostro ordinamento di un nuovo istituto: la procedura di negoziazione assistita da un avvocato. Alla regolazione del nuovo istituto è dedicato l'intero capo II del decreto legge in commento, rubricato "procedura di negoziazione assistita da un avvocato"[3].
Il procedimento disegnato dal Legislatore si articola in due fasi tra loro connesse ed interdipendenti. In primo luogo, ciascun avvocato, all'atto del conferimento dell'incarico, deve procedere all'informativa, rendendo edotto il proprio cliente circa la possibilità di ricorrere alla convenzione di negoziazione assistita (art. 2, comma 7). A seguito dell'informativa, il legale della parte che intenda aderire alla procedura in questione, formula alla controparte un invito [4] a stipulare una convenzione di negoziazione. Esso deve spiegare l'oggetto della controversia e deve avvisare la controparte sulle conseguenze negative in caso di mancato accordo (aggravio di spese e condanna al risarcimento del danno nel successivo eventuale giudizio).
Dal momento della comunicazione dell'invito, ovvero della sottoscrizione della convenzione, si producono sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale [5]. Dalla stessa data è impedita, per una sola volta, la decadenza, ma se l'invito è rifiutato o non è accettato entro trenta giorni [6], la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza

decorrente dal rifiuto, dalla mancata accettazione nel termine ovvero dalla dichiarazione di mancato accordo certificata dagli avvocati.
Una volta espletata la procedura *ut supra* indicata, viene stipulata una convenzione di negoziazione con cui le parti convengono di "cooperare in buona fede e con lealtà" per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza di avvocati.
Il richiamo alla buona fede e lealtà non può che richiamare alla mente la buona fede (oggettiva) nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.) e nelle stesse trattative (art. 1337 c.c.), sottolineandosi così la natura pattizia della procedura, onde la possibile applicazione di altre norme sul contratto in generale, naturalmente tutte da esplorare "funditus" a causa della presenza mediatrice degli avvocati; ma non par dubbio che la negoziazione assistita abbia una propria causa, come conferma il richiamo normativo alla conformità alle norme imperative e di ordine pubblico che delimitano comunque il campo dell'autonomia negoziale.
In relazione alle modalità di redazione della convenzione di negoziazione occorre precisare che, ai sensi dell'art. 2, essa "deve indicare il termine concordato dalle parti per l'espletamento della procedura, in ogni caso non inferiore a un mese; deve altresì indicare l'oggetto della controversia in cui i difensori non possono essere nominati arbitri (art 810 c.p.c.) nelle controversie aventi il medesimo oggetto o connesse. Inoltre essa va redatta in forma scritta a pena di nullità e va sottoscritta dalle parti e dagli avvocati, i quali certificano l'autografia delle sottoscrizioni. Sul punto, va sottolineato come l'assistenza degli avvocati sia, quindi, obbligatoria con particolare riferimento all'efficacia esecutiva dell'accordo, nonché alla disciplina della negoziazione assistita obbligatoria di cui all'art. 3 e, d'altronde, tale requisito costituisce – già alla luce del *nomen iuris* normativamente adottato – uno degli elementi essenziali e caratterizzanti lo strumento di ADR in questione.
Agli avvocati e alle parti è fatto obbligo di tenere riservate le informazioni ricevute: in particolare, le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite nel corso del procedimento non possono essere utilizzate nel giudizio avente in tutto o in parte il medesimo oggetto; i difensori delle parti e coloro che partecipano al procedimento non possono essere tenuti a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite.
Lo svolgimento della negoziazione può portare ad un risultato positivo o negativo. In caso di mancato accordo [7] viene redatta la relativa conforme dichiarazione che gli avvocati designati certificano. In caso di raggiunto accordo, deve essere conforme alle norme imperative e all'ordine pubblico [8]; va sottoscritto dalle parti e dagli avvocati che le assistono, costituendo così titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

3. Finalità e "ratio" dell'istituto.

La finalità della predetta negoziazione assistita attiene alla "risoluzione in via amichevole" di una controversia civile: si tratta quindi a tutti gli effetti di uno strumento di ADR [9] , volto a derogare all'ordinario regime di trattazione

delle controversie in sede giurisdizionale, a favore di un procedimento stragiudiziale snello ed idoneo a conseguire un effetto deflativo del contenzioso.
Tale strumento, come già rilevato, si aggiunge ad una serie già ampia di mezzi di risoluzione alternativa delle controversie, intesi quali procedure finalizzate alla "trattazione" delle liti fra privati (sembra doversi escludere l'applicabilità dell'istituto alla P.A. ove prevale l'interesse pubblico, come tale non negoziabile, ma solo in alcuni casi transigibile nelle liti pendenti) in un ambito diverso da quello della tradizionale sede giurisdizionale. Nonostante l'eterogeneità di tali forme, la predetta "trattazione" individua due diverse modalità di regolazione delle controversie, da cui deriva l'esistenza di due modelli di ADR che, a loro volta, comprendono al loro interno svariate procedure di risoluzione che, in virtù dello specifico approccio al conflitto che le caratterizza, appartengono all'uno o all'altro genere. I due modelli in questione si differenziano in quanto, nell'uno, la trattazione del conflitto è intesa come gestione dello stesso mentre, nell'altro, la trattazione è da intendersi come definizione del conflitto.
In particolare, infatti, della prima categoria fanno parte tutti quei metodi di risoluzione che esprimono forme di negoziazione fra le parti, a prescindere, quindi, dagli effetti dalla medesima determinati. Alla seconda categoria, invece, si riconducono tutti quei metodi in cui la risoluzione del conflitto si determina in virtù dell'aggiudicazione totale o parziale del bene della vita oggetto del contendere ad una delle parti coinvolte. In sostanza, dunque, i metodi ADR solitamente si distinguono tra negoziali ed aggiudicativi e la distinzione tra gli stessi è ricavabile anche dal diverso approccio che i due modelli adottano rispetto alla controversia.
Pertanto, nei primi il conflitto può intendersi come naturale espressione della molteplicità di interessi che convivono all'interno della società, a prescindere da una loro classificazione in termini di giustizia ed equità e, quindi, in definitiva, di meritevolezza di protezione [10]. In tal senso, pertanto, nei metodi negoziali l'attenzione è principalmente rivolta alle modalità con le quali il conflitto si manifesta e alle sue conseguenze, che, impedendo lo svolgimento dei rapporti intersoggettivi, devono essere gestite. Per tale gestione, peraltro, nei metodi negoziali sono ampiamente valorizzate la responsabilità e la capacità decisionale delle parti coinvolte nel conflitto, che così partecipano alla integrazione dei legami sociali che si creano nella trattazione e composizione del conflitto [11].
Nei metodi ADR aggiudicativi, al contrario, la riflessione si appunta in particolare sulle cause e i motivi del conflitto, che devono essere eliminati o risolti. In tali ipotesi, infatti, il conflitto si atteggia in modo netto, come disputa tra posizioni giuridiche contrapposte, secondo gli archetipi tradizionali del diritto.
Di conseguenza, tali ultimi metodi sono caratterizzati da una maggiore rigidità delle procedure e, soprattutto, nel corso dello svolgimento della relativa procedura, il potere decisionale delle parti cede il passo alla applicazione eterodeterminata di principi e norme ricavati dall'ordinamento giuridico nel suo complesso [12].

In quest'ultimo senso, peraltro, un'ulteriore distinzione è stata fatta tra i mezzi di risoluzione delle controversie cd. "autonomi" (quelli negoziali) e quelli "eteronomi" (giudizio o arbitrato), sottolineandone sostanzialmente l'equivalenza soggetti interessati che ne assumono l'iniziativa [13].
La summenzionata distinzione non comporta che i metodi ADR aggiudicativi siano da considerarsi meno significativi rispetto a quelli negoziali poiché troppo simili ai metodi di risoluzione giurisdizionale delle liti dei quali, per contro, dovrebbero costituire un'alternativa.
Può discutersi su come la procedura di negoziazione assistita si atteggi rispetto alle altre forme di ADR oppure se ne distingua sotto il profilo della alternatività ai rimedi giurisdizionali classici dove campeggia la figura del giudice.
Nei metodi ADR cosiddetti aggiudicativi la similitudine con le tutele giurisdizionali è più spiccata; essi sono sì alternativi a questi ultimi nel senso che le procedure sono diverse tra i soggetti partecipanti e non è prevista la figura del giudice, ma la similitudine sembra prevalere sui caratteri differenziali, perché la composizione della lite avviene seguendo le norme regolatrici delle fattispecie e si conclude con il riconoscimento o attribuzione di un diritto.
Nella procedura di negoziazione assistita, invece, la risoluzione è affidata ad un incontro consensuale delle parti che intendono comporre e regolare i loro interessi, escludendo di sottoporre la lite stessa alla "cognitio" di un terzo. In quest'ultimo senso la stragiudizialità della negoziazione assistita è davvero "alternativa" poiché la consensualità è l'essenza stessa che domina tutta la procedura anche se gli effetti finali (titolo esecutivo) aprono poi la strada ad ulteriori forme di tutela giurisdizionale come avviene per le altre forme di ADR.
Se vuole cogliersi qualche aspetto differenziale con altri istituti, può osservarsi che la transazione stragiudiziale per prevenire l'insorgenza di una lite (art. 1965 c.c.) e la mediazione civile condividono con la negoziazione assistita la funzione di pervenire ad un accordo prima di intraprendere il giudizio, mentre la transazione giudiziale e la conciliazione giudiziale avvengono nel corso di un giudizio che, pertanto, si estingue; infine, la procedura arbitrale è prevista dalla clausola compromissoria ed esclude l'intervento del giudice, ma non del tutto a causa della stessa impugnabilità del lodo nelle forme previste dagli artt. 827 e ss. c.p.c..
Vanno invece tenuti per fermi alcuni aspetti comuni: l'esclusione dall'area delle negoziabilità dei diritti indisponibili (diritti della personalità, diritti dei prestatori di lavoro etc.), come del resto avviene nella transazione, e l'equivalenza degli effetti vincolanti degli esiti delle procedure stesse con gli strumenti di tutela tradizionali (sentenze, lodi, verbali di conciliazione o di mediazione, transazioni), spiccando però, quale tratto peculiare della negoziazione assistita, il ruolo dell'avvocato che per la prima volta assume una funzione determinante nella regolazione di interessi altrui.
Può, pertanto, ritenersi che la procedura di negoziazione assistita in rassegna può sussumersi nella prima macrocategoria di ADR negoziali in cui viene valorizzata la gestione del conflitto ed in cui le parti hanno funzioni di

responsabilità e capacità decisionale, partecipando alla integrazione dei legami sociali che si creano nella trattazione e composizione del conflitto.

4. Il procedimento di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori nel settore delle comunicazioni elettroniche.

Una volta delineati i tratti caratterizzanti dell'istituto della negoziazione assistita ed opportunamente valutati i profili di connessione con le procedure di ADR summenzionate, occorre tracciare un'analisi delle convergenze con i procedimenti di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori nel settore delle comunicazioni elettroniche innanzi all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (d'ora in poi AGCOM).
In primo luogo, rileva sottolineare che la procedura *de qua* rappresenta un sistema di ADR collaudato e ben sperimentato che permette una facile e rapida risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori dei servizi di comunicazione elettronica [14].
Si tratta peraltro di un sistema che – affiancandosi, ma non sovrapponendosi, a quello attivo, ancora sotto l'egida AGCOM, per la risoluzione delle controversie tra operatori – è specificamente delineato a livello procedurale per rispondere alle esigenze di soggetti contrattuali che si trovano in posizione tipicamente "debole" e tra i quali insorgono liti di valore generalmente contenuto.
Basti pensare, al riguardo, alla possibilità di accedere al sistema ADR anche in maniera diffusa sul territorio, in applicazione di un principio di sussidiarietà voluto dall'Autorità a tutela degli utenti e realizzato grazie al conferimento di apposite deleghe ai Comitati regionali per le comunicazioni (Corecom) [15], organi funzionali dell'Autorità stessa incardinati nelle Amministrazioni Consiliari Regionali, ovvero alla possibilità di accedere all'ADR anche per il tramite delle Associazioni di consumatori, generalmente organizzate in sedi territoriali, le quali possono istituire con le singole Aziende le cosiddette commissioni di "conciliazione paritetica" che, in base al regolamento di procedura, sono equiparate a quelle istituite presso i citati Comitati regionali [16].
Prima di analizzare i profili di connessione tra il procedimento di negoziazione assistita e quello di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori nel settore delle comunicazioni elettroniche, è utile brevemente ricostruire l'iter procedimentale di quest'ultimo.
La procedura in rassegna è, infatti, disciplinata dal Regolamento approvato con delibera 173/07/CONS e dalle "Linee Guida in Materia di Risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori nel settore delle comunicazioni elettroniche", approvate con delibera n. 267/13/CONS.
Formalmente, il procedimento di risoluzione della lite innanzi all'AGCOM viene instaurato solo se sia stato preventivamente esperito il tentativo obbligatorio di conciliazione dinanzi al CoReCom competente per territorio munito di delega a svolgere la funzione conciliativa [17], ovvero dinanzi agli organismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie di cui all'articolo 13 del Regolamento approvato con Delibera 173/07/CONS. Qualora il

tentativo di conciliazione abbia avuto esito negativo, ai sensi dell'articolo 8, comma 3 e 12, commi 3 e 4, o per i punti ancora controversi nel caso di conciliazione parziale, le parti congiuntamente, o anche il solo utente, possono chiedere all'Autorità di definire la controversia.
Una volta esperito il tentativo di conciliazione innanzi ai CoReCom competenti, il procedimento di risoluzione della lite innanzi all'AGCOM si ha nel momento in cui il responsabile del procedimento, verificata l'ammissibilità dell'istanza ed entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della stessa, comunica alle parti (a mezzo fax o per via telematica) l'avvio del procedimento almeno quindici giorni prima dell'udienza [18].
Il termine per la conclusione del procedimento è di centottanta giorni dalla data di deposito dell'istanza. Le parti hanno facoltà di presentare memorie e depositare documenti, a pena di irricevibilità, entro quindici giorni prima dell'udienza; tali documenti depositati sono integralmente accessibili dalle parti in causa, ad eccezione dei dati sensibili e giudiziari.
Il responsabile del procedimento ai fini dell'istruzione della controversia, ovvero su espressa richiesta di una delle parti, convoca le parti interessate per una udienza di discussione. Una volta sentite le ragioni delle parti interessate, può disporre la riunione di più procedimenti pendenti aventi ad oggetto controversie omogenee. Le parti convocate compaiono personalmente ovvero, in caso di persone giuridiche, in persona del legale rappresentante [19].
L'udienza si svolge nel contraddittorio delle parti: queste, infatti, sono ammesse ad illustrare oralmente le rispettive posizioni e hanno la facoltà di farsi assistere da consulenti o rappresentanti delle associazioni di consumatori non per forza rappresentative a livello nazionale.
Qualora una parte non si presenti in udienza ovvero non esponga le proprie ragioni non si può procedere dando un significato a tali comportamenti (nel senso di accettazione di quanto sostenuto dalla controparte o come rinuncia all'istanza); si procede pertanto definendo ugualmente la controversia, ma alla luce delle sole risultanze acquisite agli atti e in considerazione delle difese scritte e svolte dalle parti.
Ulteriore attività istruttoria è svolta in caso di necessità, se nel corso del procedimento si deve assicurare la partecipazione al procedimento di altri soggetti interessati: in tali ipotesi, il responsabile del procedimento provvede a convocarli in udienza ovvero a rivolgere loro apposite richieste istruttorie.
Nei casi in cui il responsabile del procedimento, oltre a garantire la partecipazione a fini istruttori di altri soggetti, procede all'acquisizione di documenti, perizie o altri elementi conoscitivi, ne è data comunicazione alle parti e il termine per la definizione della controversia è sospeso per il tempo necessario dell'attività istruttoria da esperire, ma ad ogni modo non superiore a sessanta giorni. Va precisato che gli oneri economici necessari per il compimento delle perizie sono anticipati dalla parte che ne ha fatto richiesta ovvero, se disposte d'ufficio, provvisoriamente ripartiti secondo equità. La documentazione acquisita è sempre ed integralmente accessibile per le parti, a seguito della richiesta al responsabile del procedimento di prenderne visione, anche per le vie brevi.

Le parti possono nominare, dandone comunicazione all'Autorità entro cinque giorni dalla comunicazione di cui all'art. 18 comma 2, un proprio consulente tecnico, al fine di assistere a tutte le operazioni svolte dal consulente nominato dall'Autorità e presentare relazioni e documenti.
Conclusasi l'attività di difesa delle parti e l'attività istruttoria, il Direttore della Direzione Tutela dei consumatori trasmette all'organo collegiale [20], competente ad adottare il provvedimento finale (o al Comitato in caso di legittimazione a definire la controversia), la relazione redatta dal responsabile del procedimento e una proposta di decisione.
Se l'Organo collegiale ritiene necessario convocare le parti per un'udienza di discussione dinanzi a sé il termine di conclusione del procedimento è prorogato di trenta giorni.
La decisione adottata dall'Autorità, che costituisce un ordine dell'AGCOM ai sensi dell'art. 98, c. 11, D.Lgs. 259/2003, deve essere prontamente comunicata alle parti e pubblicata nel Bollettino ufficiale e sul sito web dell'Autorità. L'AGCOM, con il provvedimento che definisce la controversia, nei casi in cui riscontri la fondatezza dell'istanza, può condannare l'operatore ad effettuare rimborsi di somme risultate non dovute o al pagamento di indennizzi di cui alla Delibera n. 73/11/CONS [21]. Nel caso in cui la controversia sia di modico valore (non eccedente i 500,00 euro alla data in cui l'Autorità riceve la domanda) la definizione della controversia è delegata al Direttore, senza bisogno di demandarla all'organo collegiale, sempreché non abbia una straordinaria rilevanza regolamentare, giuridica o tecnica. In tali casi la motivazione della decisione sarà succinta e relativa all'oggetto principale della controversia.
E' opportuno ricordare in tale sede, che ai sensi dell'art. 9 del D. Lgs. 259/2003, il provvedimento decisorio dell'Autorità può essere impugnato innanzi al TAR Lazio in sede di giurisdizione esclusiva (art. 133, comma 1, lett. L del c.p.a.). E' altresì previsto all'art. 19, comma 6, che "Nel provvedimento decisorio l'Autorità, nel determinare rimborsi ed indennizzi, tiene conto del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione e può riconoscere anche il rimborso delle spese necessarie e giustificate per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità".
Quando l'operatore non partecipi all'udienza fissata per la conciliazione senza addurre giustificati motivi, e pur avendo reso la dichiarazione di cui all'art. 8 comma 3, vanno comunque rimborsate all'utente, se presente all'udienza ed indipendentemente dall'esito della controversia di cui agli art. 14 e ss., le spese sostenute per l'esperimento del tentativo di conciliazione."
Invece, se nel corso del procedimento la parte che aveva richiesto l'intervento dell'Autorità rinuncia alla propria istanza, ovvero risulti che la richiesta dell'utente sia stata pienamente soddisfatta, il Direttore dispone l'archiviazione del procedimento. Nel caso di archiviazione [22], che comunque è comunicato alle parti, le spese di procedura restano a carico delle parti che le hanno sostenute, ad eccezione di quelle peritali che dovranno essere ripartite secondo criteri equitativi.

5. Profili di interconnessione tra gli istituti in esame.

Chiariti i principali passaggi dell'iter procedimentale dei procedimenti oggetto della presente trattazione, è possibile analizzarne taluni profili di congiunzione.
Un tratto comune può rilevarsi tra la negoziazione assistita obbligatoria prevista dall'articolo 3 del Decreto Legge convertito in commento con il tentativo obbligatorio di conciliazione innanzi ai CoReCom.
Va, innanzitutto, rilevato in termini generali che gli esiti positivi (cioè il raggiungimento di un accordo) sia in sede di negoziazione assistita che di AGCOM, precludono poi il ricorso alle ordinarie tutele giurisdizionali essendosi eliminate consensualmente le ragioni del contendere.
In particolare, poi, il Legislatore ha previsto un'ipotesi di negoziazione assistita obbligatoria, sulla scorta di quanto già previsto in tema di mediazione obbligatoria, replicando sostanzialmente parte delle disposizioni ivi previste.
A tal uopo, sussiste l'obbligo di invitare, tramite l'avvocato, l'altra parte a stipulare una convenzione di negoziazione assistita per chi intenda: a) esercitare in giudizio un'azione in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti; b) proporre in giudizio una domanda di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti 50.000 €, ad eccezione delle controversie assoggettate alla disciplina della c.d. mediazione obbligatoria [23]. In tali casi, l'esperimento del procedimento di negoziazione assistita è condizione di procedibilità della domanda giudiziale.
L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice, quando rileva che la negoziazione assistita è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine previsto dalle parti nella convenzione stessa per la durata della procedura di negoziazione. Come detto, infatti, a norma dell'art. 2, comma 3, la convenzione di negoziazione va conclusa per un periodo di tempo determinato dalle parti nella convenzione stessa, fermo restando il termine di cui al comma 2, lett. a), secondo cui il termine concordato dalle parti per l'espletamento della procedura non può essere inferiore a un mese. Se invece la negoziazione non è stata esperita, il giudice assegna alle parti il termine di quindici giorni per la comunicazione dell'invito a stipulare la convenzione e, contestualmente, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine previsto dalle parti nella convenzione stessa. La condizione di procedibilità si considera avverata se l'invito non è seguito da adesione o è seguito da rifiuto entro trenta giorni dalla sua ricezione ovvero quando è decorso il periodo di tempo previsto dalle parti nella convenzione per la durata della procedura di negoziazione.
Inoltre, l'obbligatorietà dell'esperimento del procedimento di negoziazione assistita "non preclude la concessione di provvedimenti urgenti e cautelari, né la trascrizione della domanda giudiziale". Data l'obbligatorietà dell'assistenza del legale, sarà a carico delle parti il compenso per la prestazione professionale fornita dall'avvocato; tuttavia, in caso di negoziazione assistita obbligatoria, all'avvocato non è dovuto il compenso

dalla parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato.
Parimenti, nei procedimenti di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori, come indicato espressamente dall'articolo 3 del Regolamento adottato con Delibera 173/07/CONS, nonché dalle Linee Guida in Materia di Risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori nel settore delle comunicazioni elettroniche, approvate con Delibera n. 267/13/CONS, requisito essenziale per poter adire l'Autorità è il previo esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione presso i CoReCom competenti.
Pertanto, mentre i casi in cui la negoziazione assistita è condizione di procedibilità sono previsti tassativamente, nella procedura presso l'AGCOM il previo esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione presso i CoReCom competenti è condizione generale di improcedibilità.
Ulteriori profili di congiunzione possono rinvenirsi nell' elencazione degli obblighi formali previsti da entrambe le procedure. Sul punto, ai sensi dell'art. 7 del Regolamento approvato con Delibera 173/07/CONS, la Direzione tutela dei consumatori dell'Agcom riceve l'istanza che deve essere sottoscritta, a pena di inammissibilità, dall'utente o, per le persone giuridiche, dal rappresentante legale, ovvero da un rappresentante munito di procura speciale, conferita con atto pubblico o con scrittura privata autenticata. Il responsabile del procedimento, verificata l'ammissibilità dell'istanza ed entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della stessa comunica alle parti (a mezzo fax o per via telematica) l'avvio del procedimento che deve pervenire alle parti almeno quindici giorni prima dell'udienza. In tale avviso sono contenute le indicazioni necessarie al caso; sono indicati infatti la data di deposito dell'istanza, l'oggetto della procedura, la data e il luogo fissati per l'udienza, nei casi di cui all'articolo 16, comma 4, l'ufficio in cui si può prendere visione degli atti, il responsabile del procedimento e i termini entro cui produrre memorie e documentazione, nonché per integrazioni e repliche alle produzioni avversarie, ed il termine di conclusione del procedimento. Analogamente, l'articolo 2 del Decreto convertito in Legge in commento prevede che la convenzione debba essere redatta in forma scritta a pena di nullità e sottoscritta dalle parti e dagli avvocati che certifichino l'autografia delle sottoscrizioni. Inoltre, essa deve indicare: il termine concordato dalle parti per l'espletamento della procedura, in ogni caso non inferiore a un mese e, come aggiunto in sede di conversione, non superiore a tre mesi, prorogabile per ulteriori trenta giorni su accordo tra le parti; l'oggetto della controversia.
Quanto all'esito della negoziazione, in entrambe le procedure la conclusione positiva della stessa costituisce titolo esecutivo per i sottoscrittori che sono quindi legittimati ad agire con i mezzi e le forme dell'esecuzione forzata per ottenere l'adempimento di doveri ed obblighi non spontaneamente adempiuti.
Concludendo, può dunque affermarsi che la comune "ratio" ispiratrice di entrambi i procedimenti è la medesima e va ravvisata nell'esigenza di deflazionare il contenzioso in un settore in cui il proliferare di contratti asimmetrici tra professionisti e consumatori e l'esigenza di tutelare gli utenti

da innumerevoli disservizi, hanno indotto a privilegiare il deferimento di tali contenziosi innanzi ad Organismi Indipendenti di regolazione (nel caso di specie l'Agcom) o a procedure di negoziazione assistita come previsto dal Decreto legge convertito in commento.
Si può, quindi, pervenire a configurare entrambe le procedure come forme di "Alternative Dispute Resolution", anche se è doveroso segnalare che se la convenzione di negoziazione assistita costituisce uno strumento di ADR negoziale, come innanzi si è andato argomentando, la procedura dell'Agcom è costituita da un cosiddetto "sistema ADR misto e sequenziale", trattandosi di un sistema strutturato per "fasi", disciplinate dal medesimo Regolamento.
Resta da chiarire – in carenza, almeno al momento, di orientamenti dottrinari al riguardo e di giurisprudenza di riferimento, che certamente andrà progressivamente formandosi sul punto – se sia ammissibile una cumulabilità di procedure per le controversie tra utenti ed operatori innanzi all'Autorità oppure se la specifica disciplina AGCOM escluda una tale possibilità.
La questione non può risolversi senza previamente distinguere la rilevanza delle fonti normative. Mentre la procedura innanzi all'AGCOM è disciplinata da una fonte regolamentare, sia pure dotata di particolare valenza, la negoziazione assistita è oggetto di una disposizione legislativa che, pertanto, ha una più generale portata sotto il profilo degli effetti *erga omnes*. Attesa, quindi, l'inconfigurabilità di un'efficacia preclusiva derivante da un ricorso presso l'Autorità, rispetto alla proponibilità della procedura di negoziazione assistita, restano da stabilire i possibili rapporti tra i due istituti. In particolare, in caso di esito negativo della procedura di negoziazione assistita, nulla sembra ostare alla proposizione di un procedimento innanzi all'AGCOM, ivi inclusa la fase preliminare da effettuarsi presso i CoReCom competenti; ciò, in omaggio, alla *ratio legis* deflativa del contenzioso. Per converso, in caso di esito positivo dell'uno o dell'altro procedimento, si verificherà un effetto preclusivo per quello non attivato in quanto, essendosi già prodotto un titolo esecutivo ad ogni effetto di legge, risulterebbe ultronea ed anche non sostenuta dal relativo interesse, il ricorso ad altra procedura.

Note:

[*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.
[1] Al fine di deflazionare il contenzioso tributario e, contemporaneamente, agevolare o anticipare la riscossione dei tributi, sono stati introdotti degli strumenti volti, in alcuni casi, a prevenire l'insorgere delle liti e, in altri, a definire in maniera agevolata o abbreviata le richieste avanzate dall'Amministrazione Finanziaria. In particolare gli strumenti di prevenzione vengono attivati da una delle parti prima che si producano gli effetti che potrebbero portare ad una controversia: l'interpello è attivato su istanza del contribuente per avere un parere dell'Amministrazione su un comportamento

economico ancora da porre in essere; il ravvedimento consente al contribuente di rimediare spontaneamente a propri errori od omissioni, prima che questi siano conosciuti all'amministrazione, con notevole riduzione delle sanzioni; infine l'autotutela consente alla stessa amministrazione di annullare o revocare propri atti riconosciuti illegittimi o infondati. Gli strumenti di definizione, invece, appartengono ad una fase successiva, in quanto sono volti a definire in maniera stragiudiziale le pretese dell'Amministrazione: in particolare, attraverso l'accertamento con adesione e l'acquiescenza (ordinaria o limitata alle sole sanzioni), si perviene alla definizione di un atto formale emesso dall'amministrazione.
[2] In particolare, il Legislatore ha introdotto, altresì, la possibilità del trasferimento in sede arbitrale di procedimenti già pendenti dinanzi all'autorità giudiziaria. Si tratta di una nuova forma di arbitrato, che vede protagonisti gli avvocati, categoria cui è riservata la composizione dei collegi: si può parlare, quindi, di arbitrato forense.
[3] Sul punto, occorre sottolineare la differenza con l'arbitrato forense: mentre quest'ultimo agisce sulle cause pendenti, la negoziazione assistita si occupa delle liti non ancora formalizzate in un'azione giudiziaria e conferisce un valore ufficiale agli accordi tra le parti.
[4] L'invito a stipulare una convenzione che l'avvocato di una parte rivolge all'altra dovrà contenere, oltre all'indicazione dell'oggetto della controversia, lo specifico avvertimento che la mancata risposta all'invito entro trenta giorni dalla ricezione o il suo rifiuto può essere valutato dal giudice ai fini delle spese del giudizio e di quanto previsto dagli artt. 96 e 642, primo comma, del codice di procedura civile. Si tratta di norma finalizzata con evidenza a favorire la serietà del tentativo di conclusione dell'accordo.
[5] vedi art. 2943 c.c. sulla interruzione della prescrizione.
[6] A tal riguardo, l'articolo 4, comma 1, prevede espressamente che l'invito a stipulare la convenzione deve indicare l'oggetto della controversia e contenere l'avvertimento che la mancata risposta all'invito entro trenta giorni dalla ricezione o il suo rifiuto può essere valutato dal giudice ai fini delle spese del giudizio e di quanto previsto dagli articoli 96 e 642, primo comma, del codice di procedura civile.
[7] Sul punto, si veda l'articolo 5 rubricato "Esecutività dell'accordo raggiunto a seguito della convenzione e trascrizione", in ciò potendosi intravedere un riferimento all'istituto della transazione di cui agli artt. 1965 e ss. c.c., caratterizzata dalla volontà delle parti di comporre una lite, già esistente o solo potenziale, a mezzo di reciproche concessioni, prescindendo dall'accertamento della situazione come realmente preesistente.
[8] L'art. 5 precisa infatti che gli avvocati certificano l'autografia delle firme e la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico; è inoltre disposto che, se con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti previsti dall'articolo 2643 del codice civile, per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale di accordo deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato.
Si segnala inoltre che l'art. 11 prevede anche che i difensori che sottoscrivono l'accordo raggiunto dalle parti a seguito della convenzione

sono tenuti a trasmetterne copia al Consiglio dell'ordine circondariale del luogo ove l'accordo è stato raggiunto, ovvero al Consiglio dell'ordine presso cui è iscritto uno degli avvocati. Al CNF, poi, è dato incarico di provvedere, con cadenza annuale, al monitoraggio delle procedure di negoziazione assistita, trasmettendone poi i dati al Ministero della giustizia.

[9] Si veda, al riguardo, MARICONDA, C., "ADR tra mediazione e diritti, Edizioni Scientifiche italiane", Napoli, 2008, p. 9, che descrive il predetto fenomeno, originato negli Stati Uniti: "una tendenza recentissima ha cambiato l'indicazione della prima lettera dell'acronimo, da alternative, che sta appunto ad indicare un'alternativa rispetto al ricorso alle "courts", in "appropriate" che sta invece a significare la maggiore rispondenza agli interessi concreti delle parti di questo tipo di soluzioni".

[10] Sul punto, si segnala la spiegazione della forma ADR della "mediazione", rientrante – appunto – nei metodi negoziativi, fornita da COSI, G. - "Invece di giudicare. Scritti sulla mediazione" - , Giuffré, Milano, 2007, p. 2, laddove l'Autore precisa che nella mediazione "non si tratta soltanto di fare reciproche concessioni per raggiungere un accordo, ma di prospettare possibilità e inventare alternative per una "vittoria comune". Tanto meno è giudizio: non si tratta di decidere, di "tagliare" con la spada della giustizia per separare una ragione da un torto, un' innocenza da una colpevolezza, al fine di attribuire responsabilità. Mentre il giudizio guarda al passato per raccogliere gli elementi su cui fondare la sua "verità", la mediazione è rivolta al futuro per generare opportunità. La sua logica non è quella escludente dell' "aut aut" e del "tertium non datur", ma quella inclusiva dell' et-et. In questo senso, soprattutto, è radicalmente alternativa al modello giudiziario standard di risoluzione dei conflitti".

[11] TROISI, C., "Autonomia privata e gestione dei conflitti. La mediazione come tecnica di risoluzione alternativa delle controversie". Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2007, p. 49 e ss.. L'Autrice così illustra l'atteggiarsi della mediazione: "La mediazione non si riduce ad una semplice alternativa alla giustizia, ma rappresenta una modalità di regolazione sociale che si affianca al diritto nella gestione delle situazioni conflittuali e se ne differenzia sul piano dei principi e dell' atteggiamento verso il conflitto: mentre il diritto tende ad accaparrarsi gli spazi riducendo la capacità decisionale dei singoli, la mediazione tende a restituire la capacità decisionale e la responsabilità nella gestione dei conflitti alle persone coinvolte nel conflitto. Tale differenza ha la funzione di delimitare le sfere di competenza per ottenere una più efficace integrazione dei sistemi, dal momento che la mediazione, strumentale alla gestione dei legami sociali, necessita dell' apporto delle garanzie tipiche del diritto".

[12] Si veda BARTOLOMUCCI, P., in "Codice del consumo, Commentario", a cura di Guido Alpa e Liliana Rossi Carleo, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2005, 848 e ss., articolo 141, Composizione extragiudiziale delle controversie. L'Autore spiega che si rinvengono comunque dei tratti fondamentali comuni (scopo, informalità, elasticità dei metodi, riservatezza, tempi brevi, costi ridotti) fornendo una illustrazione di ognuno degli elementi comuni: "a) Lo scopo: tutte le procedure alternative di risoluzione delle

controversie tendono al raggiungimento di un accordo che ponga fine ad una controversia precedentemente insorta tra le parti. Anche l'accordo ha delle caratteristiche sue proprie, in quanto esso non si basa necessariamente sulla distribuzione di torti e ragioni; si tratta, invece, di un accordo che tutte le parti ritengono soddisfacente. Il grado di soddisfazione viene spesso valutato sulla reale e concreta possibilità per le parti di proseguire un rapporto commerciale e/o contrattuale già tra loro intercorso; b) L'informalità: tale caratteristica va letta in due accezioni. Per un verso essa consiste nell'assenza di procedure rigide ed immodificabili, definite per legge; per altro verso, in ragione dell'attenuazione degli schemi procedurali, essa consente alle parti ampi spazi di gestione, che meglio si adattano alle esigenze e alle circostanze del caso; c) L'elasticità dei metodi: per raggiungere un accordo le parti sono libere di scegliere diverse metodologie, che vanno dalla negoziazione diretta tra le parti (o loro rappresentanti) sino a quelle che prevedono sempre la presenza di un terzo, che però può avere di volta in volta ruoli diversi, ora come semplice facilitatore (che avvicina le posizioni delle parti e favorisce il dialogo), ora come valutatore (chiamato a esprimere un proprio parere e ad avanzare proposte di soluzione); d) La riservatezza: non vi sono vere procedure di ADR se non vi è il divieto assoluto per le parti, il terzo è per tutti coloro che a vario titolo partecipano ad esse, di riferire quanto è avvenuto durante gli incontri, ovvero di produrre altrove documenti che siano stati elaborati nell'ambito di tali incontri. Tale riservatezza deve essere assoluta nel senso che essa vale sia nel caso di un eventuale giudizio ordinario successivo (in esito al fallimento del tentativo), sia in altre circostanze in cui l'utilizzo di informazioni e/o materiali della procedura possa comportare una violazione di quest'obbligo (si pensi ad esempio al caso del terzo – facilitatore o valutatore – che successivamente sia chiamato ad assumere le vesti di consulente per una delle parti della procedura e, in tale posizione, possa rivelare scelte e strategie della controparte concorrente, delle quali sia venuto a conoscenza durante la procedura); e) I tempi generalmente brevi; f) I costi generalmente ridotti".

[13] LUISO, F.P., La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti, in www.judicium.it. L'Autore, in particolare, sottolinea che "Gli strumenti eteronomi si caratterizzano per il fatto che è un terzo a porre tali regole, con un atto ovviamente vincolante per le parti. Il terzo a sua volta può essere un soggetto che ha il potere di vincolare le parti in virtù della sua posizione istituzionale (il giudice); oppure un soggetto che ha il potere di vincolare le parti in virtù della volontà delle parti stesse (l'arbitro)". Fatte queste premesse, l'Autore spiega efficacemente che dal punto di vista della funzione si tratta di metodi assolutamente analoghi per l'utilizzatore: "Ebbene, tutti questi strumenti sono del tutto equivalenti e fra di loro fungibili in ordine ai risultati. L'efficacia vincolante di una sentenza, di un lodo, di una transazione (o di un qualunque altro contratto che ha come causa la risoluzione della controversia) sono perfettamente equivalenti. Del resto, se così non fosse – e cioè se potesse istituirsi una graduatoria di efficacia fra sentenza, lodo e contratto –questi ultimi due non realizzerebbero una risoluzione alternativa

della controversia: che, per essere alternativa, deve appunto essere equivalente".
[14] Si precisa altresì che il sistema ADR stabilito dall'AGCOM tratta circa 70.000 istanze di conciliazione ogni anno (più del 50% del totale delle ADR in Italia, ad oggi), con tassi di successo che vanno dal 70 (nel caso dei CoReCom) al 95% (nel caso delle commissioni di conciliazione paritetica).
[15] Sull'argomento, si vedano anche MINERVINI, E., "La conciliazione stragiudiziale delle controversie, il ruolo delle Camere di Commercio", Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003; COTUGNO, E.M., ZANFRAMUNDO, E., "Conciliazione e definizione delle controversie tra operatori e utenti", Dir. econ. mezzi comunic., 2007, 432; COTUGNO, E.M., ZANFRAMUNDO, E., "Conciliazione e definizione delle controversie tra operatori ed utenti di servizi di telecomunicazioni. Risultati e prospettive dell'attività dell'Agcom", in Dir. econ. mezzi comunic., 2005, 219.
[16] In generale, si vedano OROFINO, M., "Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello", Giuffré, Milano, 2008; NAPOLITANO, G., "Servizi pubblici e rapporti di utenza", Cedam, Padova, 2001; PARODI, C., PRESTI, L., "La nuova disciplina del settore telefonico", Giappichelli, Torino, 2004, SBRESCIA, V.M., "L'Europa delle comunicazioni elettroniche. Regolazione e concorrenza nel nuovo assetto della "governance" economica europea". Jovene Editore, Napoli, 2011. In quest'ultimo testo, ci si riferisce al fatto che l'Autorità, su impulso e finanziamento comunitario, partecipa a varie attività di "gemellaggio" con altre Autorità del bacino Mediterraneo (da ultimo, con l'Autorità egiziana e con quella giordana), nell'ambito delle quali rende informazioni sulla propria esperienza affinché le predette Autorità straniere possano sviluppare i relativi settori; nel corso di dette attività, particolare interesse è sempre stato suscitato dal regolamento in materia di risoluzione delle controversie, del quale, in sostanza, in questa maniera si esporta il "modello".
[17] Le strutture dell'Autorità competenti nelle materie delegate, infatti, si adoperano (in base al principio di "leale collaborazione" che deve permeare, secondo quanto previsto nell'Accordo quadro, il rapporto fra l'Autorità stessa e i Co.re.com delegati) affinché i Comitati acquisiscano l' "expertise" necessaria allo svolgimento delle deleghe. Conseguentemente, i responsabili delle strutture, per il tramite dell'Ufficio di gabinetto dell'Autorità, intrattengono una continua interlocuzione con i responsabili dei Comitati, fornendo chiarimenti anche informali, organizzando riunioni o seminari di approfondimento ovvero garantendo il supporto – all'occorrenza anche di risorse umane – di volta in volta richiesto
[18] In tale avviso sono contenute le indicazioni necessarie al caso; sono indicati infatti la data di deposito dell'istanza, l'oggetto della procedura, la data e il luogo fissati per l'udienza, nei casi di cui all'articolo 16, comma 4, l'ufficio in cui si può prendere visione degli atti, il responsabile del procedimento e i termini entro cui produrre memorie e documentazione, nonché per integrazioni e repliche alle produzioni avversarie, ed il termine di conclusione del procedimento.

[19] Possono tuttavia farsi rappresentare da soggetti muniti di procura generale o speciale purché idonea a conciliare o transigere la controversia, conferita con atto pubblico o con scrittura privata autenticata ovvero con scrittura privata corredata della fotocopia di un documento di identità del delegante (il rappresentato).
[20] Nel caso in cui la controversia sia di valore non eccedente i 500,00 euro alla data in cui l'Autorità riceve la domanda, la definizione della controversia è delegata al Direttore, senza bisogno di demandarla all'organo collegiale, sempreché non abbia una straordinaria rilevanza regolamentare, giuridica o tecnica. In tali casi la motivazione della decisione sarà succinta e relativa all'oggetto principale della controversia.
[21] Occorre chiarire che la liquidazione del danno esula dalle competenze dell' Autorità, la quale, in sede di definizione delle controversie di cui alla delibera n. 173/07/CONS, è chiamata a verificare solo la sussistenza del fatto obiettivo dell'inadempimento, come previsto espressamente dall'articolo 19, comma 4, della citata delibera: "L'Autorità, con il provvedimento che definisce la controversia, ove riscontri la fondatezza dell'istanza, può condannare l'operatore ad effettuare rimborsi di somme risultate non dovute o al pagamento di indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell' Autorità.
[22] Si ha altresì archiviazione nelle ipotesi di inammissibilità ed improcedibilità dell'istanza.
[23] Per un'analisi dell'istituto della mediazione civile, istituto riformato ad opera del d.l. n. 69 del 2013, convertito in l. n. 98 del 2013, si rimanda a Falco - Spina (a cura di), La nuova mediazione. Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal "Decreto del fare" (d.l. 69/2013, conv. con mod., in l. 98/2013), Giuffrè, 2014. In argomento si segnala come il Legislatore abbia precisato, all'art. 3, comma 5, che, in tema di negoziazione assistita c.d. obbligatoria, "restano ferme le disposizioni che prevedono speciali procedimenti obbligatori di conciliazione e mediazione, comunque denominati".

"Miglior interesse del bambino" e "maternità surrogata": secondo Strasburgo, gli "illegittimi" genitori vanno risarciti. Sulla ragionevolezza del giudizio "Paradiso e Campanelli c. Italia", Corte europea dei Diritti dell'Uomo, 27.01.2015

di
Marianna Orlandi

Abstract

La sentenza in commento, pronunciata dalla Corte europea dei Diritti dell'Uomo, concerne, ancora una volta, temi eticamente delicati, correlati alle tecniche di riproduzione artificiale. Muovendosi sul campo della "maternità surrogata", essa rischierebbe, in particolare, di compromettere la futura tenuta dei divieti nazionali che a tale pratica si riferiscono. Il giudizio di condanna di seguito illustrato, pur rimettendo ai singoli stati la decisione in merito al carattere legittimo o illegittimo della surrogazione, finisce, infatti, per riconoscere l'esistenza di un vero e proprio "diritto al figlio"; diritto da riconoscersi – pena la condanna al risarcimento – in capo a coloro che a tale pratica siano riusciti, in un modo o nell'altro, ad accedere con successo. Sulla base di un preteso "miglior interesse del bambino", inoltre, la Corte europea dichiara illegittima l'applicazione del diritto interno in tema di adozione e sostituisce il proprio giudizio di merito a quello dei giudizi nazionali. Tra le conseguenze, di non poco momento, che questa pronuncia potrebbe avere, l'Autrice paventa il rischio di una futura commercializzazione dell'essere umano.

The judgment under review, issued by the European Court of Human Rights, concerns, once again, very delicate ethical issues related to assisted reproduction techniques. This decision, which pertains to the topic of "surrogate mothers", might compromise the future validity of national provisions that presently prohibit this medical practice. Although it affirms that State parties may legitimize, or ban, surrogacy, the judgment hereafter illustrated ends up suggesting the existence of a "right to a child". Indeed, such right should be granted to those couples who were to manage, in some way or another, to successfully access such reproductive techniques. Its violation would entitle them to compensation. By referring to an asserted "best interest of the child", the European Court hereby condemns the application of Italian norms on adoption and it substitutes its own judgment to the one issued by national authorities. Among the relevant consequences of this decision, the Author mentions the risk for a future marketing of human beings.

Sommario: 1. Introduzione: la condanna all'Italia del 27 gennaio 2015. - 2. Lo svolgersi dei fatti e i giudizi nazionali. - 3. Il giudizio sovranazionale. - 3.1. Gli argomenti di Strasburgo: il "miglior interesse del bambino". - 3.2. Le

– giuste – ragioni del dissenso. - 4. Sulla tenuta e sulle possibili conseguenze della pronuncia europea: i rischi del "libero mercato".

1. Introduzione: la condanna all'Italia del 27 gennaio 2015.

Con sentenza del 27 gennaio 2015 (ricorso n. 25358/12), la Corte di Strasburgo ha nuovamente messo in discussione la definizione di famiglia adottata dal legislatore italiano e le tutele che il medesimo appresta ad essa e ai suoi componenti[1]. In particolare, la condanna inflitta all'Italia per non aver "riconosciuto" il rapporto di filiazione derivante da un parto avvenuto mediante ricorso alla cosiddetta "maternità surrogata", rischia di compromettere la validità e la futura tenuta tanto del divieto concernente tale pratica riproduttiva, penalmente sanzionata dalla legge 19 febbraio 2004, n. 40, quanto dei principi su cui si fondano le procedure nazionali per l'adozione dei minori. Se il Governo italiano non chiedesse il riesame della decisione in commento alla Grande Camera, e se quest'ultima non dovesse esprimersi in modo difforme, è probabile che il primo, sopravvissuto al recente vaglio nazionale di costituzionalità[2], sia presto destinato a divenire lettera morta. Al contempo, le sanzioni previste a carico di chi violi le procedure di cui alla l. 184/1983 ("*Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*") si ridurrebbero a limiti *geografici,* facilmente aggirabili da chiunque disponesse del denaro a ciò necessario.
La pronuncia in esame desta particolare preoccupazione non soltanto per la "fluidità" di quel concetto di "famiglia" che, in base ad essa, sarebbe tutelato dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo; quel che ancor più rileva è che il risarcimento del danno morale con essa dispostosi in favore dei soggetti ricorsi all'estero alla pratica vietata sia dipeso non tanto da un'estesa interpretazione dei diritti "parentali", quanto da un preteso "*miglior interesse del bambino*". Interesse che, invece, non parrebbe essere stato violato dalle autorità nazionali investite del caso. Esso rappresentava, al contrario, il fondamento di legittimità delle decisioni raggiunte dai giudici nazionali, che ne avevano disposto l'affidamento a diversa famiglia.

2. Lo svolgersi dei fatti e i giudizi nazionali.

Si propone, di seguito, una breve sintesi dei fatti di causa. Due coniugi molisani, DP e GC, che in Italia già erano ricorsi, senza successo, alla fecondazione artificiale, nel 2008 decisero di "ottenere" un loro figlio in Russia, dove le norme nazionali ammettono la pratica dell'utero in affitto. A tal fine, si rivolsero alla società legale *Rosjurconsulting* che, dietro lauto compenso, istruì la pratica. Il 27 febbraio 2011 il bambino venne alla luce dalla donna che lo aveva portato in grembo e che alla sua nascita sottoscrisse una dichiarazione in cui affermava di volerlo lasciare alla coppia italiana. Conformemente al diritto russo, i due venivano registrati come genitori del neonato. Il certificato di nascita non menzionava le circostanze del parto e la ricorrente ottenne agilmente dal Consolato italiano a Mosca i

documenti che le consentirono di riportare il bimbo in Italia. Al suo rientro, tuttavia, il comune di Colletorto, ove i due risiedono, rifiutò di riconoscere validità all'atto straniero. Ciò, in particolare, avvenne non tanto - o non solo - perché la pratica della "*gestation pour autrui*" fosse vietata in Italia; quanto perché, al contempo, era sopraggiunta una nota dello stesso Consolato, indicante la falsità del contenuto dell'atto di cui si chiedeva la registrazione.

A Mosca, in effetti, la Sig.ra GC aveva presentato documenti in cui, diversamente da quanto affermato dalla madre russa partoriente, il bambino era detto essere "geneticamente" figlio della coppia; aggettivo che, invece, non ricorreva nella versione originale della dichiarazione[3]. Chiamata a deporre avanti al Tribunale dei minori di Campobasso, la "madre" rivelava le circostanze di quel parto. Il figlio, a suo dire, era nato da embrioni donati da altra donna e impiantati, poi, nella madre "surrogata", ma pur sempre fecondati dal marito. Tuttavia, mentre il Tribunale già aveva sospeso, con effetto immediato ex art. 10, co. 3, l. 184/1983, l'autorità parentale dei coniugi, in ciò conformandosi anche a un ordine del Ministero dell'Interno, il test del DNA ordinato dalla stessa Autorità rivelava che nemmeno il Sig. DP era padre genetico del bambino. Pertanto, nonostante i due avessero dichiarato, al riguardo, la loro buona fede, restava il dato oggettivo dell'assenza di un qualsivoglia legame con il nuovo nato e dunque l'insussistenza, secondo la corte italiana, di un interesse del piccolo a restare con loro. L'asserita buonafede dei ricorrenti, del resto, non aveva nemmeno impedito che fosse loro rivolta l'accusa d'aver reso false dichiarazioni ad un pubblico ufficiale, nonché di aver violato le procedure previste per l'adozione internazionale. La coppia, infatti, era "in attesa" di adozione sin dal 2006, ma, "per la penuria di bambini in stato di adottabilità", nessun bambino era stato loro affidato.

Il Tribunale di Campobasso, pertanto, dopo aver dichiarato lo "stato di abbandono" del bambino, lo affidava prima a una casa famiglia e poi, finalmente, nel 2013, a una coppia di genitori adottivi, con i quali il piccolo vive a tutt'oggi. Perché non ai coniugi PC, che ne avevano chiesto l'adozione? In sintesi estrema: perché le uniche certezze di cui disponeva la corte nazionale erano, da un lato, l'identità della "madre affittata", non biologica, che aveva rinunciato al figlio; dall'altro, che i parenti genetici del piccolo restavano ignoti. Non si poteva nemmeno parlare, dunque, secondo il tribunale nazionale, di "maternità surrogata". Il Sig. e la Sig.ra PC avevano agito illegalmente, aggirando il divieto nazionale di surrogazione e pagando una consistente somma di denaro (49.000 Euro) per "ottenere" un figlio all'estero. Avevano tentato di far credere alle autorità nazionali che il figlio fosse loro, forse mentendo, e astrattamente violando anche l'art. 72 l. 184/1983, che prevede la reclusione sino a un anno per chiunque non rispetti le procedure sull'adozione internazionale. Affidare loro il bambino sarebbe equivalso, in sostanza, per i giudici italiani, a consacrare la legittimità di un agire palesemente illecito.

3. Il giudizio sovranazionale.

I coniugi ricorsero allora alla Corte europea dei diritti dell'uomo, nell'aprile 2012, lamentando, tra gli altri, la violazione, da parte dell'Autorità nazionale, dell'art. 8 della Convenzione, tutelante il diritto al rispetto della vita privata e familiare. Con il giudizio in commento, quest'ultima ha effettivamente accolto la loro doglianza, sia pur solo parzialmente, ossia condannando l'Italia a un risarcimento di 30.000 euro complessivi a favore dei PC, a ristoro del danno morale da questi patito e derivante da un'ingiusta rottura dei rapporti di "*famiglia di fatto"* che ormai s'erano creati tra loro e il bambino; non disponeva, tuttavia, la "restituzione" del figlio, che nel frattempo era stato ad altri *regolarmente* affidato. In altre parole, i giudici italiani, applicando norme nazionali pienamente conformi alla Convenzione, ovvero separando il minore dalla coppia e dando avvio alla regolare procedura per la sua adozione, avrebbero violato, secondo Strasburgo, "diritti umani fondamentali", tutelati ex art. 8 Cedu. Quali - ci si chiede - se non quello di agire illegalmente?
In effetti, non essendosi posta in discussione la legittimità del divieto nazionale di maternità surrogata, si fatica a comprendere il fondamento razionale, oltre che giuridico, di una siffatta pronuncia.

3.1. Gli argomenti di Strasburgo. Il "miglior interesse" del bambino.

Secondo l'argomentare della Corte europea, invero, lo stato italiano conserverebbe la facoltà di limitare l'accesso alle pratiche riproduttive artificiali, in ossequio a quel "margine di apprezzamento" di cui gode, in tali materie, ogni singolo legislatore[4]. Pertanto, esso sarebbe altresì legittimato a negare il riconoscimento di atti legalmente formatisi all'estero ogniqualvolta il loro contenuto contrasti con i divieti previsti a livello interno, posta la loro conseguente contrarietà all' "ordine pubblico"[5]. Nulla osterebbe, dunque, al rifiuto delle autorità nazionali di trascrivere un atto di nascita riguardante figli ottenuti mediante pratiche di "utero in affitto", tutt'oggi vietate *ex* art. 12 co 6 l. 40/2004. Al tempo stesso, però, "il fatto compiuto" basterebbe, a determinate condizioni, a fondare la sussistenza di quel nucleo familiare tutelato ex art. 8 Cedu e a rendere illegittimo il medesimo rifiuto.
Citando i suoi stessi precedenti in tema di *famiglia,* sempre più numerosi (e in ciò proseguendo una dinamica di "*auto*-legittimazione giurisprudenziale" che ormai da tempo preoccupa i giuristi più accorti[6]), infatti, la Corte conferma, in primo luogo, la sufficienza di meri rapporti di fatto ad integrare quella "vita privata e familiare" tutelata dal menzionato disposto; in secondo luogo, essa ritiene altresì inevitabile che la "convenzionale" definizione di famiglia s'attagli anche al caso in esame. Infine, sulla base di questa estesa interpretazione del concetto di "famiglia", la Corte sovranazionale giunge a ritenere che la decisione nazionale di allontanare il bambino dai ricorrenti fosse illegittima non già perché irrispettosa di un astratto diritto dei genitori al figlio "surrogato", quanto per non aver tutelato il "miglior interesse del bambino". Secondo la Corte di Strasburgo, a "creare" il vincolo meritevole di

tutela sarebbero stati, in particolare, i sei mesi che i PC già avevano trascorso, sia pur illecitamente, con il bambino. Letteralmente: "*À cet égard, elle relève que les requérants ont passé avec l'enfant les premières étapes importantes de sa jeune vie : six mois en Italie, à partir du troisième mois de vie de l'enfant. Avant cette période, la requérante avait déjà passé quelques semaines avec lui en Russie. Même si la période en tant que telle est relativement courte, la Cour estime que les requérants se sont comportés à l'égard de l'enfant comme des parents et conclut à l'existence d'une vie familiale de facto entre les requérants et l'enfant. Il s'ensuit que l'article 8 de la Convention s'applique en l'espèce.*"

È proprio per tale "vita familiare *de* facto" che i giudici nazionali sarebbero stati costretti a riconoscere l'atto formatosi all'estero, quandanche in contrasto con l'ordine pubblico interno. La possibilità di un rifiuto, infatti, troverebbe sempre il proprio limite, in casi siffatti, nel rispetto, internazionalmente riconosciuto come preminente, dell'interesse del minore. Ed esso, secondo i giudici dei diritti fondamentali, non poteva che identificarsi con quello di permanere con coloro che già si erano occupati di lui nei primi mesi di vita.

Ebbene, a prescindere dalla rilevanza, indubitabile, e qui fuori discussione, dei rapporti "di fatto", quel che in qualche modo stupisce è che, in base al citato ragionamento, anche un bambino che fosse stato "rapito" all'estero o tenuto in ostaggio per sei mesi potrebbe (o dovrebbe) definirsi "figlio" dei suoi stessi aguzzini. Suo stesso interesse potrebbe essere, in assenza di genitori naturali, quello di permanere con loro, stante il "rapporto familiare" eventualmente instauratosi. Mancando abusi o violenze, nulla escluderebbe, in altri termini, che anche in casi siffatti il Tribunale dei minori fosse costretto a riconoscere "diritti fondamentali" di tipo "familiare" a chi su di lui esercitasse un *potere di fatto.* Ipotizzare una siffatta assurdità giuridica, certamente estremizzando i principi espressi nella sentenza in commento, è tuttavia da ritenersi coerente con quanto in essa previsto e, in particolare, con la superficialità che ha caratterizzato l'individuazione del menzionato "miglior interesse del minore". La Corte sovranazionale sembra in realtà aver agito, nella vicenda in esame, proprio sacrificando tale interesse.

3.2. Le – giuste – ragioni del dissenso.

Invero, come segnalato nell'opinione dissenziente dei giudici Raimondi e Spano, la maggioranza della Corte, violando anche il principio di sussidiarietà, avrebbe ribaltato senza adeguate motivazioni la valutazione che il Tribunale dei minori aveva formulato proprio in merito al "miglior interesse" del bambino e al modo in cui dovesse essere tutelato nella concreta situazione[7]. Precisamente su di esso, infatti, e non sul divieto di utero in affitto, si era fondata la decisione di separarlo definitivamente dai PC, dichiarandone lo stato di abbandono e la successiva adottabilità[8]. Secondo i giudici nazionali, la coppia molisana, ricorrendo a pratiche illegali, e per esse pagando una cifra rilevante, aveva appalesato il narcisismo

implicito al proprio desiderio d'un figlio e, con esso, la radicale inidoneità ad essere famiglia adottiva. Il Tribunale di Campobasso, pertanto, aveva già posto a fondamento della propria decisione una piena ed effettiva tutela del bambino e dei suoi diritti. Anch'esso si era preoccupato, espressamente, del tempo che il bimbo già aveva trascorso con la madre, ma, vista la sua brevità, e la tenerissima età dell'allora neonato, non lo aveva ritenuto atto a "controbilanciare" la gravità della condotta dei pretesi genitori, imputati di falsità in atti e di violazione delle norme sull'adozione internazionale. La pretesa dei ricorrenti di strappare il minore straniero dalla famiglia adottiva con cui vive ormai da due anni e che, posta l'identità ignota dei suoi genitori genetici, costituisce la sua prima e unica esperienza *cosciente* di vita familiare (un bimbo la cui madre "gestante", dopo nove mesi trascorsi con lui, lo ha ad altri venduto), invero, non sembrerebbe conformarsi all'obiettivo di tutelare il "miglior interesse del bambino", in ciò suggerendo, al contrario, la maggior prudenza informante la scelta dei giudici nazionali.

Ad aggiungersi alla superficialità con cui la Corte di Strasburgo ha ritenuto essere stato violato l'articolo 8 Cedu nel caso di specie, si rilevi, peraltro, la novità della tesi sostenuta, posta l'assenza di pronunce giurisprudenziali dal medesimo tenore. Non possono ritenersi veri e propri "precedenti", infatti, le recenti condanne rivolte alla Francia, nelle quali la tutela del "migliore interesse del bambino" avrebbe parimenti giustificato il riconoscimento statale di un rapporto di filiazione formatosi all'estero, nonostante il divieto interno di surrogazione[9]. Le vicende francesi si differenziano da quella italiana per ragioni che non possono definirsi di dettaglio: in entrambe il padre era anche geneticamente legato al bambino e proprio tale aspetto giustificava l'affermazione di un "prevalente interesse" di quest'ultimo al riconoscimento della filiazione: interesse consistente nel non vedersi negata la propria "*biografia*" e l'identità personale ad essa correlata[10]. Peraltro, benché il diritto alla propria genealogia rivesta, per ciascun individuo, indubbia rilevanza, è opinione di chi scrive che nemmeno tale aspetto basterebbe, di per se stesso, a rendere tassativo il riconoscimento del rapporto di filiazione da madre surrogata. Non si vede motivo, in particolare, per ritenere che chi abbia pagato altri per partorire il proprio "figlio *genetico*" debba automaticamente qualificarsi come genitore capace di assumersi in modo serio e concludente le responsabilità che da tale ruolo discendono.

In conclusione, come emerge anche dall'opinione dissenziente dianzi menzionata, diversi sono i motivi per cui, dal punto di vista giuridico, la sentenza in esame non convince. Essi meriteranno, nei prossimi mesi, di essere studiati ed approfonditi con i dovuti tempo ed attenzione. Sin da subito, tuttavia, possono rilevarsi alcune criticità.

4. Sulla tenuta e sulle possibili conseguenze della pronuncia europea: i rischi del "libero mercato".

La Corte di Strasburgo, in primo luogo, fa nuovamente proprio un concetto di "famiglia" sulla cui ricevibilità, sulla cui conformità ai nazionali principi

costituzionali, già sono stati espressi, autorevolmente, fortissimi dubbi [11]. L'estensione dei diritti "familiari" ai rapporti di fatto, in particolare, sembra ancora una volta discendere da ragionamenti che, anziché guardare alla *ratio* dei primi, e su di essa fondarne l'eventuale estensione analogica, valuta ogni cosa in termini di un *dubitabile* concetto di "*uguaglianza*".

In secondo luogo, la pronuncia in commento pare muoversi nel senso di un progressivo e graduale azzeramento della sovranità statale in materie rispetto alle quali il legislatore nazionale dovrebbe godere, invece, di esclusiva potestà. La rilevanza, etica e sociale, della riproduzione, della famiglia, dei rapporti ad essa inerenti, dei diritti e dei doveri che dalla medesima discendono, esclude che la modifica della sua disciplina possa dipendere da un disordinato ed anonimo susseguirsi di decisioni giurisprudenziali, quand'anche provenienti da una corte sopranazionale.

Infine, la "liberalizzazione" della pratica dell'utero in affitto che, anche con questa pronuncia, va lentamente concretizzandosi, stride fortemente con gli obiettivi europei di lotta alla tratta degli esseri umani e all'eliminazione di ogni forma di loro sfruttamento. L'ostilità che molti Paesi ancora riservano a tale tecnica riproduttiva, infatti, non dipende soltanto dalla tutela dell'identità di ogni singolo uomo, ma, in larghissima misura, dal fatto che i contratti di surrogazione comportano l'inevitabile mercificazione dell'essere umano. È assai facile, invero, ed è proprio quel che accade, che siano donne povere e disagiate a sottoscrivere siffatto genere di contratti e a rinunciare, per bisogno di denaro, dunque, e non certo per motivi altruistici, a uno dei più importanti rapporti della loro stessa esistenza. Non sembra, allora, che possa essere una Corte nata proprio allo scopo di tutelare la dignità di ogni essere umano a dover eventualmente legittimare, agevolandole, questo genere di pratiche.

Note:

[*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

[1] ECHR, Seconda sezione, "Paradiso e Campanelli c. Italia", ric. n. 25358/12. Testo integrale della decisione reperibile *online* sul sito della Corte: http://www.echr.coe.int.

[2] L'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa, originariamente previsto dall'art. 4, co. 3, l. 40/2004, non ha travolto, infatti, quello di cui all'art. 12, co. 6 del medesimo testo normativo, per espresso riconoscimento dello stesso Giudice delle leggi, secondo il quale la seconda delle due disposizioni non è "in nessun modo e in nessun punto incisa dalla presente pronuncia, conservando quindi perdurante validità ed efficacia". Corte cost., sent. n. 162/2014.

[3] Questa, nella traduzione francese, la dichiarazione originale della madre partoriente: "*Je soussignée (...) ai mis au monde un garçon à la clinique maternité (...) de Moscou. Les parents de l'enfant sont un couple marié*

d'italiens, *Giovanni Campanelli, né le (...) et Donatina Paradiso née le (...), qui ont déclaré par écrit vouloir implanter leurs embryons dans mon utérus. (…)*". Questa, invece, la traduzione allegata, sempre nella versione francese: "*Je soussignée (...) ai mis au monde un garçon à la clinique maternité (...) de Moscou. Les parents génétiques de l'enfant sont un couple marié d'italiens, Giovanni Campanelli, né le (...) et Donatina Paradiso née le (...), qui ont déclaré par écrit vouloir implanter leurs embryons dans mon utérus*." Sottolineatura nostra.

[4] Espressamente riconosciuto, da ultimo nel giudizio *Mennesson v. Francia* (ric. n. 65192/11).

[5] Cfr. par. 73 della sentenza in esame: "*S'agissant du but légitime, aux yeux de la Cour, il n'y a pas lieu de douter que les mesures prises à l'égard de l'enfant tendaient à la " défense de l'ordre ", dans la mesure où la conduite des requérants se heurtait à la loi sur l'adoption internationale et le recours aux techniques de reproduction assistée hétérologue était, à l'époque des faits, interdit. En outre, les mesures en question visaient la protection des " droits et libertés " de l'enfant*."

[6] Cfr. parr. 67 e ss. della sentenza in commento.

[7] Sul punto cfr. "*Opinion en partie dissidente commune des judges Raimondi e Spano*", in part. al par. 13: "*À notre avis, il n'y a aucune raison de remettre en jeu l'évaluation faite par les juges italiens. La majorité substitue sa propre évaluation à celle des autorités nationales, mettant ainsi à mal le principe de subsidiarité et la doctrine de la "quatrième instance".*" Sottolineatura nostra.

[8] "*It is important to note that in this case the Court focused on the removal of the child and his placement under guardianship, and not on the issue of surrogacy*." In "*Questions and Answers on the Paradiso and Campanelli v. Italy judgment*, 27.01.2015", reperibile sul sito della Corte, http://www.echr.coe.int.

[9] Ci si riferisce alle decisioni del 26.06.2014, relative ai casi *Mennesson c. Francia,* ric. n. 65192/11, e *Labassee c. Francia,* ric. n. 65941/11.

[10] Sul diritto alla propria "biografia" cfr. il recente contributo di E. BILOTTI, *Il diritto alla conoscenza delle proprie origini,* parte degli Atti del Convegno "*Quale diritto per i figli dell'eterologa?*", 3 giugno 2014, Camera dei Deputati, rinvenibile *online* su "Diritto Mercato Tecnologia" (http://www.dimt.it/2014/06/10/il-diritto-alla-conoscenza-delle-proprie-origini).

[11] Sul punto cfr. F. VARI, *Il soliloquio del giudice a Babele ovvero il tentativo della Cassazione di equiparare il regime costituzionale di famiglia, convivenze* more uxorio *e unioni omosessuali,* 24 luglio 2013, rinvenibile *online* su federalismi.it.

SENTENZA DELLA CORTE (Grande Sezione)

13 maggio 2014

"Dati personali – Tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento di tali dati – Direttiva 95/46/CE – Articoli 2, 4, 12 e 14 – Ambito di applicazione materiale e territoriale – Motori di ricerca su Internet – Trattamento dei dati contenuti in siti web – Ricerca, indicizzazione e memorizzazione di tali dati – Responsabilità del gestore del motore di ricerca – Stabilimento nel territorio di uno Stato membro – Portata degli obblighi di tale gestore e dei diritti della persona interessata – Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – Articoli 7 e 8"

Nella causa C131/12,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dall'Audiencia Nacional (Spagna), con decisione del 27 febbraio 2012, pervenuta in cancelleria il 9 marzo 2012, nel procedimento

Google Spain SL,

Google Inc.

contro

Agencia Española de Protección de Datos (AEPD),

Mario Costeja González,

LA CORTE (Grande Sezione),

composta da V. Skouris, presidente, K. Lenaerts, vicepresidente, M. Ilešič (relatore), L. Bay Larsen, T. von Danwitz, M. Safjan, presidenti di sezione, J. Malenovský, E. Levits, A. Ó Caoimh, A. Arabadjiev, M. Berger, A. Prechal e E. Jarašiūnas, giudici,

avvocato generale: N. Jääskinen

cancelliere: M. Ferreira, amministratore principale

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 26 febbraio 2013,

considerate le osservazioni presentate:

– per Google Spain SL e Google Inc., da F. González Díaz, J. Baño Fos e B. Holles, abogados;

– per M. Costeja González, da J. Muñoz Rodríguez, abogado;

– per il governo spagnolo, da A. Rubio González, in qualità di agente;

– per il governo ellenico, da E.M. Mamouna e K. Boskovits, in qualità di agenti;

– per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da P. Gentili, avvocato dello Stato;

– per il governo austriaco, da G. Kunnert e C. Pesendorfer, in qualità di agenti;

– per il governo polacco, da B. Majczyna e M. Szpunar, in qualità di agenti;

– per la Commissione europea, da I. Martínez del Peral e B. Martenczuk, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 25 giugno 2013,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli articoli 2, lettere b) e d), 4, paragrafo 1, lettere a) e c), 12, lettera b), e 14, primo comma, lettera a), della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (GU L 281, pag. 31), nonché dell'articolo 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la "Carta").

2 Tale domanda è stata proposta nell'ambito di una controversia che oppone le società Google Spain SL (in prosieguo: "Google Spain") e Google Inc.

all'Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) (Agenzia di protezione dei dati; in prosieguo: l'"AEPD") e al sig. Costeja González, in merito ad una decisione di detta Agenzia che ha accolto la denuncia depositata dal sig. Costeja González contro le due società suddette e ha ordinato a Google Inc. di adottare le misure necessarie per rimuovere dai propri indici alcuni dati personali riguardanti detto interessato e di impedire in futuro l'accesso a tali dati.

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

3 La direttiva 95/46 – che, ai sensi del suo articolo 1, ha per oggetto la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche, e segnatamente del diritto alla vita privata, con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché l'eliminazione degli ostacoli alla libera circolazione di tali dati – enuncia, ai considerando 2, 10, da 18 a 20, e 25, quanto segue:

"(2) considerando che i sistemi di trattamento dei dati sono al servizio dell'uomo; che essi, indipendentemente dalla nazionalità o dalla residenza delle persone fisiche, debbono rispettare le libertà e i diritti fondamentali delle stesse, in particolare la vita privata, e debbono contribuire al (…) benessere degli individui;

(…)

(10) considerando che le legislazioni nazionali relative al trattamento dei dati personali hanno lo scopo di garantire il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, in particolare del diritto alla vita privata, riconosciuto anche dall'articolo 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali[, firmata a Roma il 4 novembre 1950,] e dai principi generali del diritto comunitario; che pertanto il ravvicinamento di dette legislazioni non deve avere per effetto un indebolimento della tutela da esse assicurata ma deve anzi mirare a garantire un elevato grado di tutela nella Comunità;

(…)

(18) considerando che, onde evitare che una persona venga privata della tutela cui ha diritto in forza della presente direttiva, è necessario che qualsiasi trattamento di dati personali effettuato nella Comunità rispetti la legislazione di uno degli Stati membri; che, a questo proposito, è opportuno assoggettare i trattamenti effettuati da una persona che opera sotto l'autorità del responsabile del trattamento stabilito in uno Stato membro alla legge di tale Stato;

(19) considerando che lo stabilimento nel territorio di uno Stato membro implica l'esercizio effettivo e reale dell'attività mediante un'organizzazione stabile; che la forma giuridica di siffatto stabilimento, si tratti di una semplice succursale o di una filiale dotata di personalità giuridica, non è il fattore determinante a questo riguardo; che quando un unico responsabile del trattamento è stabilito nel territorio di diversi Stati membri, in particolare per mezzo di filiali, esso deve assicurare, segnatamente per evitare che le disposizioni vengano eluse, che ognuno degli stabilimenti adempia gli obblighi previsti dalla legge nazionale applicabile alle attività di ciascuno di essi;

(20) considerando che la tutela delle persone prevista dalla presente direttiva non deve essere impedita dal fatto che il responsabile del trattamento sia stabilito in un paese terzo; che, in tal caso, è opportuno che i trattamenti effettuati siano disciplinati dalla legge dello Stato membro nel quale sono ubicati i mezzi utilizzati per il trattamento in oggetto e che siano prese le garanzie necessarie per consentire l'effettivo rispetto dei diritti e degli obblighi previsti dalla presente direttiva;

(…)

(25) considerando che i principi di tutela si esprimono, da un lato, nei vari obblighi a carico delle persone (…) [che trattano dati], obblighi relativi in particolare alla qualità dei dati, alla sicurezza tecnica, alla notificazione all'autorità di controllo, alle circostanze in cui il trattamento può essere effettuato, e, dall'altro, nel diritto delle persone, i cui dati sono oggetto di trattamento, di esserne informate, di poter accedere ai dati, e chiederne la rettifica, o di opporsi al trattamento in talune circostanze".

4 L'articolo 2 della direttiva 95/46 prevede che "[a]i fini [di tale] direttiva si intende per:

a) "dati personali": qualsiasi informazione concernente una persona fisica identificata o identificabile ("persona interessata"); si considera identificabile la persona che può essere identificata, direttamente o indirettamente, in particolare mediante riferimento ad un numero di identificazione o ad uno o più elementi specifici caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, psichica, economica, culturale o sociale;

b) "trattamento di dati personali" ("trattamento"): qualsiasi operazione o insieme di operazioni compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, l'elaborazione o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'impiego, la comunicazione mediante trasmissione,

diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, nonché il congelamento, la cancellazione o la distruzione;

(…)

d) "responsabile del trattamento": la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o qualsiasi altro organismo che, da solo o insieme ad altri, determina le finalità e gli strumenti del trattamento di dati personali. Quando le finalità e i mezzi del trattamento sono determinati da disposizioni legislative o regolamentari nazionali o comunitarie, il responsabile del trattamento o i criteri specifici per la sua designazione possono essere fissati dal diritto nazionale o comunitario;

(…)".

5 L'articolo 3 della citata direttiva, intitolato "Campo d'applicazione", enuncia, al paragrafo 1, quanto segue:

"Le disposizioni della presente direttiva si applicano al trattamento di dati personali interamente o parzialmente automatizzato nonché al trattamento non automatizzato di dati personali contenuti o destinati a figurare negli archivi".

6 L'articolo 4 della stessa direttiva, intitolato "Diritto nazionale applicabile", prevede:

"1. Ciascuno Stato membro applica le disposizioni nazionali adottate per l'attuazione della presente direttiva al trattamento di dati personali:

a) effettuato nel contesto delle attività di uno stabilimento del responsabile del trattamento nel territorio dello Stato membro; qualora uno stesso responsabile del trattamento sia stabilito nel territorio di più Stati membri, esso deve adottare le misure necessarie per assicurare l'osservanza, da parte di ciascuno di detti stabilimenti, degli obblighi stabiliti dal diritto nazionale applicabile;

b) il cui responsabile non è stabilito nel territorio dello Stato membro, ma in un luogo in cui si applica la sua legislazione nazionale, a norma del diritto internazionale pubblico;

c) il cui responsabile, non stabilito nel territorio della Comunità, ricorre, ai fini del trattamento di dati personali, a strumenti, automatizzati o non automatizzati, situati nel territorio di detto Stato membro, a meno che questi

non siano utilizzati ai soli fini di transito nel territorio della Comunità europea.

2. Nella fattispecie di cui al paragrafo 1, lettera c), il responsabile del trattamento deve designare un rappresentante stabilito nel territorio di detto Stato membro, fatte salve le azioni che potrebbero essere promosse contro lo stesso responsabile del trattamento".

7 Nell'ambito del capo II della direttiva 95/46, segnatamente nella sezione I, intitolata "Principi relativi alla qualità dei dati", l'articolo 6 dispone quanto segue:

"1. Gli Stati membri dispongono che i dati personali devono essere:

a) trattati lealmente e lecitamente;

b) rilevati per finalità determinate, esplicite e legittime, e successivamente trattati in modo non incompatibile con tali finalità. Il trattamento successivo dei dati per scopi storici, statistici o scientifici non è ritenuto incompatibile, purché gli Stati membri forniscano garanzie appropriate;

c) adeguati, pertinenti e non eccedenti rispetto alle finalità per le quali vengono rilevati e/o per le quali vengono successivamente trattati;

d) esatti e, se necessario, aggiornati; devono essere prese tutte le misure ragionevoli per cancellare o rettificare i dati inesatti o incompleti rispetto alle finalità per le quali sono rilevati o sono successivamente trattati, cancellati o rettificati;

e) conservati in modo da consentire l'identificazione delle persone interessate per un arco di tempo non superiore a quello necessario al conseguimento delle finalità per le quali sono rilevati o sono successivamente trattati. Gli Stati membri prevedono garanzie adeguate per i dati personali conservati oltre il suddetto arco di tempo per motivi storici, statistici o scientifici.

2. Il responsabile del trattamento è tenuto a garantire il rispetto delle disposizioni del paragrafo 1".

8 Nel capo II della direttiva 95/46, all'interno della sezione II, intitolata "Principi relativi alla legittimazione del trattamento dei dati", l'articolo 7 recita così:

"Gli Stati membri dispongono che il trattamento di dati personali può essere effettuato soltanto quando:

(…)

f) è necessario per il perseguimento dell'interesse legittimo del responsabile del trattamento oppure del o dei terzi cui vengono comunicati i dati, a condizione che non prevalgano l'interesse o i diritti e le libertà fondamentali della persona interessata, che richiedono tutela ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1".

9 L'articolo 9 della citata direttiva, intitolato "Trattamento di dati personali e libertà d'espressione", ha il seguente tenore:

"Gli Stati membri prevedono, per il trattamento di dati personali effettuato esclusivamente a scopi giornalistici o di espressione artistica o letteraria, le esenzioni o le deroghe alle disposizioni del presente capo e dei capi IV e VI solo qualora si rivelino necessarie per conciliare il diritto alla vita privata con le norme sulla libertà d'espressione".

10 L'articolo 12 della medesima direttiva, intitolato "Diritto di accesso", così dispone:

"Gli Stati membri garantiscono a qualsiasi persona interessata il diritto di ottenere dal responsabile del trattamento:

(…)

b) a seconda dei casi, la rettifica, la cancellazione o il congelamento dei dati il cui trattamento non è conforme alle disposizioni della presente direttiva, in particolare a causa del carattere incompleto o inesatto dei dati;

(…)".

11 L'articolo 14 della direttiva 95/46, intitolato "Diritto di opposizione della persona interessata", ha il seguente tenore:

"Gli Stati membri riconoscono alla persona interessata il diritto:

a) almeno nei casi di cui all'articolo 7, lettere e) e f), di opporsi in qualsiasi momento, per motivi preminenti e legittimi, derivanti dalla sua situazione particolare, al trattamento di dati che la riguardano, salvo disposizione contraria prevista dalla normativa nazionale. In caso di opposizione

giustificata il trattamento effettuato dal responsabile non può più riguardare tali dati;

(…)".

12 L'articolo 28 di detta direttiva, intitolato "Autorità di controllo", è così formulato:

"1. Ogni Stato membro dispone che una o più autorità pubbliche siano incaricate di sorvegliare, nel suo territorio, l'applicazione delle disposizioni di attuazione della presente direttiva, adottate dagli Stati membri.

(…)

3. Ogni autorità di controllo dispone in particolare:

– di poteri investigativi, come il diritto di accesso ai dati oggetto di trattamento e di raccolta di qualsiasi informazione necessaria all'esercizio della sua funzione di controllo;

– di poteri effettivi d'intervento, come quello (…) di ordinare il congelamento, la cancellazione o la distruzione dei dati, oppure di vietare a titolo provvisorio o definitivo un trattamento (…);

– (…).

È possibile un ricorso giurisdizionale avverso le decisioni dell'autorità di controllo recanti pregiudizio.

4. Qualsiasi persona, o associazione che la rappresenti, può presentare a un'autorità di controllo una domanda relativa alla tutela dei suoi diritti e libertà con riguardo al trattamento di dati personali. La persona interessata viene informata del seguito dato alla sua domanda.

(…)

6. Ciascuna autorità di controllo, indipendentemente dalla legge nazionale applicabile al trattamento in questione, è competente per esercitare, nel territorio del suo Stato membro, i poteri attribuitile a norma del paragrafo 3. Ciascuna autorità può essere invitata ad esercitare i suoi poteri su domanda dell'autorità di un altro Stato membro.

Le autorità di controllo collaborano tra loro nella misura necessaria allo svolgimento dei propri compiti, in particolare scambiandosi ogni informazione utile.

(…)".

Diritto spagnolo

13 La direttiva 95/46 è stata trasposta nell'ordinamento spagnolo mediante la legge organica n. 15/1999, del 13 dicembre 1999, relativa alla tutela dei dati personali (BOE n. 298, del 14 dicembre 1999, pag. 43088).

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

14 Il 5 marzo 2010, il sig. Costeja González, cittadino spagnolo con domicilio in Spagna, ha presentato dinanzi all'AEPD un reclamo contro La Vanguardia Ediciones SL, che pubblica un quotidiano di larga diffusione, soprattutto in Catalogna (Spagna) (in prosieguo: "La Vanguardia"), nonché contro Google Spain e Google Inc. Tale reclamo era fondato sul fatto che, allorché un utente di Internet introduceva il nome del sig. Costeja González nel motore di ricerca del gruppo Google (in prosieguo: "Google Search"), otteneva dei link verso due pagine del quotidiano di La Vanguardia rispettivamente del 19 gennaio e del 9 marzo 1998, sulle quali figurava un annuncio, menzionante il nome del sig. Costeja González, per una vendita all'asta di immobili connessa ad un pignoramento effettuato per la riscossione coattiva di crediti previdenziali.

15 Mediante detto reclamo, il sig. Costeja González chiedeva, da un lato, che fosse ordinato a La Vanguardia di sopprimere o modificare le pagine suddette affinché i suoi dati personali non vi comparissero più, oppure di ricorrere a taluni strumenti forniti dai motori di ricerca per proteggere tali dati. Dall'altro lato, egli chiedeva che fosse ordinato a Google Spain o a Google Inc. di eliminare o di occultare i suoi dati personali, in modo che cessassero di comparire tra i risultati di ricerca e non figurassero più nei link di La Vanguardia. Il sig. Costeja González affermava in tale contesto che il pignoramento, che era stato effettuato nei suoi confronti, era stato interamente definito da svariati anni e che la menzione dello stesso era ormai priva di qualsiasi rilevanza.

16 Con decisione del 30 luglio 2010, l'AEPD ha respinto il suddetto reclamo nella parte in cui era diretto contro La Vanguardia, ritenendo che la pubblicazione da parte di quest'ultima delle informazioni in questione fosse legalmente giustificata, dato che aveva avuto luogo su ordine del Ministero del Lavoro e degli Affari sociali e aveva avuto lo scopo di conferire il massimo

di pubblicità alla vendita pubblica, al fine di raccogliere il maggior numero di partecipanti all'asta.

17 Detto reclamo è stato invece accolto nella parte in cui era diretto contro Google Spain e Google Inc. L'AEPD ha considerato in proposito che i gestori di motori di ricerca sono assoggettati alla normativa in materia di protezione dei dati, dato che essi effettuano un trattamento di dati per il quale sono responsabili e agiscono quali intermediari della società dell'informazione. L'AEPD ha ritenuto di essere autorizzata ad ordinare la rimozione dei dati nonché il divieto di accesso a taluni dati da parte dei gestori di motori di ricerca, qualora essa ritenga che la localizzazione e la diffusione degli stessi possano ledere il diritto fondamentale alla protezione dei dati e la dignità delle persone in senso ampio, ciò che includerebbe anche la semplice volontà della persona interessata che tali dati non siano conosciuti da terzi. L'AEPD ha affermato che tale obbligo può incombere direttamente ai gestori di motori di ricerca, senza che sia necessario cancellare i dati o le informazioni dal sito web in cui questi compaiono, segnatamente quando il mantenimento di tali informazioni nel sito in questione sia giustificato da una norma di legge.

18 Google Spain e Google Inc. hanno proposto due ricorsi separati contro la decisione di cui sopra dinanzi all'Audiencia Nacional, dei quali quest'ultima ha disposto la riunione.

19 Detto giudice chiarisce nella decisione di rinvio che i ricorsi sopra menzionati portano a chiedersi quali obblighi incombano ai gestori di motori di ricerca per la tutela dei dati personali delle persone interessate, le quali non desiderino che alcune informazioni, pubblicate sui siti web di terzi e contenenti loro dati personali che consentono di collegare ad esse dette informazioni, vengano localizzate, indicizzate e messe a disposizione degli utenti di Internet in modo indefinito. La risposta a tale quesito dipenderebbe dal modo in cui la direttiva 95/46 deve essere interpretata nel contesto di queste tecnologie che sono apparse dopo la sua pubblicazione.

20 Alla luce di tali considerazioni, l'Audiencia Nacional ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

"1) Per quanto concerne l'ambito territoriale di applicazione della direttiva [95/46] e, di conseguenza, della normativa spagnola sulla protezione dei dati, si chiede:

a) Se debba ritenersi che esista uno "stabilimento" ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), della direttiva [95/46], qualora ricorrano una o più delle seguenti circostanze:

– l'impresa che gestisce il motore di ricerca apre in uno Stato membro una succursale o una filiale destinata alla promozione e alla vendita degli spazi pubblicitari proposti dal motore di ricerca e l'attività della quale si dirige agli abitanti di tale Stato;

o

– la società madre designa una filiale situata in tale Stato membro come suo rappresentante e responsabile del trattamento di due file specifici contenenti i dati dei clienti che hanno stipulato contratti con detta società per la fornitura di servizi pubblicitari;

o

– la succursale o la filiale stabilita in uno Stato membro trasmette alla società madre, avente sede al di fuori dell'Unione europea, i reclami e le ingiunzioni che le vengono presentati tanto dalle persone interessate quanto dalle autorità competenti perché sia rispettato il diritto alla protezione dei dati, anche quando tale collaborazione abbia carattere volontario.

b) Se l'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), della direttiva [95/46] debba essere interpretato nel senso che si configura un "ricorso a strumenti situati nel territorio di detto Stato membro" qualora un motore di ricerca:

– utilizzi dei "web spiders" o dei crawler per localizzare e indicizzare le informazioni contenute in pagine web alloggiate su server situati in tale Stato membro

o

– utilizzi un nome di dominio proprio di uno Stato membro e indirizzi le ricerche e i risultati in funzione della lingua di tale Stato membro.

c) Se possa considerarsi come un ricorso a strumenti, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), della direttiva [95/46], la memorizzazione temporanea delle informazioni indicizzate dai motori di ricerca su Internet. In caso di risposta affermativa a quest'ultimo quesito, se si possa ritenere soddisfatto tale criterio di collegamento quando l'impresa si rifiuti di rivelare il luogo in cui archivia detti indici, adducendo ragioni di concorrenza.

d) A prescindere dalla risposta ai precedenti quesiti, e specialmente nel caso in cui la Corte ritenesse inapplicabili i criteri di collegamento previsti dall'articolo 4 della direttiva [95/46]:

Se, alla luce dell'articolo 8 della [Carta], la direttiva [95/46] debba essere applicata nello Stato membro nel quale si trova il centro di gravità del conflitto e nel quale è possibile ottenere una tutela più efficace dei diritti dei cittadini dell'Unione (…).

2) Per quanto concerne l'attività dei motori di ricerca quali fornitori di contenuti in relazione alla direttiva [95/46], si chiede:

a) Riguardo all'attività [di Google Search] quale fornitore di contenuti, consistente nel localizzare le informazioni pubblicate o messe in rete da terzi, nell'indicizzarle in maniera automatica, nel memorizzarle temporaneamente e infine nel metterle a disposizione degli utenti di Internet secondo un determinato ordine di preferenza, qualora tali informazioni contengano dati personali di terzi:

Se un'attività come quella descritta debba considerarsi rientrante nella nozione di "trattamento di dati" ai sensi dell'articolo 2, lettera b), della direttiva [95/46].

b) In caso di risposta affermativa al quesito precedente, e sempre con riferimento ad un'attività come quella sopra descritta:

Se l'articolo 2, lettera d), della direttiva [95/46] debba essere interpretato nel senso che la società che gestisce [Google Search] deve essere considerata "responsabile del trattamento" dei dati personali contenuti nelle pagine web da essa indicizzate.

c) In caso di risposta affermativa al quesito precedente:

Se l'[AEPD], al fine di tutelare i diritti enunciati agli articoli 12, lettera b), e 14, [primo comma,] lettera a), della direttiva [95/46], possa ordinare direttamente [a Google Search] di rimuovere dai propri indici un'informazione pubblicata da terzi, senza rivolgersi previamente o simultaneamente al titolare della pagina web in cui è inserita tale informazione.

d) In caso di risposta affermativa al quesito precedente:

Se i motori di ricerca siano sollevati dall'obbligo di rispettare i diritti di cui sopra qualora l'informazione contenente i dati personali sia stata lecitamente pubblicata da terzi e rimanga sulla pagina web di origine.

3) Per quanto concerne la portata del diritto di cancellazione e/o opposizione al trattamento di dati in relazione al diritto all'oblio, si chiede:

Se si debba ritenere che i diritti di cancellazione e congelamento dei dati, disciplinati dall'articolo 12, lettera b), e il diritto di opposizione al loro trattamento, regolato dall'articolo 14, [primo comma,] lettera a), della direttiva [95/46], implichino che l'interessato può rivolgersi ai motori di ricerca per impedire l'indicizzazione delle informazioni riguardanti la sua persona pubblicate su pagine web di terzi, facendo valere la propria volontà che tali informazioni non siano conosciute dagli utenti di Internet, ove egli reputi che la loro divulgazione possa arrecargli pregiudizio o desideri che tali informazioni siano dimenticate, anche quando si tratti di informazioni pubblicate da terzi lecitamente".

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla seconda questione, lettere a) e b), concernente l'ambito di applicazione materiale della direttiva 95/46

21 Con la sua seconda questione, lettere a) e b), da esaminarsi per prima, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 2, lettera b), della direttiva 95/46 debba essere interpretato nel senso che l'attività di un motore di ricerca quale fornitore di contenuti, consistente nel trovare informazioni pubblicate o inserite da terzi su Internet, nell'indicizzarle in modo automatico, nel memorizzarle temporaneamente e, infine, nel metterle a disposizione degli utenti di Internet secondo un determinato ordine di preferenza, deve essere qualificata come "trattamento di dati personali", ai sensi della disposizione suddetta, qualora tali informazioni contengano dati personali. In caso di risposta affermativa, il giudice del rinvio desidera inoltre sapere se il citato articolo 2, lettera d), debba essere interpretato nel senso che il gestore di un motore di ricerca deve essere considerato come il "responsabile" del suddetto trattamento di dati personali, ai sensi di quest'ultima disposizione.

22 Secondo Google Spain e Google Inc., l'attività dei motori di ricerca non può essere considerata quale trattamento dei dati che appaiono sulle pagine web di terzi visualizzate nell'elenco dei risultati della ricerca, dato che detti motori di ricerca trattano le informazioni accessibili su Internet nel loro insieme senza operare una selezione tra i dati personali e le altre informazioni. Inoltre, anche supponendo che tale attività debba essere qualificata come "trattamento di dati", il gestore di un motore di ricerca non può essere considerato come "responsabile" di tale trattamento, dal momento che egli non ha conoscenza dei dati in questione e non esercita alcun controllo su di essi.

23 Per contro, il sig. Costeja González, i governi spagnolo, italiano, austriaco e polacco, nonché la Commissione europea, ritengono che l'attività suddetta implichi all'evidenza un "trattamento di dati" nel senso di cui alla direttiva 95/46, il quale si distingue dal trattamento di dati ad opera degli editori di

siti web e persegue obiettivi diversi rispetto a quelli di quest'ultimo. Il gestore di un motore di ricerca sarebbe "responsabile" del trattamento dei dati da questo effettuato, essendo detto gestore a determinare le finalità e gli strumenti di tale trattamento.

24 Secondo il governo ellenico, l'attività in questione costituisce un "trattamento" siffatto, ma poiché i motori di ricerca fungono da semplici intermediari, le imprese che li gestiscono non possono essere considerate "responsabili", ad eccezione del caso in cui esse memorizzino dei dati in una "memoria intermedia" o una "memoria cache" per un periodo di tempo superiore a quanto tecnicamente necessario.

25 A questo proposito occorre rilevare come l'articolo 2, lettera b), della direttiva 95/46 definisca il "trattamento di dati personali" come "qualsiasi operazione o insieme di operazioni compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, l'elaborazione o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'impiego, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, nonché il congelamento, la cancellazione o la distruzione".

26 Per quanto riguarda in particolare Internet, la Corte ha già avuto modo di constatare che l'operazione consistente nel far comparire su una pagina Internet dati personali va considerata come un "trattamento" siffatto ai sensi dell'articolo 2, lettera b), della direttiva 95/46 (v. sentenza Lindqvist, C101/01, EU:C:2003:596, punto 25).

27 Per quanto concerne l'attività in esame nel procedimento principale, non è contestato che tra i dati trovati, indicizzati, memorizzati dai motori di ricerca e messi a disposizione degli utilizzatori di questi ultimi sono presenti anche informazioni riguardanti persone fisiche identificate o identificabili, e dunque "dati personali" ai sensi dell'articolo 2, lettera a), della direttiva citata.

28 Pertanto, occorre constatare che, esplorando Internet in modo automatizzato, costante e sistematico alla ricerca delle informazioni ivi pubblicate, il gestore di un motore di ricerca "raccoglie" dati siffatti, che egli "estrae", "registra" e "organizza" successivamente nell'ambito dei suoi programmi di indicizzazione, "conserva" nei suoi server e, eventualmente, "comunica" e "mette a disposizione" dei propri utenti sotto forma di elenchi dei risultati delle loro ricerche. Poiché tali operazioni sono contemplate in maniera esplicita e incondizionata all'articolo 2, lettera b), della direttiva 95/46, esse devono essere qualificate come "trattamento" ai sensi di tale disposizione, senza che rilevi il fatto che il gestore del motore di ricerca applichi le medesime operazioni anche ad altri tipi di informazioni e non distingua tra queste e i dati personali.

29 La constatazione di cui sopra non viene invalidata neppure dal fatto che tali dati abbiano già costituito l'oggetto di una pubblicazione su Internet e non vengano modificati dal suddetto motore di ricerca.

30 Infatti, la Corte ha già constatato che le operazioni contemplate dall'articolo 2, lettera b), della direttiva 95/46 devono essere considerate come un trattamento siffatto anche nell'ipotesi in cui riguardino esclusivamente informazioni già pubblicate tali e quali nei media. La Corte ha infatti rilevato, a questo proposito, che una deroga generale all'applicazione della direttiva 95/46 in un'ipotesi siffatta priverebbe in larga parte del suo significato tale direttiva (v., in tal senso, sentenza Satakunnan Markkinapörssi e Satamedia, C73/07, EU:C:2008:727, punti 48 e 49).

31 Inoltre, discende dalla definizione contenuta nell'articolo 2, lettera b), della direttiva 95/46 che, se indubbiamente la modificazione di dati personali costituisce un trattamento ai sensi della direttiva stessa, le altre operazioni menzionate in tale disposizione non esigono affatto, invece, che i dati suddetti vengano modificati.

32 Quanto alla questione se il gestore di un motore di ricerca debba o no essere considerato come il "responsabile del trattamento" dei dati personali effettuato da tale motore nell'ambito di un'attività come quella oggetto del procedimento principale, occorre ricordare che l'articolo 2, lettera d), della direttiva 95/46 definisce detto responsabile come "la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o qualsiasi altro organismo che, da solo o insieme ad altri, determina le finalità e gli strumenti del trattamento di dati personali".

33 Orbene, è il gestore del motore di ricerca a determinare le finalità e gli strumenti di tale attività e dunque del trattamento di dati personali che egli stesso effettua nell'ambito dell'attività medesima, ed è di conseguenza lui a dover essere considerato come il "responsabile" di tale trattamento a norma del citato articolo 2, lettera d).

34 Inoltre, occorre constatare che sarebbe contrario non soltanto al chiaro tenore letterale di tale disposizione, ma anche alla sua finalità – consistente nel garantire, mediante un'ampia definizione della nozione di "responsabile", una tutela efficace e completa delle persone interessate – il fatto di escludere dalla nozione di cui sopra il gestore di un motore di ricerca per il motivo che egli non esercita alcun controllo sui dati personali pubblicati sulle pagine web di terzi.

35 A questo proposito, occorre sottolineare che il trattamento di dati personali effettuato nell'ambito dell'attività di un motore di ricerca si

distingue da e si aggiunge a quello effettuato dagli editori di siti web, consistente nel far apparire tali dati su una pagina Internet.

36 Inoltre, è pacifico che tale attività dei motori di ricerca svolge un ruolo decisivo nella diffusione globale dei dati suddetti, in quanto rende accessibili questi ultimi a qualsiasi utente di Internet che effettui una ricerca a partire dal nome della persona interessata, anche a quegli utenti che non avrebbero altrimenti trovato la pagina web su cui questi stessi dati sono pubblicati.

37 Per di più, l'organizzazione e l'aggregazione delle informazioni pubblicate su Internet, realizzate dai motori di ricerca allo scopo di facilitare ai loro utenti l'accesso a dette informazioni, possono avere come effetto che tali utenti, quando la loro ricerca viene effettuata a partire dal nome di una persona fisica, ottengono attraverso l'elenco di risultati una visione complessiva strutturata delle informazioni relative a questa persona reperibili su Internet, che consente loro di stabilire un profilo più o meno dettagliato di quest'ultima.

38 Pertanto, nella misura in cui l'attività di un motore di ricerca può incidere, in modo significativo e in aggiunta all'attività degli editori di siti web, sui diritti fondamentali alla vita privata e alla protezione dei dati personali, il gestore di tale motore di ricerca quale soggetto che determina le finalità e gli strumenti di questa attività deve assicurare, nell'ambito delle sue responsabilità, delle sue competenze e delle sue possibilità, che detta attività soddisfi le prescrizioni della direttiva 95/46, affinché le garanzie previste da quest'ultima possano sviluppare pienamente i loro effetti e possa essere effettivamente realizzata una tutela efficace e completa delle persone interessate, in particolare del loro diritto al rispetto della loro vita privata.

39 Infine, la circostanza che gli editori di siti web abbiano la facoltà di indicare ai gestori di motori di ricerca, con l'aiuto segnatamente di protocolli di esclusione come "robot.txt" o di codici come "noindex" o "noarchive", il loro desiderio che una determinata informazione, pubblicata sul loro sito, venga esclusa in tutto o in parte dagli indici automatici di detti motori di ricerca, non significa che la mancanza di un'indicazione siffatta da parte di questi editori liberi il gestore di un motore di ricerca dalla sua responsabilità per il trattamento dei dati personali che egli effettua nell'ambito dell'attività del motore stesso.

40 Infatti, tale circostanza non modifica il fatto che le finalità e gli strumenti del citato trattamento sono determinati da detto gestore. Inoltre, anche supponendo che la summenzionata facoltà degli editori di siti web significhi che costoro determinano insieme con il suddetto gestore gli strumenti di tale trattamento, tale circostanza nulla toglierebbe alla responsabilità di quest'ultimo, dato che l'articolo 2, lettera d), della direttiva 95/46 prevede

espressamente che tale determinazione possa essere effettuata “da solo o insieme ad altri”.

41 Alla luce di quanto sopra esposto, occorre rispondere alla seconda questione, lettere a) e b), dichiarando che l’articolo 2, lettere b) e d), della direttiva 95/46 deve essere interpretato nel senso che, da un lato, l’attività di un motore di ricerca consistente nel trovare informazioni pubblicate o inserite da terzi su Internet, nell’indicizzarle in modo automatico, nel memorizzarle temporaneamente e, infine, nel metterle a disposizione degli utenti di Internet secondo un determinato ordine di preferenza, deve essere qualificata come “trattamento di dati personali”, ai sensi del citato articolo 2, lettera b), qualora tali informazioni contengano dati personali, e che, dall’altro lato, il gestore di detto motore di ricerca deve essere considerato come il “responsabile” del trattamento summenzionato, ai sensi dell’articolo 2, lettera d), di cui sopra.

Sulla prima questione, lettere da a) a d), concernente l’ambito di applicazione territoriale della direttiva 95/46

42 Con la sua prima questione, lettere da a) a d), il giudice del rinvio mira a stabilire se sia possibile applicare la normativa nazionale di recepimento della direttiva 95/46 in circostanze quali quelle in esame nel procedimento principale.

43 In tale contesto, il giudice del rinvio ha accertato i seguenti fatti:

– Google Search viene proposto a livello mondiale tramite il sito web “www.google.com”. In numerosi Stati esistono versioni locali adattate alla lingua nazionale. La versione in lingua spagnola di Google Search viene proposta tramite il sito web “www.google.es”, registrato dal 16 settembre 2003. Google Search è uno dei motori di ricerca più utilizzati in Spagna.

– Google Search è gestito da Google Inc., che è la società madre del gruppo Google e la cui sede sociale si trova negli Stati Uniti.

– Google Search indicizza i siti web del mondo intero, e tra questi i siti ubicati in Spagna. Le informazioni indicizzate dai suoi “web spiders” o dai suoi crawler, ossia programmi informatici utilizzati per reperire e scandagliare il contenuto delle pagine web in modo metodico e automatizzato, vengono memorizzate temporaneamente in server dei quali si ignora lo Stato di ubicazione, informazione questa che viene mantenuta segreta per ragioni di concorrenza.

– Google Search non si limita a dare accesso ai contenuti ospitati sui siti web indicizzati, ma sfrutta tale attività per includere, dietro pagamento,

pubblicità associate ai termini di ricerca introdotti dagli utenti di Internet, a beneficio di imprese che desiderano utilizzare tale mezzo per offrire i loro beni o servizi a tali utenti.

– Il gruppo Google utilizza la propria filiale Google Spain per la promozione delle vendite di spazi pubblicitari generati sul sito web "www.google.com". Google Spain, che è stata costituita il 3 settembre 2003 e che gode di personalità giuridica autonoma, ha la propria sede sociale a Madrid (Spagna). Essa sviluppa le proprie attività essenzialmente a destinazione delle imprese basate in Spagna, operando quale agente commerciale del gruppo suddetto in tale Stato membro. Il suo oggetto sociale consiste nel promuovere, facilitare ed effettuare la vendita di prodotti e di servizi di pubblicità online a terzi, nonché il marketing di questa pubblicità.

– Google Inc. ha designato Google Spain come responsabile del trattamento, in Spagna, di due file registrati da Google Inc. presso l'AEPD, tenendo presente che tali file hanno lo scopo di contenere i dati personali dei clienti che hanno concluso contratti di servizi pubblicitari con Google Inc.

44 In concreto, il giudice del rinvio si interroga, in via principale, in merito alla nozione di "stabilimento", ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 95/46, e a quella di "ricorso a strumenti situati nel territorio di detto Stato membro", ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), della medesima direttiva.

Sulla prima questione, lettera a)

45 Con la sua prima questione, lettera a), il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 95/46 debba essere interpretato nel senso che un trattamento di dati personali viene effettuato nel contesto delle attività di uno stabilimento del responsabile di tale trattamento nel territorio di uno Stato membro, ai sensi della disposizione di cui sopra, qualora una o più delle seguenti tre condizioni siano soddisfatte:

– il gestore di un motore di ricerca apre in uno Stato membro una succursale o una filiale destinata alla promozione e alla vendita degli spazi pubblicitari proposti dal motore di ricerca e l'attività della quale si dirige agli abitanti di tale Stato, oppure

– la società madre designa una filiale situata in tale Stato membro come suo rappresentante e responsabile del trattamento di due file specifici contenenti i dati dei clienti che hanno stipulato contratti con detta società per la fornitura di servizi pubblicitari, oppure

– la succursale o la filiale stabilita in uno Stato membro trasmette alla società madre, avente sede al di fuori dell'Unione, i reclami e le ingiunzioni che le vengono presentati tanto dalle persone interessate quanto dalle autorità competenti perché sia rispettato il diritto alla protezione dei dati personali, anche quando tale collaborazione abbia carattere volontario.

46 Per quanto riguarda la prima di queste tre condizioni, il giudice del rinvio rileva che Google Search è gestito e amministrato da Google Inc., e che non è dimostrato che Google Spain realizzi in Spagna un'attività direttamente connessa all'indicizzazione o alla memorizzazione di informazioni o di dati contenuti nei siti web di terzi. Tuttavia, l'attività di promozione e di vendita degli spazi pubblicitari, di cui si occupa Google Spain per la Spagna, costituirebbe la parte essenziale dell'attività commerciale del gruppo Google e potrebbe essere considerata come strettamente connessa a Google Search.

47 Il sig. Costeja González, i governi spagnolo, italiano, austriaco e polacco, nonché la Commissione, ritengono che, tenuto conto del nesso inscindibile tra l'attività del motore di ricerca gestito da Google Inc. e quella di Google Spain, quest'ultima debba essere considerata come uno stabilimento della prima, nel contesto delle cui attività viene effettuato il trattamento di dati personali. Invece, secondo Google Spain, Google Inc. ed il governo ellenico, l'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 95/46 non trova applicazione nell'ipotesi corrispondente alla prima delle tre condizioni elencate dal giudice del rinvio.

48 A questo proposito occorre anzitutto rilevare che il considerando 19 della direttiva 95/46 precisa che "lo stabilimento nel territorio di uno Stato membro implica l'esercizio effettivo e reale dell'attività mediante un'organizzazione stabile", e "che la forma giuridica di siffatto stabilimento, si tratti di una semplice succursale o di una filiale dotata di personalità giuridica, non è il fattore determinante a questo riguardo".

49 Orbene, non è contestato che Google Spain si dedica all'esercizio effettivo e reale di un'attività mediante un'organizzazione stabile in Spagna. Essendo inoltre dotata di una personalità giuridica propria, detta società costituisce in tal modo una filiale di Google Inc. nel territorio spagnolo e, di conseguenza, uno "stabilimento" ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 95/46.

50 Al fine di soddisfare il criterio fissato da questa disposizione, è altresì necessario che il trattamento di dati personali ad opera del responsabile dello stesso venga "effettuato nel contesto delle attività" di uno stabilimento di questo responsabile nel territorio di uno Stato membro.

51 Google Spain e Google Inc. negano che tale situazione sussista nel caso di specie, dal momento che il trattamento di dati personali in esame nel procedimento principale viene effettuato esclusivamente da Google Inc., che gestisce Google Search senza alcun intervento da parte di Google Spain, la cui attività si limita alla fornitura di un sostegno all'attività pubblicitaria del gruppo Google, che si differenzia dal suo servizio di motore di ricerca.

52 Tuttavia, come sottolineato in particolare dal governo spagnolo e dalla Commissione, l'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 95/46 non esige che il trattamento di dati personali in questione venga effettuato "dallo" stesso stabilimento interessato, bensì soltanto che venga effettuato "nel contesto delle attività" di quest'ultimo.

53 Inoltre, alla luce dell'obiettivo della direttiva 95/46 di garantire una tutela efficace e completa delle libertà e dei diritti fondamentali delle persone fisiche, segnatamente del diritto alla vita privata, con riguardo al trattamento dei dati personali, l'espressione suddetta non può ricevere un'interpretazione restrittiva (v., per analogia, sentenza L'Oréal e a., C324/09, EU:C:2011:474, punti 62 e 63).

54 In tali circostanze, occorre rilevare che risulta in particolare dai considerando da 18 a 20 e dall'articolo 4 della direttiva 95/46 che il legislatore dell'Unione ha inteso evitare che una persona venga esclusa dalla protezione garantita da tale direttiva e che tale protezione venga elusa, prevedendo a tal fine un ambito di applicazione territoriale particolarmente esteso.

55 Tenuto conto di tale obiettivo della direttiva 95/46 e del tenore letterale del suo articolo 4, paragrafo 1, lettera a), occorre affermare che il trattamento di dati personali realizzato per le esigenze di servizio di un motore di ricerca come Google Search, il quale venga gestito da un'impresa con sede in uno Stato terzo ma avente uno stabilimento in uno Stato membro, viene effettuato "nel contesto delle attività" di tale stabilimento qualora quest'ultimo sia destinato a garantire, in tale Stato membro, la promozione e la vendita degli spazi pubblicitari proposti dal suddetto motore di ricerca, che servono a rendere redditizio il servizio offerto da quest'ultimo.

56 Infatti, in circostanze del genere, le attività del gestore del motore di ricerca e quelle del suo stabilimento situato nello Stato membro interessato sono inscindibilmente connesse, dal momento che le attività relative agli spazi pubblicitari costituiscono il mezzo per rendere il motore di ricerca in questione economicamente redditizio e che tale motore è, al tempo stesso, lo strumento che consente lo svolgimento di dette attività.

57 A questo proposito occorre ricordare che, come si è precisato ai punti da 26 a 28 della presente sentenza, la visualizzazione stessa di dati personali su una pagina di risultati di una ricerca costituisce un trattamento di dati personali. Orbene, poiché la suddetta visualizzazione di risultati è accompagnata, sulla stessa pagina, da quella di pubblicità correlate ai termini di ricerca, è giocoforza constatare che il trattamento di dati personali in questione viene effettuato nel contesto dell'attività pubblicitaria e commerciale dello stabilimento del responsabile del trattamento nel territorio di uno Stato membro, nella fattispecie il territorio spagnolo.

58 Date tali circostanze, non si può accettare che il trattamento di dati personali effettuato per le esigenze del funzionamento del suddetto motore di ricerca venga sottratto agli obblighi e alle garanzie previsti dalla direttiva 95/46, ciò che pregiudicherebbe l'effetto utile di quest'ultima e la tutela efficace e completa delle libertà e dei diritti fondamentali delle persone fisiche che detta direttiva mira a garantire (v., per analogia, sentenza L'Oréal e a., EU:C:2011:474, punti 62 e 63), segnatamente il diritto al rispetto della loro vita privata, con riguardo al trattamento dei dati personali, al quale detta direttiva riconosce un'importanza particolare, come confermato segnatamente dall'articolo 1, paragrafo 1, e dai considerando 2 e 10 della direttiva medesima (v., in tal senso, sentenze Österreichischer Rundfunk e a., C465/00, C138/01 e C139/01, EU:C:2003:294, punto 70; Rijkeboer, C553/07, EU:C:2009:293, punto 47, nonché IPI, C473/12, EU:C:2013:715, punto 28 e la giurisprudenza ivi citata).

59 Dal momento che la prima delle tre condizioni elencate dal giudice del rinvio è sufficiente di per sé sola per concludere che uno stabilimento come Google Spain soddisfa il criterio previsto dall'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 95/46, non è necessario esaminare le altre due condizioni.

60 Alla luce delle considerazioni di cui sopra, occorre rispondere alla prima questione, lettera a), dichiarando che l'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 95/46 deve essere interpretato nel senso che un trattamento di dati personali viene effettuato nel contesto delle attività di uno stabilimento del responsabile di tale trattamento nel territorio di uno Stato membro, ai sensi della disposizione suddetta, qualora il gestore di un motore di ricerca apra in uno Stato membro una succursale o una filiale destinata alla promozione e alla vendita degli spazi pubblicitari proposti da tale motore di ricerca e l'attività della quale si dirige agli abitanti di detto Stato membro.

Sulla prima questione, lettere da b) a d)

61 Tenuto conto della soluzione data alla prima questione, lettera a), non vi è luogo a rispondere alla prima questione, lettere da b) a d).

Sulla seconda questione, lettere c) e d), concernente l'estensione della responsabilità del gestore di un motore di ricerca ai sensi della direttiva 95/46

62 Con la sua seconda questione, lettere c) e d), il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se gli articoli 12, lettera b), e 14, primo comma, lettera a), della direttiva 95/46 debbano essere interpretati nel senso che, per rispettare i diritti previsti da tali disposizioni, il gestore di un motore di ricerca è obbligato a sopprimere, dall'elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal nome di una persona, dei link verso pagine web pubblicate da terzi e contenenti informazioni relative a questa persona, anche nel caso in cui tale nome o tali informazioni non vengano previamente o simultaneamente cancellati dalle pagine web di cui trattasi, e ciò eventualmente anche quando la loro pubblicazione su tali pagine sia di per sé lecita.

63 Google Spain e Google Inc. ritengono che, in virtù del principio di proporzionalità, qualsiasi domanda diretta alla soppressione di informazioni debba essere indirizzata all'editore del sito web interessato, in quanto quest'ultimo è colui che assume la responsabilità di rendere pubbliche le informazioni, che è in grado di valutare la liceità di tale pubblicazione e che dispone dei mezzi più efficaci e meno restrittivi per rendere inaccessibili le informazioni stesse. Inoltre, imporre al gestore di un motore di ricerca di rimuovere dai propri indici informazioni pubblicate su Internet non terrebbe sufficientemente conto dei diritti fondamentali degli editori di siti web, degli altri utenti di Internet, nonché dello stesso gestore.

64 Secondo il governo austriaco, un'autorità di controllo nazionale può ordinare a tale gestore di cancellare dai propri archivi informazioni pubblicate da terzi unicamente nel caso in cui l'illiceità o l'inesattezza dei dati in questione sia stata previamente constatata o la persona interessata abbia presentato con successo un'opposizione dinanzi all'editore del sito web sul quale tali informazioni sono state pubblicate.

65 Il sig. Costeja González, i governi spagnolo, italiano e polacco, nonché la Commissione, ritengono che l'autorità nazionale possa ordinare direttamente al gestore di un motore di ricerca di rimuovere dai propri indici e dalla propria memoria intermedia informazioni contenenti dati personali pubblicati da terzi, senza doversi rivolgere previamente o simultaneamente all'editore della pagina web nella quale compaiono tali informazioni. Oltre a ciò, ad avviso del sig. Costeja González, dei governi spagnolo e italiano nonché della Commissione, la circostanza che le informazioni suddette siano state pubblicate in modo lecito e ancora compaiano sulla pagina web d'origine non incide sugli obblighi incombenti a detto gestore in forza della direttiva 95/46. Invece, per il governo polacco, tale circostanza è idonea a liberare il gestore del motore di ricerca dai propri obblighi.

66 In via preliminare, occorre ricordare che, come risulta dall'articolo 1 e dal considerando 10 della direttiva 95/46, quest'ultima mira a garantire un livello elevato di protezione delle libertà e dei diritti fondamentali delle persone fisiche, in particolare del diritto alla vita privata, con riguardo al trattamento dei dati personali (v., in tal senso, sentenza IPI, EU:C:2013:715, punto 28).

67 A mente del considerando 25 della direttiva 95/46, i principi di tutela previsti da quest'ultima si esprimono, da un lato, nei vari obblighi a carico dei soggetti che trattano dati – obblighi relativi in particolare alla qualità dei dati, alla sicurezza tecnica, alla notificazione all'autorità di controllo, alle circostanze in cui il trattamento può essere effettuato – e, dall'altro, nel diritto delle persone, i cui dati sono oggetto di trattamento, di esserne informate, di poter accedere ai dati e di poterne chiedere la rettifica, o anche di opporsi al trattamento in talune circostanze.

68 La Corte ha già statuito che le disposizioni della direttiva 95/46, disciplinando il trattamento di dati personali che possono arrecare pregiudizio alle libertà fondamentali e, segnatamente, al diritto alla vita privata, devono necessariamente essere interpretate alla luce dei diritti fondamentali che, secondo una costante giurisprudenza, formano parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte garantisce l'osservanza e che sono ormai iscritti nella Carta (v., in particolare, sentenze Connolly/Commissione, C274/99 P, EU:C:2001:127, punto 37, nonché Österreichischer Rundfunk e a., EU:C:2003:294, punto 68).

69 In tal senso, l'articolo 7 della Carta garantisce il diritto al rispetto della vita privata, mentre l'articolo 8 della Carta proclama espressamente il diritto alla protezione dei dati personali. I paragrafi 2 e 3 di quest'ultimo articolo precisano che i dati suddetti devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge, che ogni persona ha il diritto di accedere ai dati raccolti che la riguardano e di ottenerne la rettifica, e che il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente. Tali prescrizioni ricevono attuazione in particolare mediante gli articoli 6, 7, 12, 14 e 28 della direttiva 95/46.

70 Quanto all'articolo 12, lettera b), della direttiva 95/46, esso dispone che gli Stati membri garantiscono a qualsiasi persona interessata il diritto di ottenere dal responsabile del trattamento, a seconda dei casi, la rettifica, la cancellazione o il congelamento dei dati il cui trattamento non sia conforme alle disposizioni di questa direttiva, in particolare a causa del carattere incompleto o inesatto dei dati. Poiché quest'ultima precisazione relativa all'ipotesi del mancato rispetto di talune prescrizioni dettate dall'articolo 6, paragrafo 1, lettera d), della direttiva 95/46 risulta avere carattere esemplificativo e non esaustivo, ne consegue che la non conformità del

trattamento, atta a conferire alla persona interessata il diritto garantito dall'articolo 12, lettera b), di tale direttiva, può derivare anche dal mancato rispetto delle altre condizioni di liceità imposte da quest'ultima al trattamento di dati personali.

71 A questo proposito occorre ricordare che, fatte salve le deroghe ammesse ai sensi dell'articolo 13 della direttiva 95/46, qualsiasi trattamento di dati personali deve, da un lato, essere conforme ai principi relativi alla qualità dei dati, enunciati all'articolo 6 di detta direttiva, e, dall'altro, rispondere ad uno dei principi relativi alla legittimazione dei trattamenti di dati, elencati all'articolo 7 della direttiva stessa (v. sentenze Österreichischer Rundfunk e a., EU:C:2003:294, punto 65; ASNEF e FECEMD, C468/10 e C469/10, EU:C:2011:777, punto 26, nonché Worten, C342/12, EU:C:2013:355, punto 33).

72 A mente del citato articolo 6, e fatte salve le disposizioni specifiche che gli Stati membri possono prevedere per trattamenti a scopi storici, statistici o scientifici, spetta al responsabile del trattamento garantire che i dati personali siano "trattati lealmente e lecitamente", che vengano "rilevati per finalità determinate, esplicite e legittime, e successivamente trattati in modo non incompatibile con tali finalità", che siano "adeguati, pertinenti e non eccedenti rispetto alle finalità per le quali vengono rilevati e/o per le quali vengono successivamente trattati", che siano "esatti e, se necessario, aggiornati" e, infine, che siano "conservati in modo da consentire l'identificazione delle persone interessate per un arco di tempo non superiore a quello necessario al conseguimento delle finalità per le quali sono rilevati o sono successivamente trattati". In tale contesto, detto responsabile deve prendere tutte le misure ragionevoli affinché i dati che non soddisfano le prescrizioni dettate dalla disposizione suddetta vengano cancellati o rettificati.

73 Quanto alla legittimazione, ai sensi dell'articolo 7 della direttiva 95/46, di un trattamento come quello oggetto del procedimento principale effettuato dal gestore di un motore di ricerca, esso può ricadere sotto il motivo contemplato dal citato articolo 7, alla lettera f).

74 Tale disposizione consente il trattamento di dati personali allorché questo è necessario per il perseguimento dell'interesse legittimo del responsabile del trattamento oppure del terzo o dei terzi cui vengono comunicati i dati, a condizione che non prevalgano l'interesse o i diritti e le libertà fondamentali della persona interessata – segnatamente il suo diritto al rispetto della sua vita privata con riguardo al trattamento dei dati personali –, i quali richiedono una tutela ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, di detta direttiva. L'applicazione del citato articolo 7, lettera f), esige dunque una ponderazione dei contrapposti diritti e interessi in gioco, nell'ambito della quale si deve tener conto dell'importanza dei diritti della persona interessata risultanti

dagli articoli 7 e 8 della Carta (v. sentenza ASNEF e FECEMD, EU:C:2011:777, punti 38 e 40).

75 Se dunque la conformità del trattamento di dati agli articoli 6 e 7, lettera f), della direttiva 95/46 può essere verificata nell'ambito di una domanda ai sensi dell'articolo 12, lettera b), di quest'ultima, la persona interessata può inoltre avvalersi, a determinate condizioni, del diritto di opposizione previsto dall'articolo 14, primo comma, lettera a), della medesima direttiva.

76 Ai sensi di tale articolo 14, primo comma, lettera a), gli Stati membri riconoscono alla persona interessata il diritto – almeno nei casi di cui all'articolo 7, lettere e) e f), della citata direttiva – di opporsi in qualsiasi momento, per motivi preminenti e legittimi derivanti dalla sua situazione particolare, al trattamento di dati che la riguardano, salvo disposizione contraria prevista dalla normativa nazionale. La ponderazione da effettuarsi nell'ambito di tale articolo 14, primo comma, lettera a), permette così di tener conto in modo più specifico di tutte le circostanze caratterizzanti la situazione concreta della persona interessata. In caso di opposizione giustificata, il trattamento messo in atto dal responsabile di quest'ultimo non può più riguardare tali dati.

77 Le domande ai sensi degli articoli 12, lettera b), e 14, primo comma, lettera a), della direttiva 95/46 possono essere direttamente presentate dalla persona interessata al responsabile del trattamento, il quale deve in tal caso procedere al debito esame della loro fondatezza e, eventualmente, porre fine al trattamento dei dati in questione. Qualora il responsabile del trattamento non dia seguito a tali domande, la persona interessata può adire l'autorità di controllo o l'autorità giudiziaria affinché queste effettuino le verifiche necessarie e ordinino al suddetto responsabile l'adozione di misure precise conseguenti.

78 A questo proposito occorre rilevare che dall'articolo 28, paragrafi 3 e 4, della direttiva 95/46 risulta che qualsiasi persona può presentare a un'autorità di controllo una domanda relativa alla tutela dei suoi diritti e delle sue libertà con riguardo al trattamento di dati personali, e che tale autorità dispone di poteri investigativi e di poteri effettivi di intervento che le consentono di ordinare in particolare il congelamento, la cancellazione o la distruzione di dati, oppure di vietare a titolo provvisorio o definitivo un trattamento.

79 È alla luce di tali considerazioni che occorre interpretare e applicare le disposizioni della direttiva 95/46 disciplinanti i diritti della persona interessata allorché quest'ultima presenta all'autorità di controllo o all'autorità giudiziaria una domanda quale quella oggetto del procedimento a quo.

80 A questo proposito occorre anzitutto rilevare che, come si è constatato ai punti da 36 a 38 della presente sentenza, un trattamento di dati personali, quale quello in esame nel procedimento principale, effettuato dal gestore di un motore di ricerca, può incidere significativamente sui diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali, nel caso in cui la ricerca con l'aiuto di tale motore venga effettuata a partire dal nome di una persona fisica, dal momento che detto trattamento consente a qualsiasi utente di Internet di ottenere, mediante l'elenco di risultati, una visione complessiva strutturata delle informazioni relative a questa persona reperibili su Internet, che toccano potenzialmente una moltitudine di aspetti della sua vita privata e che, senza il suddetto motore di ricerca, non avrebbero potuto – o solo difficilmente avrebbero potuto – essere connesse tra loro, e consente dunque di stabilire un profilo più o meno dettagliato di tale persona. Inoltre, l'effetto dell'ingerenza nei suddetti diritti della persona interessata risulta moltiplicato in ragione del ruolo importante che svolgono Internet e i motori di ricerca nella società moderna, i quali conferiscono alle informazioni contenute in un siffatto elenco di risultati carattere ubiquitario (v., in tal senso, sentenza eDate Advertising e a., C509/09 e C161/10, EU:C:2011:685, punto 45).

81 Vista la gravità potenziale di tale ingerenza, è giocoforza constatare che quest'ultima non può essere giustificata dal semplice interesse economico del gestore di un siffatto motore di ricerca in questo trattamento di dati. Tuttavia, poiché la soppressione di link dall'elenco di risultati potrebbe, a seconda dell'informazione in questione, avere ripercussioni sul legittimo interesse degli utenti di Internet potenzialmente interessati ad avere accesso a quest'ultima, occorre ricercare, in situazioni quali quelle oggetto del procedimento principale, un giusto equilibrio segnatamente tra tale interesse e i diritti fondamentali della persona di cui trattasi derivanti dagli articoli 7 e 8 della Carta. Se indubbiamente i diritti della persona interessata tutelati da tali articoli prevalgono, di norma, anche sul citato interesse degli utenti di Internet, tale equilibrio può nondimeno dipendere, in casi particolari, dalla natura dell'informazione di cui trattasi e dal suo carattere sensibile per la vita privata della persona suddetta, nonché dall'interesse del pubblico a disporre di tale informazione, il quale può variare, in particolare, a seconda del ruolo che tale persona riveste nella vita pubblica.

82 L'autorità di controllo o l'autorità giudiziaria, all'esito della valutazione dei presupposti di applicazione degli articoli 12, lettera b), e 14, primo comma, lettera a), della direttiva 95/46, da effettuarsi allorché ricevono una domanda quale quella oggetto del procedimento principale, possono ordinare al suddetto gestore di sopprimere, dall'elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal nome di una persona, dei link verso pagine web pubblicate da terzi e contenenti informazioni relative a tale persona, senza che un'ingiunzione in tal senso presupponga che tale nome e tali informazioni siano, con il pieno consenso dell'editore o su ingiunzione di

una delle autorità sopra menzionate, previamente o simultaneamente cancellati dalla pagina web sulla quale sono stati pubblicati.

83 Infatti, come si è constatato ai punti da 35 a 38 della presente sentenza, poiché il trattamento dei dati effettuato nel contesto dell'attività di un motore di ricerca si distingue da e si aggiunge a quello effettuato dagli editori di siti web e incide ulteriormente sui diritti fondamentali della persona interessata, il gestore di tale motore di ricerca quale responsabile del trattamento in questione deve assicurare, nell'ambito delle sue responsabilità, delle sue competenze e delle sue possibilità, che tale trattamento soddisfi le prescrizioni della direttiva 95/46, affinché le garanzie previste da quest'ultima possano sviluppare pienamente i loro effetti.

84 In proposito occorre rilevare che, tenuto conto della facilità con cui informazioni pubblicate su un sito web possono essere riprodotte su altri siti, nonché del fatto che i responsabili della loro pubblicazione non sempre sono assoggettati alla normativa dell'Unione, non sarebbe possibile realizzare una tutela efficace e completa delle persone interessate nel caso in cui queste dovessero preventivamente o in parallelo ottenere dagli editori di siti web la cancellazione delle informazioni che le riguardano.

85 Inoltre, il trattamento da parte dell'editore di una pagina web, consistente nella pubblicazione di informazioni relative a una persona fisica, può, eventualmente, essere effettuato "esclusivamente a scopi giornalistici" e beneficiare così, a norma dell'articolo 9 della direttiva 95/46, di deroghe alle prescrizioni dettate da quest'ultima, mentre non sembra integrare tale ipotesi il trattamento effettuato dal gestore di un motore di ricerca. Non si può dunque escludere che la persona interessata possa, in determinate circostanze, esercitare i diritti contemplati dagli articoli 12, lettera b), e 14, primo comma, lettera a), della direttiva 95/46 contro il suddetto gestore del motore di ricerca, ma non contro l'editore della pagina web.

86 Infine, occorre constatare che non soltanto il motivo giustificante, a norma dell'articolo 7 della direttiva 95/46, la pubblicazione di un dato personale su un sito web non coincide necessariamente con il motivo che si applica all'attività dei motori di ricerca, ma che, anche quando tale coincidenza sussista, il risultato del bilanciamento degli interessi in gioco da effettuarsi ai sensi degli articoli 7, lettera f), e 14, primo comma, lettera a), di detta direttiva può divergere a seconda che si tratti del trattamento effettuato dal gestore di un motore di ricerca o di quello effettuato dall'editore di detta pagina web, in quanto, da un lato, i legittimi interessi che giustificano questi trattamenti possono essere differenti e, dall'altro, le conseguenze che tali trattamenti hanno per la persona interessata, e segnatamente per la sua vita privata, non sono necessariamente le stesse.

87 Infatti, l'inclusione nell'elenco di risultati – che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal nome di una persona – di una pagina web e delle informazioni in essa contenute relative a questa persona, poiché facilita notevolmente l'accessibilità di tali informazioni a qualsiasi utente di Internet che effettui una ricerca sulla persona di cui trattasi e può svolgere un ruolo decisivo per la diffusione di dette informazioni, è idonea a costituire un'ingerenza più rilevante nel diritto fondamentale al rispetto della vita privata della persona interessata che non la pubblicazione da parte dell'editore della suddetta pagina web.

88 Alla luce dell'insieme delle considerazioni sopra esposte, occorre rispondere alla seconda questione, lettere c) e d), dichiarando che gli articoli 12, lettera b), e 14, primo comma, lettera a), della direttiva 95/46 devono essere interpretati nel senso che, al fine di rispettare i diritti previsti da tali disposizioni, e sempre che le condizioni da queste fissate siano effettivamente soddisfatte, il gestore di un motore di ricerca è obbligato a sopprimere, dall'elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal nome di una persona, dei link verso pagine web pubblicate da terzi e contenenti informazioni relative a questa persona, anche nel caso in cui tale nome o tali informazioni non vengano previamente o simultaneamente cancellati dalle pagine web di cui trattasi, e ciò eventualmente anche quando la loro pubblicazione su tali pagine web sia di per sé lecita.

Sulla terza questione, concernente la portata dei diritti della persona interessata garantiti dalla direttiva 95/46

89 Con la sua terza questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se gli articoli 12, lettera b), e 14, primo comma, lettera a), della direttiva 95/46 debbano essere interpretati nel senso che consentono alla persona interessata di esigere dal gestore di un motore di ricerca che questi sopprima dall'elenco di risultati, che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal nome di questa persona, dei link verso pagine web legittimamente pubblicate da terzi e contenenti informazioni veritiere riguardanti quest'ultima, a motivo del fatto che tali informazioni possono arrecarle pregiudizio o che essa desidera l'"oblio" di queste informazioni dopo un certo tempo.

90 Google Spain, Google Inc., i governi ellenico, austriaco e polacco, nonché la Commissione, ritengono che tale questione esiga una risposta negativa. Google Spain, Google Inc., il governo polacco e la Commissione fanno valere in proposito che gli articoli 12, lettera b), e 14, primo comma, lettera a), della direttiva 95/46 conferiscono dei diritti alle persone interessate unicamente a condizione che il trattamento in parola sia incompatibile con la direttiva stessa, oppure in ragione di motivi preminenti e legittimi attinenti alla loro situazione particolare, e non per il semplice fatto che tali persone ritengano

che tale trattamento possa arrecare loro pregiudizio o che esse desiderino che i dati costituenti l'oggetto di detto trattamento cadano nell'oblio. I governi ellenico e austriaco reputano che la persona interessata debba rivolgersi all'editore del sito web in questione.

91 Il sig. Costeja González nonché i governi spagnolo e italiano ritengono che la persona interessata possa opporsi all'indicizzazione dei propri dati personali ad opera di un motore di ricerca, qualora la diffusione di tali dati tramite quest'ultimo le arrechi pregiudizio e i diritti fondamentali di questa persona alla protezione dei dati suddetti e al rispetto della vita privata, comprendenti il "diritto all'oblio", prevalgano sui legittimi interessi del gestore del motore di ricerca e sull'interesse generale alla libertà d'informazione.

92 Quanto all'articolo 12, lettera b), della direttiva 95/46, la cui applicazione è subordinata alla condizione che il trattamento di dati personali sia incompatibile con la direttiva stessa, occorre ricordare che, come si è rilevato al punto 72 della presente sentenza, un'incompatibilità siffatta può derivare non soltanto dal fatto che tali dati siano inesatti, ma anche segnatamente dal fatto che essi siano inadeguati, non pertinenti o eccessivi in rapporto alle finalità del trattamento, che non siano aggiornati, oppure che siano conservati per un arco di tempo superiore a quello necessario, a meno che la loro conservazione non si imponga per motivi storici, statistici o scientifici.

93 Da tali prescrizioni, dettate dall'articolo 6, paragrafo 1, lettere da c) a e), della direttiva 95/46, discende che anche un trattamento inizialmente lecito di dati esatti può divenire, con il tempo, incompatibile con la direttiva suddetta qualora tali dati non siano più necessari in rapporto alle finalità per le quali sono stati raccolti o trattati. Tale situazione si configura in particolare nel caso in cui i dati risultino inadeguati, non siano o non siano più pertinenti, ovvero siano eccessivi in rapporto alle finalità suddette e al tempo trascorso.

94 Pertanto, nell'ipotesi in cui si constati, in seguito a una domanda della persona interessata ai sensi dell'articolo 12, lettera b), della direttiva 95/46, che l'inclusione nell'elenco di risultati – che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal suo nome – dei link verso pagine web, legittimamente pubblicate da terzi e contenenti informazioni veritiere relative alla sua persona, è, allo stato attuale, incompatibile con il citato articolo 6, paragrafo 1, lettere da c) a e), a motivo del fatto che tali informazioni appaiono, alla luce dell'insieme delle circostanze caratterizzanti il caso di specie, inadeguate, non pertinenti o non più pertinenti, ovvero eccessive in rapporto alle finalità del trattamento in questione realizzato dal gestore del motore di ricerca, le informazioni e i link in parola di cui al suddetto elenco di risultati devono essere cancellati.

95 Per quanto riguarda le domande ai sensi del suddetto articolo 12, lettera b), fondate sul presunto mancato rispetto delle condizioni previste dall'articolo 7, lettera f), della direttiva 95/46, nonché le domande a norma dell'articolo 14, primo comma, lettera a), della medesima direttiva, occorre rilevare che ciascun trattamento di dati personali deve essere legittimato in virtù di tale articolo 7 per tutto il tempo in cui viene effettuato.

96 Alla luce di quanto precede, nel valutare domande di questo tipo proposte contro un trattamento di dati quale quello in esame nel procedimento principale, occorre verificare in particolare se l'interessato abbia diritto a che l'informazione riguardante la sua persona non venga più, allo stato attuale, collegata al suo nome da un elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal suo nome. In proposito occorre sottolineare che la constatazione di un diritto siffatto non presuppone che l'inclusione dell'informazione in questione nell'elenco di risultati arrechi un pregiudizio all'interessato.

97 Dato che l'interessato può, sulla scorta dei suoi diritti fondamentali derivanti dagli articoli 7 e 8 della Carta, chiedere che l'informazione in questione non venga più messa a disposizione del grande pubblico mediante la sua inclusione in un siffatto elenco di risultati, occorre considerare – come risulta in particolare dal punto 81 della presente sentenza – che i diritti fondamentali di cui sopra prevalgono, in linea di principio, non soltanto sull'interesse economico del gestore del motore di ricerca, ma anche sull'interesse di tale pubblico a trovare l'informazione suddetta in occasione di una ricerca concernente il nome di questa persona. Tuttavia, così non sarebbe qualora risultasse, per ragioni particolari, come il ruolo ricoperto da tale persona nella vita pubblica, che l'ingerenza nei suoi diritti fondamentali è giustificata dall'interesse preponderante del pubblico suddetto ad avere accesso, mediante l'inclusione summenzionata, all'informazione di cui trattasi.

98 Relativamente ad una situazione come quella in esame nel procedimento principale, che riguarda la visualizzazione – nell'elenco di risultati che l'utente di Internet ottiene effettuando una ricerca a partire dal nome della persona interessata con l'aiuto di Google Search – di link verso pagine degli archivi online di un quotidiano, contenenti annunci che menzionano il nome di tale persona e si riferiscono ad un'asta immobiliare legata ad un pignoramento effettuato per la riscossione coattiva di crediti previdenziali, occorre affermare che, tenuto conto del carattere sensibile delle informazioni contenute in tali annunci per la vita privata di detta persona, nonché del fatto che la loro pubblicazione iniziale era stata effettuata 16 anni prima, la persona interessata vanta un diritto a che tali informazioni non siano più collegate al suo nome attraverso un elenco siffatto. Pertanto, dal momento che nella fattispecie non sembrano sussistere ragioni particolari giustificanti un interesse preponderante del pubblico ad avere accesso, nel contesto di

una ricerca siffatta, a dette informazioni – aspetto questo che spetta però al giudice del rinvio verificare –, la persona interessata può esigere, a norma degli articoli 12, lettera b), e 14, primo comma, lettera a), della direttiva 95/46, la soppressione dei link suddetti da tale elenco di risultati.

99 Dalle suesposte considerazioni discende che occorre rispondere alla terza questione dichiarando che gli articoli 12, lettera b), e 14, primo comma, lettera a), della direttiva 95/46 devono essere interpretati nel senso che, nel valutare i presupposti di applicazione di tali disposizioni, si deve verificare in particolare se l'interessato abbia diritto a che l'informazione in questione riguardante la sua persona non venga più, allo stato attuale, collegata al suo nome da un elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal suo nome, senza per questo che la constatazione di un diritto siffatto presupponga che l'inclusione dell'informazione in questione in tale elenco arrechi un pregiudizio a detto interessato. Dato che l'interessato può, sulla scorta dei suoi diritti fondamentali derivanti dagli articoli 7 e 8 della Carta, chiedere che l'informazione in questione non venga più messa a disposizione del grande pubblico in virtù della sua inclusione in un siffatto elenco di risultati, i diritti fondamentali di cui sopra prevalgono, in linea di principio, non soltanto sull'interesse economico del gestore del motore di ricerca, ma anche sull'interesse di tale pubblico ad accedere all'informazione suddetta in occasione di una ricerca concernente il nome di questa persona. Tuttavia, così non sarebbe qualora risultasse, per ragioni particolari, come il ruolo ricoperto da tale persona nella vita pubblica, che l'ingerenza nei suoi diritti fondamentali è giustificata dall'interesse preponderante del pubblico suddetto ad avere accesso, in virtù dell'inclusione summenzionata, all'informazione di cui trattasi.

Sulle spese

100 Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

1) L'articolo 2, lettere b) e d), della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, deve essere interpretato nel senso che, da un lato, l'attività di un motore di ricerca consistente nel trovare informazioni pubblicate o inserite da terzi su Internet, nell'indicizzarle in modo automatico, nel memorizzarle temporaneamente e, infine, nel metterle a disposizione degli utenti di Internet secondo un determinato ordine di preferenza, deve essere qualificata come "trattamento di dati

personali", ai sensi del citato articolo 2, lettera b), qualora tali informazioni contengano dati personali, e che, dall'altro lato, il gestore di detto motore di ricerca deve essere considerato come il "responsabile" del trattamento summenzionato, ai sensi dell'articolo 2, lettera d), di cui sopra.

2) L'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 95/46 deve essere interpretato nel senso che un trattamento di dati personali viene effettuato nel contesto delle attività di uno stabilimento del responsabile di tale trattamento nel territorio di uno Stato membro, ai sensi della disposizione suddetta, qualora il gestore di un motore di ricerca apra in uno Stato membro una succursale o una filiale destinata alla promozione e alla vendita degli spazi pubblicitari proposti da tale motore di ricerca e l'attività della quale si dirige agli abitanti di detto Stato membro.

3) Gli articoli 12, lettera b), e 14, primo comma, lettera a), della direttiva 95/46 devono essere interpretati nel senso che, al fine di rispettare i diritti previsti da tali disposizioni, e sempre che le condizioni da queste fissate siano effettivamente soddisfatte, il gestore di un motore di ricerca è obbligato a sopprimere, dall'elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal nome di una persona, dei link verso pagine web pubblicate da terzi e contenenti informazioni relative a questa persona, anche nel caso in cui tale nome o tali informazioni non vengano previamente o simultaneamente cancellati dalle pagine web di cui trattasi, e ciò eventualmente anche quando la loro pubblicazione su tali pagine web sia di per sé lecita.

4) Gli articoli 12, lettera b), e 14, primo comma, lettera a), della direttiva 95/46 devono essere interpretati nel senso che, nel valutare i presupposti di applicazione di tali disposizioni, si deve verificare in particolare se l'interessato abbia diritto a che l'informazione in questione riguardante la sua persona non venga più, allo stato attuale, collegata al suo nome da un elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal suo nome, senza per questo che la constatazione di un diritto siffatto presupponga che l'inclusione dell'informazione in questione in tale elenco arrechi un pregiudizio a detto interessato. Dato che l'interessato può, sulla scorta dei suoi diritti fondamentali derivanti dagli articoli 7 e 8 della Carta, chiedere che l'informazione in questione non venga più messa a disposizione del grande pubblico in virtù della sua inclusione in un siffatto elenco di risultati, i diritti fondamentali di cui sopra prevalgono, in linea di principio, non soltanto sull'interesse economico del gestore del motore di ricerca, ma anche sull'interesse di tale pubblico ad accedere all'informazione suddetta in occasione di una ricerca concernente il nome di questa persona. Tuttavia, così non sarebbe qualora risultasse, per ragioni particolari, come il ruolo ricoperto da tale persona nella vita

pubblica, che l'ingerenza nei suoi diritti fondamentali è giustificata dall'interesse preponderante del pubblico suddetto ad avere accesso, in virtù dell'inclusione summenzionata, all'informazione di cui trattasi.

La protezione dei dati personali e il caso Google Spain

di
Rosaria Petti

Abstract
The exchange and instant communication of data allowed by the advent of the Internet poses new problems to the jurist. Personal information, nowadays readily available through the Internet, require an adequate combination of the fundamental rights of the individual and the legitimate interest of the individual associate in having access to the news. It is in this context that the advent of the Internet has forcefully brought new and old issues to the fore, including the right to be forgotten and the responsibility of the provider. Because of these considerations, the present work aims to analyse the relationship between the Internet and the right to the protection of personal data, addressing the twofold issue about the responsibility of the provider and the right to be forgotten, in the light of the recent national and community case law, and in particular, the case of Google Spain.

Lo scambio e la comunicazione istantanea dei dati consentita dall'avvento della rete pone il giurista innanzi a nuove problematiche. Le informazioni di carattere personale, ormai facilmente reperibili attraverso la rete, richiedono un adeguato contemperamento tra i diritti fondamentali dell'individuo e il legittimo interesse del singolo consociato ad aver accesso alla notizia. E' in tale contesto, che l'avvento della rete ha prepotentemente riportato alla ribalta nuove e vecchie tematiche, tra cui il diritto all'oblio e la responsabilità del *provider*. In ragione di tali considerazioni, il presente lavoro si propone di analizzare la relazione tra internet e il diritto alla protezione dei dati personali, affrontando la duplice tematica della responsabilità del *provider* e del diritto all'oblio, alla luce della recente giurisprudenza nazionale e comunitaria, e in particolare, del caso Google Spain.

Sommario: 1. Introduzione - 2. Il diritto all'oblio e la responsabilità *dell'Internet Service Provider*: cenni - 3. I motori di ricerca tra *content* e *service provider* - 4. Un diverso approccio: la Corte europea dei diritti dell'uomo - 5. Il trattamento dei dati personali: il caso Google Spain - 6. Il giusto equilibrio tra privacy e memoria collettiva: considerazioni sulla sentenza - 7. Conclusioni.

1. Introduzione

Negli ultimi anni internet ha esercitato in modo crescente un notevole impatto sulla società. Il suo sviluppo, ultimamente manifestatosi in misura esponenziale, ha trasformato la rete, che da mezzo di comunicazione sta sempre più diventando bene di consumo per eccellenza. Il maggior interesse mostrato per la rete ha generato un dibattito sulla necessità di una regolamentazione ufficiale ed effettiva del settore. Invero, il ruolo predominante assunto nella società moderna dal fenomeno, ha generato forti preoccupazioni sul futuro della rete e sulla capacità della stessa di sostenere lo sviluppo economico e sociale. In tal senso, diversi sono stati i tentativi volti a regolamentare il settore, seppur non privi di contestazioni e critiche attinenti alla concreta fattibilità, all'opportunità e legittimità di tali interventi. Posizioni divergenti, manifestate durante gli incontri internazionali tenutisi negli ultimi anni, consentono alcune considerazioni. Se da un lato, internet sembra respingere un'impostazione regolamentare rigida, stante il carattere dinamico e creativo che caratterizza la rete[1]; dall'altro, richiede adeguate soluzioni giuridiche, per contrastare criticità determinate dalla sua stessa creatività [2].
Il settore appare interessato da continui salti tecnologici e di mercato, i quali, attraverso la rapida affermazione della nuova piattaforma digitale, determinano profondi mutamenti nelle modalità e alternative di fruizione dei contenuti – in particolare di quelli di natura informativa – nonché nello scambio e nelle modalità di condivisione di risorse da parte degli utenti [3]. Inoltre, la potenzialità, la diffusività, il potere di persuasione psicologica e di orientamento di opinione del mezzo utilizzato, influiscono notevolmente sulla esigenza di protezione dei dati personali. La rete, considerata un ambiente, un mondo virtuale in cui si svolge una parte rilevante della vita delle persone[4], permette lo scambio e la comunicazione istantanea dei dati, che in taluni casi può determinare un potenziale dannoso [5], in ragione anche dell'accessibilità di tali dati a livello transnazionale. La circostanza che dati e/o le informazioni di carattere personale risultino, dunque, facilmente reperibili attraverso la rete ha suscitato un vivace dibattito in dottrina e giurisprudenza. In particolare, si è evidenziata la necessità di operare un adeguato contemperamento tra i diritti fondamentali dell'individuo – tra cui la riservatezza e la protezione dei dati di personali – e il legittimo interesse del singolo consociato ad aver accesso alla notizia. La problematica, quindi, sorge, non solo con riferimento a quei dati spontaneamente forniti dall'individuo attraverso i *social network*, e all'utilizzo di questi dati da parte di tali piattaforme, ma soprattutto con riferimento a notizie e fatti di cronaca che possano riguardare il soggetto e comprometterne la reputazione. Si manifesta in tal modo l'esigenza di garantire un'adeguata protezione dei diritti fondamentali dell'individuo, contemperando i diversi interessi in gioco attraverso un bilanciamento tra la protezione dei dati personali e il principio costituzionalmente riconosciuto della libertà di espressione [6]. In tale contesto, l'avvento della rete [7] ha prepotentemente riportato alla ribalta nuove e vecchie tematiche, tra cui il diritto all'oblio [8] e la responsabilità del *provider*.

Il presente lavoro, dunque, si propone di analizzare la relazione tra internet e il diritto alla protezione dei dati personali. Tralasciando il pur rilevante tema del valore economico dei dati personali [9] nella rete, l'analisi affronterà la duplice tematica della responsabilità del *provider* e del diritto all'oblio, alla luce della recente giurisprudenza nazionale e comunitaria, e in particolare, del caso Google Spain [10].

2. Il diritto all'oblio e la responsabilità dell'Internet Service Provider: cenni

Il tema del cd. diritto all'oblio, inteso nella sua comune accezione quale diritto dell'individuo a essere dimenticato, ovvero a non essere più ricordato per fatti che in passato furono oggetto di cronaca, è stato recentemente riproposto con l'avvento della rete. Si tratta di una peculiare espressione del diritto alla riservatezza [11], costituzionalmente presidiato in quanto primaria e indeclinabile esigenza della persona. Esso può definirsi come giusto interesse di ogni persona a non restare indeterminatamente esposta ai danni ulteriori che arreca al suo onore e alla sua reputazione la reiterata pubblicazione di una notizia che in passato era stata legittimamente pubblicata. In altri termini, si tratterebbe del diritto all'autodeterminazione informativa del soggetto – inteso quale persona fisica o persona giuridica – o più specificatamente, diritto alla conservazione dell'attualità della propria identità digitale. In tal senso il diritto all'oblio va dunque inteso quale diritto dell'individuo a essere dimenticato [12].
L'esistenza del diritto all'oblio è tradizionalmente ricondotta all'art. 2 Cost., in quanto norma di carattere aperto, volta alla tutela di posizioni giuridiche soggettive di nuova formazione in conseguenza dell'evoluzione e del progressivo cambiamento sociale [13]. Tuttavia, con l'introduzione del Codice della *privacy* – d.lgs. 30 giugno 2003, n.196 – l'oblio ha trovato un implicito riconoscimento [14]. In materia è soventemente intervenuto anche il Garante della *privacy*, il quale ha avuto modo di evidenziare che la diffusione di un gran numero di dati personali riferiti a un medesimo interessato e relativi a vicende anche risalenti nel tempo riverbera i propri effetti sugli interessati per un tempo indeterminato, tale da arrecare un sacrificio sproporzionato dei diritti e interessi legittimi dei singoli. Tale circostanza determina, dunque, l'esigenza di stabilire una permanenza limitata nel tempo dei dati, e comunque non superiore al periodo necessario agli scopi per i quali tali dati sono stati raccolti o trattati [15] La conservazione dei dati personali è, infatti, sottoposta alla stretta correlazione temporale tra l'identificabilità del titolare dei dati e la finalità del relativo trattamento. Il tema, dunque, non riguarda tanto la pubblicazione dell'informazione, quanto la permanenza della stessa nella memoria della rete, comportando l'esigenza di provvedere a un'eventuale integrazione e/o aggiornamento del dato al fine di tutelare la proiezione sociale dell'identità personale del singolo consociato [16].
Si consideri che, il concetto non è nuovo nella letteratura giuridica italiana, tuttavia, l'avvento di internet, e il concomitante avvento dell'informazione

online, hanno riproposto l'oblio tra i temi di maggior attualità. La permanenza dei dati e delle informazioni personali in rete ha reso complessa la gestione di tale diritto e la definizione dei suoi confini.
Non da ultimo, si aggiunga l'ulteriore problematica derivante dai meccanismi di indicizzazione dei principali motori di ricerca. Invero, l'approdo ad articoli risalenti spesso non è frutto di un'indagine finalizzata attraverso motori messi a disposizione dalle singole testate, bensì di un'automatica indicizzazione da parte dei motori di ricerca generalisti, attraverso una ricerca casuale attivata con l'utilizzo di parole chiave [17].
Il motore di ricerca costituisce un servizio telematico finalizzato al reperimento di dati e informazioni, fornito dall'*Internet Service Provider*, ovvero un intermediario che svolge la funzione di erogare agli utenti specifici servizi di trasporto, memorizzazione temporanea e permanente delle informazioni trasmesse nella rete. L'ISP, qualificato come soggetto di diritto, non solo può essere personalmente responsabile per gli illeciti perpetrati attraverso internet e perfezionati con la propria condotta [18], ma alla luce della recente giurisprudenza comunitaria anche del trattamento dei dati personali, pur se presenti su pagine *web* pubblicate da terzi [19].

3 - I motori di ricerca tra *content* e *service provider*

Il meccanismo di indicizzazione ha spesso prodotto risultanze avverse nei confronti degli interessati, i quali, essendo automaticamente associati a locuzioni spesso anche diffamanti, agivano in giudizio nei confronti del gestore del motore di ricerca ritenendolo responsabile per i contenuti di volta in volta contestati.
Accade, invero, che i singoli soggetti ritrovino in rete il proprio nominativo associato permanentemente a vicende remote, pur se le stesse non riflettano la loro attuale dimensione personale. E' in tale contesto che si contrappongono interessi, anche di natura costituzionale, i quali richiedono un'adeguata tutela. Se da un lato si rinviene la necessità di garantire l'esercizio del diritto di cronaca, dall'altro sussiste anche il diritto del singolo consociato alla protezione dei dati personali, inteso quale manifestazione del diritto all'identità personale.
Sul tema, la giurisprudenza manifesta un orientamento non del tutto univoco. In particolare, seppur in ambiti parzialmente diversi, i giudici di merito hanno manifestato una minor propensione a configurare una responsabilità del *provider* in relazione ai contenuti, smentendo la qualificazione del motore di ricerca come *content provider* [20].
Sovente, la giurisprudenza nazionale ha qualificato il motore di ricerca come *service* e non *content provider*. Invero, è stata rilevata la responsabilità esclusiva del soggetto editore del sito, e per converso non richiesta la partecipazione attiva del titolare del motore di ricerca. In tal senso, il Tribunale di Milano [21], e ancor prima la Cassazione [22], in tema di diritto all'oblio, avevano convenuto che la presenza in rete di un articolo fondato su una notizia all'epoca della pubblicazione veritiera e di pubblico interesse costituisse legittimo esercizio del diritto di cronaca da contemperare,

tuttavia, con la protezione dei dati personali dell'interessato. In particolare, la Cassazione aveva riconosciuto l'esistenza di un diritto all'oblio, inteso quale diritto alla tutela della propria e attuale identità personale e morale nella sua proiezione sociale, tale da giustificare l'obbligo a carico dell'editore di predisporre un sistema idoneo a segnalare la sussistenza di un ulteriore sviluppo della notizia. Nel sancire tale obbligo, la Suprema Corte aveva, altresì, precisato l'assenza di responsabilità a carico del gestore del motore di ricerca, sancendo l'esclusiva responsabilità del sito sorgente [23], titolare dell'organo di informazione, sul quale sarebbe ricaduto l'obbligo di garantire l'oblio digitale.
L'orientamento giurisprudenziale richiamato ha determinato notevoli ripercussioni anche per la successiva giurisprudenza di merito [24] e per le decisioni assunte dal Garante della privacy [25], il quale sulla scorta delle sentenze indicate ha assicurato il rispetto dell'identità personale dei singoli nella sua attualità, attraverso l'imposizione – a carico degli editori, o in generale del sito sorgente – di obblighi di segnalazione dello sviluppo della notizia.
L'orientamento, inoltre, sembra confermato anche da una recente pronuncia della Suprema Corte [26], la quale, in una fattispecie parzialmente diversa [27], ha rilevato l'assenza in capo al *provider* di un generale obbligo di sorveglianza dei dati immessi da terzi sul sito da questi gestito. La Corte, nelle motivazioni della sentenza richiamata, ha evidenziato la mancanza di un obbligo di informazione sanzionato penalmente, nei confronti del soggetto che ha immesso i dati, dell'esistenza e della necessità di applicare la normativa relativa al trattamento dei dati personali. Invero, secondo la Cassazione, il gestore del servizio di *host provider* non ha alcun controllo sui dati memorizzati, né contribuisce in alcun modo alla loro scelta, alla loro ricerca o alla formazione del *file* che li contiene, essendo tali dati interamente ascrivibili all'utente destinatario del servizio che li carica sulla piattaforma messa a sua disposizione. Ne deriva che il soggetto che si limita a fornire una piattaforma sulla quale gli utenti possono liberamente caricare i loro video non può considerarsi titolare del trattamento dei dati personali contenuti in tali video, né ritenersi obbligato ad alcun adempimento a tutela della *privacy* dei terzi. La pronuncia individua quali unici titolari del trattamento dei dati sensibili, eventualmente contenuti nei video, gli stessi utenti autori del caricamento, ai soli quali possono essere applicate le sanzioni, amministrative e penali, previste per il titolare del trattamento dal Codice sulla *privacy* [28]. Se ne deduce che l'ISP sia qualificabile come titolare del trattamento solo laddove incida direttamente sulla struttura degli indici di ricerca, condizionando l'individuazione di un determinato sito.
In tale contesto appare dirompente la portata innovativa prodotta dalla sentenza in commento. La Corte di giustizia ha, infatti, rilevato la responsabilità del gestore di un motore di ricerca per il trattamento da questi effettuato dei dati personali, in quanto è quest'ultimo a determinarne le finalità e gli strumenti del trattamento stesso. Il gestore, secondo il ragionamento della Corte, estrae, registra e organizza i dati nell'ambito dei suoi programmi di indicizzazione, prima di procedere alla memorizzazione

nei suoi *server* ed, eventualmente, di comunicarli e metterli a disposizione dei propri utenti sotto forma di elenchi di risultati. Ebbene, tali operazioni si qualificherebbero come "trattamento", indipendentemente dalla considerazione che il gestore del motore di ricerca applichi le medesime operazioni anche ad altri tipi di informazioni diverse dai dati personali.

4 - Un diverso approccio: la Corte europea dei diritti dell'uomo

Considerati i presupposti del diritto all'oblio – quali la legittimità della notizia sotto i profili della verità, continenza e pertinenza; il venir meno dell'interesse pubblico (*rectius*, pertinenza) decorso un certo lasso di tempo; la ripubblicazione della notizia – occorre evidenziare che l'orientamento comunitario in tema di bilanciamento della libertà di espressione e del diritto all'oblio nei casi di pubblicazioni elettroniche non pare esaurirsi solo con la recente sentenza Google Spain. Preliminarmente alla disamina del caso spagnolo, è interessante analizzare l'orientamento espresso sul tema dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Wegrzynowski.
La comprensione della disciplina sottesa all'oblio, inteso quale diritto alla tutela dell'identità nella sua evoluzione e proiezione sociale, richiede un'attenta considerazione anche della pluralità di istituti – cancellazione, rettifica/integrazione nonché, appunto, deindicizzazione – emersi in sede comunitaria, e volti a impedire che la trasposizione in rete delle fonti informative degeneri in una lesione dei diritti dell'individuo. Se, come si dirà, nel caso Google Spain, la Corte di giustizia si è espressa in favore della deindicizzazione dei dati, stante lo sfumato interesse alla notizia dovuto al trascorrere del tempo; nel caso Wegrzynowski [29], il bilanciamento tra libertà di espressione, interesse individuale e interesse pubblico a conoscere la notizia ha portato la Corte europea dei diritti dell'uomo a trattare la questione in termini simili a quelli del caso spagnolo, seppur individuando una soluzione operativa differente. Vero è che, nel caso in esame, non rilevava propriamente il tema del diritto all'oblio – in quanto il carattere diffamatorio della notizia veniva già accertato dai giudici nazionali, e dunque la rimozione del contenuto richiesta dal ricorrente era basata su tale accertamento – tuttavia, la sentenza è risultata particolarmente significativa per le considerazioni svolte in merito al disconoscimento del diritto alla rimozione del contenuto. La Corte aveva ritenuto che l'imposizione di un obbligo di rimozione del contenuto, seppur giudicato diffamatorio, non rientrasse nelle prerogative giurisdizionali attribuibili ai tribunali nazionali.
Tale circostanza aveva, quindi, indotto i Giudici a considerare la cancellazione di un articolo dal sito internet di un giornale online una misura sproporzionata, nonostante il contenuto diffamatorio del testo rilevato dai giudici nazionali per la versione cartacea del giornale. L'interpretazione fornita dalla Corte riconduceva nell'alveo della tutela della libertà di espressione gli archivi web dei giornali, considerando, in termini tutto sommato simili al caso Google Spain, l'equilibrio tra libertà di stampa e diritto alla reputazione. Il punto di equilibrio tra conservazione della notizia – seppur non corretta o comunque superata dagli eventi – nel patrimonio

informativo online e la pretesa dell'individuo alla conservazione dell'identità personale veniva individuato nell'obbligo di aggiornamento/rettifica della notizia da parte dell'editore online.
Secondo tale orientamento, la cancellazione di un articolo online diffamatorio avrebbe potuto incidere sul diritto di libertà di manifestazione del pensiero, cui si ricollegano l'esercizio dell'attività d'informazione, le notizie di cronaca, le manifestazioni di critica, le denunce civili con qualsiasi mezzo diffuse. La Corte in tal modo ribadiva pari dignità tra il diritto di libertà di manifestazione del pensiero e quello della libertà individuale. La mancata cancellazione dell'articolo non avrebbe comportato – secondo i Giudici di Strasburgo – una violazione della *privacy*, bensì avrebbe leso la libertà di espressione e conoscenza. Le conclusioni a cui era giunta la Corte erano suffragate dalla funzione attribuita agli archivi online, sul quale l'articolo diffamatorio risultava inserito. Da tale esame, i Giudici avevano rilevato il contributo sostanziale degli archivi nel rendere facilmente e gratuitamente accessibili le notizie, riconoscendone le finalità istruttive e di ricerca e garantendone adeguata tutela nell'alveo dell'art. 10 della CEDU. Sulla scorta del rilievo attribuito alla funzione dell'archivio, la Corte aveva, dunque, scelto di non imporre l'obbligo della rimozione di notizie diffamatorie dal sito web di un giornale online, con ciò ribadendo l'importanza di escludere sanzioni e censure sproporzionate. L'orientamento espresso a Strasburgo considerava sufficiente l'inserimento nell'articolo presente online di una nota esplicativa, in modo da informare i lettori dell'avvenuta sentenza e dell'accertamento diffamatorio del contenuto, senza richiedere la rimozione totale dello stesso. Le violazioni dei diritti protetti dall'art. 8 della CEDU sarebbero state punite con l'aggiornamento/rettifica della notizia pubblicata. La soluzione si traduceva, dunque, nell'imposizione in capo all'editore di inserire al testo pubblicato online un aggiornamento della vicenda su richiesta del soggetto leso.
Pur riconoscendo nel mezzo utilizzato – internet – notevoli possibilità di porre in essere violazioni del diritto al rispetto della propria vita privata, la Corte aveva comunque ritenuto non necessaria la rimozione dell'articolo, preferendo operare un bilanciamento salomonico tra il diritto alla reputazione e il diritto all'informazione, inteso nella sua accezione di libertà di espressione e conoscenza. Vero è che un giusto contemperamento di opposti interessi di rilievo primario richiede allora che l'imposizione del vincolo sia giustificata da effettiva necessità e da adeguate ragioni; tuttavia, la valutazione della possibile riconducibilità del fatto all'area del penalmente rilevante e delle esigenze impeditive deve essere considerata tanto seria quanto vasta è l'area della tolleranza costituzionalmente imposta per la libertà di parola. Dalla ricostruzione logico-giuridica effettuata nel caso Wegrzynowski, si possono rilevare le diverse caratteristiche ed esigenze di tutela che richiedono i vari mezzi di informazione e comunicazione. La diversità va rilevata proprio con riguardo alla capacità di immagazzinare e trasmettere informazioni, propria della rete, che richiede regole *ad hoc* rispetto a quelle vigenti per la stampa tradizionale. Se, come si dirà, nel caso Google Spain, la Corte di giustizia ha ritenuto necessaria, in determinate

ipotesi, l'eliminazione del *link* dall'elenco risultati per tutelare il diritto al rispetto della vita privata e il diritto alla protezione dei dati personali; nel caso Wegrzynowski, la soluzione sembra essere stata volta all'aggiornamento del contenuto – seppure, lo si ribadisce, nel caso in esame non venisse espressamente in rilievo la lesione del diritto all'oblio. Ciononostante, al di là dell'espressa fattispecie considerata, la Corte EDU interviene sull'annoso tema del bilanciamento dei diritti, proponendo l'aggiornamento e l'integrazione della notizia come punto di equilibrio tra conservazione del dato nel patrimonio informativo online e pretesa dell'individuo alla conservazione dell'identità personale. La soluzione proposta – secondo i Giudici di Strasburgo – sarebbe in grado di tutelare la dignità dell'interessato e nel contempo migliorare la stessa qualità dell'informazione, che risulterebbe in tal modo più esatta, completa e, appunto, aggiornata, senza imporre alcuna censura o forma di controllo preventivo dei contenuti in rete.
La ricostruzione degli orientamenti comunitari in tema di bilanciamento tra libertà di espressione, interesse individuale e interesse pubblico all'informazione non può, tuttavia, non tener conto anche della diversa soluzione adottata in seno alla stessa Corte EDU nel caso Delfi [30]. In quest'ultimo caso, di poco successivo in ordine temporale a quello Wegrzynowski, la Corte EDU, convalidando la decisione dei giudici nazionali, ha confermato la condanna a carico dei responsabili di un sito per non aver rimosso commenti diffamatori anonimi. L'orientamento espresso dalla Corte in quella sede ha considerato la sanzione giustificata e proporzionata in considerazione della restrizione del diritto alla libertà di espressione, stante la particolare offensività dei commenti attraverso i quali il portale aveva tratto profitto dalla loro esistenza. La libertà di espressione del pensiero attenuata, nel caso Delfi, è stata ritenuta necessaria – secondo i Giudici di Strasburgo – al fine di garantire la reputazione di una persona tenuto conto della proporzionalità della restrizione del diritto di informare da parte del sito. La proporzionalità dell'interferenza è stata, altresì, motivata dalla condotta dei responsabili del sito – che non avevano intenzionalmente rimosso i commenti diffamatori per incrementare il beneficio commerciale che si stava realizzando in loro favore – e dalla mancanza di un controllo preventivo, tale da identificare gli autori dei commenti. Il meccanismo di rimozione predisposto da Delfi è stato, quindi, ritenuto insufficiente in quanto inidoneo a garantire adeguata protezione ai diritti dei terzi.
Se, quindi, l'orientamento della Corte nella sentenza Wegrzynowski sembrava considerare diversamente la piattaforma – cartacea o telematica – attraverso cui la libera manifestazione del pensiero si esplicava, nel caso Delfi tale distinguo non pare sia stato operato. In tale ultima fattispecie, la Corte ha rilevato che la libertà di espressione non avrebbe potuto estendersi sino a coprire la pubblicazione di commenti diffamatori. Ebbene, tali considerazioni mostrano l'esistenza, non solo di una pluralità di istituti volti a garantire la tutela dell'interesse individuale come inciso dalla libertà di espressione, ma anche l'esistenza di diversi orientamenti sul tema, persino in seno allo stesso organo giudicante. E' in tal contesto che irrompe la sentenza Google Spain, la

quale, come si vedrà, pone la questione del bilanciamento dei diritti in termini tutto sommato simili caso Wegrzynowski.

5. Il trattamento dei dati personali [31]: il caso Google Spain

La normativa europea in materia di trattamento dei dati personali [32] mira a proteggere le libertà e i diritti fondamentali dei singoli, garantendo, da un lato, la tutela del diritto alla vita privata, e dall'altro, la libera circolazione di tali dati. Ebbene, proprio attraverso un'interpretazione, non immune da riserve, di tale normativa, la Corte di giustizia interviene nell'annoso quadro, parzialmente descritto sinora, della tutela all'identità personale in rete. In particolare, la Corte, chiamata a districare il nodo interpretativo sorto sulla disciplina europea della cd. *data protection*, ha riconosciuto il diritto del singolo interessato a chiedere, al gestore prima, e alle autorità competenti poi, l'eliminazione del *link* dall'elenco risultati [33]. Invero, la Corte ha statuito che "[l'] *attività di un motore di ricerca consistente nel trovare informazioni pubblicate o inserite da terzi su Internet, nell'indicizzarle in modo automatico, nel memorizzarle temporaneamente e, infine, nel metterle a disposizione degli utenti di internet secondo un determinato ordine di preferenza, deve essere qualificata come trattamento di dati personali, e che il gestore di detto motore di ricerca deve essere considerato come il responsabile del trattamento*" [34].
L'interpretazione fornita dalla Corte permette dunque di riconoscere il diritto del singolo alla rimozione dai risultati dei motori di ricerca di collegamenti a contenuti in grado di offrire una rappresentazione non più attuale della sua personalità. L'aspetto innovativo risiede, tuttavia, nell'imposizione dell'obbligo di rimozione a carico dei gestori dei motori di ricerca.
La ricostruzione logico giuridica seguita dalla Corte si articola attraverso alcuni passaggi fondamentali.
In particolare, l'attività di indicizzazione dei contenuti delle pagine *web* compiuta dal motore di ricerca, nonostante la terzietà del gestore rispetto ai contenuti indicizzati e l'automaticità di tali operazioni, concreta un "trattamento di dati personali", di cui alla direttiva n. 95/46/CE. Invero, le attività di estrazione, registrazione, organizzazione dei dati compiute dal gestore, contemplate esplicitamente dalla direttiva richiamata, devono essere qualificate come un trattamento, anche qualora riguardino esclusivamente informazioni già pubblicate sui media. Si rileva dunque una separazione tra il trattamento compiuto dal gestore del motore di ricerca e quello del gestore del sito che ha pubblicato fra i propri contenuti informazioni altrui di natura personale. Tale premessa consente di qualificare lo stesso motore di ricerca come "titolare del trattamento" [35] ovvero soggetto che determina finalità e strumenti del trattamento stesso [36].
L'attività di indicizzazione compiuta dai motori di ricerca, secondo la Corte, può determinare un notevole impatto sui diritti fondamentali dell'uomo, e in particolare, il diritto alla tutela della vita privata e alla protezione dei dati personali. A tal fine il gestore è tenuto a garantire, nell'ambito delle sue responsabilità, delle sue competenze e delle sue possibilità, la conformità di

tale attività alle prescrizioni della direttiva richiamata, al fine di assicurare una tutela efficace e completa dei soggetti interessati.
La Corte ha rilevato la responsabilità del gestore del motore di ricerca anche nel caso in cui dati e/o informazioni non vengano rimosse dalle pagine *web* pubblicate da terzi. In caso contrario, si consentirebbe a qualsiasi utente della rete di ottenere, mediante l'elenco di risultati, una visione complessivamente strutturata delle informazioni riguardanti il singolo, con una potenziale lesione della vita privata. Il ruolo del gestore appare fondamentale, in quanto, in assenza di un tale servizio, solo difficilmente si sarebbe verificato l'ottenimento di informazioni tali da consentire un profilo più o meno dettagliato dell'individuo oggetto di ricerca. La Corte ha quindi rilevato che una simile ingerenza, considerata in tutta la sua potenziale gravità, non potrebbe essere giustificata dal semplice interesse economico del gestore nel trattamento dei dati. Tuttavia, possibili ripercussioni potrebbero essere ingenerate sul legittimo interesse dell'utente a ottenere l'accesso alla notizia. Ebbene, la Corte opera un bilanciamento tra detto interesse e i diritti fondamentali della persona – in particolare, il diritto al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali. Seppur si rilevi un'indubbia prevalenza di questi ultimi diritti, occorre in ogni caso ricercare un giusto equilibrio che consideri la natura dell'informazione di cui trattasi e il suo carattere sensibile per la vita privata della persona suddetta, nonché l'interesse del pubblico a ricevere tale informazione, il quale può variare, in particolare, a seconda del ruolo che tale soggetto riveste nella vita pubblica.
Tuttavia, si consideri che anche un trattamento inizialmente lecito dei dati possa divenire incompatibile con le prescrizioni della direttiva n. 95/46/CE e legittimare la richiesta di rimozione degli stessi, intesa nella sua accezione di diritto all'oblio. Invero, il trascorrere del tempo, può, tenuto conto dell'insieme delle circostanze caratterizzanti il caso di specie [37], rendere tali dati inadeguati, non pertinenti o non più pertinenti ovvero eccessivi in rapporto alle finalità per le quali sono stati trattati.
La qualificazione del motore di ricerca come titolare del trattamento assume un notevole rilievo, in quanto, da un lato consente all'interessato di richiedere la modifica, ovvero l'eliminazione dei propri dati personali e investe il gestore del relativo obbligo; dall'altro apre scenari controversi sullo svolgimento delle attività del motore di ricerca, il quale potrebbe essere obbligato finanche a ottenere il consenso degli interessati per tali attività.
La sentenza assume rilievo anche per il riconoscimento del diritto all'oblio. La Corte, richiamando gli artt. 12 e 14 della direttiva n. 95/96/CE, sembra trovare il fondamento di tale diritto. Invero, il Giudice comunitario, interpretando in senso ampio l'art. 12, lett. b), della direttiva – che in tema di diritto d'accesso ai dati da parte del soggetto interessato, riconosce a quest'ultimo, il diritto di ottenere "*(…), la rettifica, la cancellazione o il congelamento dei dati il cui trattamento non è conforme alle disposizioni della presente direttiva, in particolare a causa del carattere incompleto o inesatto dei dati (…)*"– giunge a ricomprendere in tale fattispecie ogni ipotesi di difformità del trattamento dei dati [38]. Anche l'altro articolo richiamato dalla Corte – art. 14, co. I, lett. b) della direttiva, che sancisce il diritto di

opposizione della persona interessata [39] – è soggetto a un'interpretazione ampia rispetto al dettato normativo, giacché permette di concludere che un dato, seppur originariamente esatto e aggiornato alla data di pubblicazione, può per effetto del semplice decorso del tempo, essere considerato non più corretto, con conseguente trattamento non conforme alle disposizioni della direttiva richiamata.
La portata innovativa della pronuncia si rinviene anche sotto l'aspetto applicativo della direttiva. Invero, la Corte, pare operare un ampliamento perfino sull'ambito di applicazione territoriale della normativa. L'argomentazione della società soccombente – secondo cui il trattamento di dati personali da parte di *Google Search*, siccome non effettuato nel contesto delle attività dello stabilimento spagnolo, non sarebbe soggetto alle disposizioni della direttiva – viene superato dalla Corte. I giudici comunitari, con un'interpretazione, che non manca di far discutere [40], hanno stabilito che l'applicazione della direttiva "[n]*on esige che il trattamento di dati personali in questione venga effettuato "dallo" stesso stabilimento interessato, bensì soltanto che venga effettuato "nel contesto delle attività" di quest'ultimo*" [41]. Si rileva, dunque, una certa attenzione dei Giudici comunitari all'applicazione effettiva della normativa, tale da superare eventuali barriere transfrontaliere, attraverso l'ampliamento del concetto di stabilimento anche al "*contesto delle attività*" svolte dalla società [42]. Il trattamento dei dati finalizzati alle esigenze delle attività del motore di ricerca se effettuato nel "contesto delle attività" dello stabilimento in uno Stato membro, sebbene la società sia situata in uno Stato terzo, è soggetto, secondo l'interpretazione della Corte, alle prescrizioni della direttiva. Invero, è stato ritenuto che la presenza di una società collegata – nel caso di specie Google Spain – sia sufficiente a considerare la società "basata" in quel determinato Paese. Il criterio affermato dalla Corte – secondo cui il trattamento dei dati personali svolto dal motore di ricerca si intende realizzato nel contesto delle attività della *parent company* del titolare del trattamento – è sostanzialmente di carattere economico e basato sulla considerazione dello sfruttamento commerciale di tale attività. Si tratta evidentemente di un'interpretazione estensiva dell'art. 4, par. 1, lett. a) della direttiva in esame, peraltro, già sancita dalla Corte in una precedente pronuncia in materia di commercio elettronico [43]. L'analogia proposta dalla Corte con la disciplina sul commercio elettronico è stata, tuttavia, oggetto di critiche in dottrina. In particolare, è stato ritenuto che, nel caso del commercio elettronico il principio di destinazione del servizio conduce all'applicazione a un soggetto extra europeo di una regolamentazione che ha per oggetto esattamente l'attività che esso svolge all'interno dell'Unione europea; mentre nel caso in esame l'interpretazione analogica offerta dalla Corte si spinge ad applicare la disciplina europea in materia di privacy a un soggetto che nel territorio comunitario svolge un'attività diversa da quella oggetto di regolamentazione. L'applicazione sarebbe giustificata dalla considerazione che l'attività svolta presupporrebbe quella oggetto di regolamentazione, garantendo profittevolezza economica [44].Tuttavia, il criterio del collegamento economico adottato dai Giudici di Lussemburgo

potrebbe prestarsi a facili elusioni attraverso schermi di carattere societario idonei a creare artificiose separazioni negoziali tra il titolare del trattamento extra europeo e il soggetto che nell'Unione fornisce servizi che abbiano per presupposto tale trattamento. Invero, per aggirare l'*iter* argomentativo della Corte, sarebbe sufficiente che i servizi accessori – come quelli pubblicitari del caso di specie – siano commercializzati da un soggetto terzo, non controllato da Google Inc., ma alla stessa legato da rapporti di consulenza [45].

6. Il giusto equilibrio tra privacy e memoria collettiva: considerazioni sulla sentenza

Nella ricostruzione della natura dell'attività del motore di ricerca, la Corte opera una assimilazione delle operazioni di indicizzazione, raccolta, memorizzazione temporanea dei dati, al trattamento dei dati personali, definendolo quale operazione che "(…) *si distingue da e si aggiunge a quello effettuato dagli editori di siti web, consistente nel far apparire tali dati su una pagina internet* (…)"[46]. Si rileva, dunque, una differente qualificazione del motore di ricerca, che da semplice piattaforma impersonale e neutrale, mossa da algoritmi imparziali, acquisisce un enorme potere di governo delle informazioni, con conseguente attribuzione di responsabilità per i risultati evidenziati.
La sentenza sembra invero discostarsi dall'orientamento giurisprudenziale espresso dalla Suprema Corte [47], secondo cui l'eventuale richiesta di cancellazione, rimozione, modifica dei dati sarebbe rivolta ai siti sorgente e non al gestore del motore di ricerca. Sulla scorta di tale interpretazione, la giurisprudenza nazionale ha quindi applicato il cd. principio della neutralità del prestatore dei servizi di rete, introdotto dalla normativa europea in materia di *e-commerce* [48], sebbene tale principio riguardi il commercio elettronico e non l'editoria. Ebbene, la Corte di giustizia ha al contrario rilevato che la violazione dei diritti si delinea in ragione proprio dell'indicizzazione dei dati compiuta dal motore di ricerca, il quale, mediante la propria attività, ha creato un'immagine sociale dell'individuo distorta, o comunque non più attuale [49]. Si delineerebbe, dunque, un'evoluzione del motore di ricerca, che diventa personalizzato e maggiormente contestualizzato, tale da determinare la responsabilità dello stesso nello svolgimento della propria attività.
La pronuncia, anche se *prima facie*, pare evidenziare una certa soccombenza degli interessi commerciali e del legittimo interesse del singolo consociato ad aver accesso alla notizia in favore del diritto al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali, opera invece un bilanciamento tra tali diritti. La valutazione posta alla base del bilanciamento tra i diritti menzionati, estremamente delicata, è orientata dal ruolo pubblico rivestito dal soggetto indicizzato, e permette di delineare un diritto all'oblio non assoluto. Tuttavia, il difficile contemperamento tra diritto all'oblio e diritto all'informazione, di cronaca e di critica, sino al diritto alla libera ricerca storica evidenzia possibili effetti distorsivi nell'implementazione pratica da parte del motore di ricerca degli obblighi imposti della sentenza. Invero, il

contemperamento tra tali diritti appare problematico nella sua attuazione pratica e pare spingersi oltre i confini di competenza territoriale dell'organo giurisdizionale.
Seppur l'attività dei motori di ricerca sembra più propriamente legata al re-indirizzamento – attività priva di qualsivoglia manipolazione di contenuti e ispirata a una sistemazione secondo criteri di attinenza e popolarità – i Giudici nella pronuncia in esame mostrano maggior attenzione al primato della persona, attribuendole un potere di veto sulla circolazione dei dati, nonostante gli innegabili ostacoli pratici [50]. Tuttavia, l'assenza applicativa di un filtro meritorio in sede di classificazione dei contenuti pare suscitare alcune perplessità circa la tipizzazione di tale attività nell'alveo del trattamento dei dati personali. Inoltre, la mancanza di un'adeguata motivazione circa la ricostruzione logico-giuridica della fattispecie compiuta dalla Corte sembra alimentare ulteriori incertezze e disparità. Invero, ingiustificata appare l'assimilazione tra fattispecie completamente differenti. Dall'equiparazione tra le attività di soggetti che effettivamente svolgono un trattamento dei dati e quelle dei motori di ricerca, che si limitano a fornire tali dati già trattati da terzi, sembrano emergere alcune perplessità [51].
Posto che tale riflessione non può giammai condurre a un disinvolto sostegno di qualsivoglia comportamento realizzato dal motore di ricerca, sul quale incombe in ogni caso la responsabilità della propria attività – si rileva tuttavia l'assenza di criteri indicativi necessari per compiere un'adeguata valutazione dei contenuti eventualmente lesivi. Vero è comunque che le garanzie sottese al corretto svolgimento dei traffici giuridici, ivi compresi quelli dell'informazione, necessitano del rispetto delle condizioni di legalità che devono tradursi in una selezione dei contenuti attraverso la de-indicizzazione di contenuti palesemente illeciti. Difatti, tale operazione volta a evitare la diffusione di contenuti di natura illecita forniti dagli utenti, è svolta secondo un'analisi ispirata a criteri di legalità manifestamente verificabili. Tuttavia, in assenza di questa manifesta verificabilità, l'accertamento di contenuti lesivi della personalità, che appare già in sé indubbiamente complesso, risulta quasi impraticabile. Invero, l'assenza di una preliminare comminatoria nei riguardi dei contenuti potenzialmente lesivi finirebbe per attribuire un filtro discrezionale ai contenuti presenti in rete in base a una valutazione di merito arbitrariamente compiuta dal gestore del motore di ricerca [52].
L'irrealizzabilità del sistema delineato conduce, dunque, a compiere una valutazione *ex post* simile al meccanismo di *notice and takedown* di matrice statunitense [53]. La procedura statunitense – disciplinata dal *Digital Millennium Copyright Act*, cd. DMCA [54] – pur non essendo stata ripresa dal legislatore comunitario, ha subito un processo singolare di circolazione giuridica attraverso l'introduzione di procedure analoghe in alcuni Stati europei. Si tratta, tuttavia, di una disciplina, in parte divergente, prevista nei casi di violazioni del diritto d'autore [55]. Tuttavia, l'obiettivo ultimo di tali sistemi di autoregolamentazione è quello di ridurre i costi transattivi e prevenire eventuali azioni giudiziarie. Invero, attraverso la predisposizione di formulari di pronta consultazione si consente una rapida analisi del caso,

senza sopportare alcun costo di carattere giudiziario. Tali sistemi, seppur noti per la celerità ed efficacia in termini di tutela dei soggetti, costituiscono in ogni caso un serio restringimento delle attività di *search engine* e si prestano al rischio di un accoglimento generalizzato delle istanze di rimozione da parte dei gestori dei motori di ricerca. L'adeguamento alle richieste di *delisting* potrebbe indurre i motori di ricerca a una rimozione quasi automatica, priva di una adeguata valutazione sull'effettiva lesione della personalità perpetrata a danno degli utenti. Si tratterebbe di un sistema di *overdeterrence* che spingerebbe gli operatori intermediari a optare per la rimozione dei risultati della ricerca a prescindere dalla sussistenza del diritto all'oblio in quanto soluzione meno rischiosa. Secondo invece un approccio differente, ma allo stesso modo applicabile, i motori di ricerca potrebbero essere indotti anche al rigetto automatico delle richieste, al fine di oberare le autorità nazionali, impreparate a gestire centinaia di ricorsi. In tal modo si giungerebbe all'impossibilità di ottenere una adeguata ed efficace tutela, ma soprattutto si arriverebbe ad affidare ai *search engine* la selezione dei criteri da adottare per la rimozione dei contenuti. A ciò si aggiunga la considerazione che, nella valutazione delle richieste di de-indicizzazione, l'azione dei motori di ricerca appare svolta in una situazione di quasi monopolio e in modo unilaterale, non essendo previsto neppure l'intervento del sito sorgente.
Nel caso di specie Google ha reso disponibile sul web un *form* [56] attraverso cui chiedere la rimozione dei *link* ritenuti inadeguati o non più pertinenti, e istituito al suo interno il *Advisory Council on The Right to be forgotten*, comitato direttivo di dieci esperti deputato a vagliare le singole richieste, e dunque a stabilire i criteri di applicazione del diritto all'oblio. A prescindere dalla considerazione che il modello adottato dall'operatore non pare essere né imposto, né normativamente disciplinato dalla pronuncia in esame, occorre tuttavia soffermarsi sulla prassi applicativa che i motori di ricerca si apprestano ad adottare per la rimozione delle pagine oggetto di segnalazione.
Al momento le domande di de-indicizzazione, presentate direttamente al gestore del motore di ricerca, sarebbero, oggetto di una ancora non ben definita valutazione in merito alla fondatezza di tali richieste, al termine della quale è lo stesso gestore a disporre autonomamente l'eventuale de-indicizzazione del relativo contenuto [57]. Si tratterebbe dunque di un meccanismo di *private enforcement*, per mezzo del quale il motore di ricerca disporrebbe della possibilità di effettuare il *delisting* relativo al contenuto oggetto di segnalazione ad parte dell'utente.
Ebbene – oltre a considerare il risvolto di tale operazione valutativa, che attribuirebbe al motore di ricerca un obbligo di sorveglianza estremamente gravoso nella pratica, stante lo scrutinio di milioni contenuti postati nella rete – come già precisato, notevoli sono i rischi di de-indicizzazione generalizzati.
Premesso, infatti, che la pronuncia della Corte non sembra affidare al motore di ricerca il bilanciamento tra diritto all'oblio e diritto all'informazione attraverso la definizione di criteri applicativi definiti da un suo organo interno, occorre rilevare tuttavia che l'analisi della richiesta – svolta sulla

base delle scarne motivazioni indicate nel *form* online compilato dall'utente – potrebbe ridursi, come sopra evidenziato, in una cancellazione quasi automatica, forse meccanica dei *link*. A ciò si aggiunga il possibile effetto strumentale del diritto all'oblio a favore di una riprovevole censura online attuata da soggetti pubblici che tentino di ricostruire selettivamente la loro immagine virtuale dietro lo scudo della privacy.
Ebbene, in tale contesto la valutazione circa la prevalenza dell'interesse del singolo alla tutela della privacy su quello dell'intera collettività a essere informata non può essere in alcun modo delegata al motore di ricerca. In altri termini, attribuire a una società privata la qualifica di amministratore discrezionale del diritto all'oblio, seppur con riferimento alle sole istanze trasmesse, comporterebbe effetti estremi a danno del diritto all'informazione e della cd. memoria collettiva digitale [58]. In tal senso, le *Guidelines* del *Working Group* costituiscono un rilevante supporto alla definizione (*rectius*, delimitazione) dei criteri che i motori di ricerca dovrebbero adottare per valutare le istanze di *delisting*. Con riferimento ai requisiti soggettivi, posto che debba trattarsi di persona fisica [59], è interessante sottolineare che la de-indicizzazione – nel rispetto del principio fissato dall'art. 24 della Carta di Nizza in tema di ricerca dell'interesse del minore – viene favorita nei casi in cui quest'ultimi siano coinvolti. Nel caso, invece, in cui siano coinvolti personaggi pubblici [60], il *delisting* è disincentivato, al fine di evitare un possibile utilizzo strumentale del diritto all'oblio. Sul versante oggettivo, si rileva che le linee guida invitano all'aggiornamento dell'informazione pubblicata, che dovrà essere non eccedente gli scopi del trattamento dei dati personali, nonché completa e accurata. Ulteriori parametri attengono poi al carattere dell'informazione: la natura prettamente oggettiva della stessa; il contesto nel quale l'informazione è stata pubblicata; l'afferenza della stessa all'ambito professionale o personale del soggetto coinvolto; la possibilità che comprometta la sicurezza e l'incolumità dello stesso [61]. Tuttavia, sarebbe auspicabile, come osservato dal *Working Group*, la pubblicazione da parte degli operatori di tali criteri, che nella loro necessaria flessibilità si ispirino in ogni caso al principio fondamentale dell'interesse pubblico all'informazione.
La sentenza inoltre fa salva, in caso di rifiuto, la facoltà degli utenti di adire le competenti autorità giudiziarie al fine di una rivalutazione della domanda. Ebbene, in tal contesto appare dirimente comprendere l'organo deputato all'esercizio di tali competenze. E' stato ritenuto che tali competenze spettino all'organo giurisdizionale e, accanto a questo, in un'ottica di deflazionamento dei giudizi, alle Autorità nazionali di garanzia [62]. Anche tale circostanza appare di non poco rilievo. Si tratta, infatti, di comprendere la natura della tutela garantita, finanche amministrativa oppure esclusivamente giurisdizionale. Ebbene, la pronuncia sembra riferirsi indistintamente alle autorità di controllo e giudiziarie affinché queste, effettuate le verifiche necessarie, ordinino al responsabile l'adozione di misure precise conseguenti.
Sul tema, pur dovendosi escludere il richiamo alla disciplina sul commercio elettronico [63] – che, come già precisato, non solo non riguarda l'editoria, ma fornisce inoltre una serie di regole che condizionano la responsabilità del

provider evidenziandone la natura di mero intermediario, messa in discussione dalla sentenza in esame – si potrebbe forse operare comunque un parallelismo con la procedura di cui all'art. 14 del d.lgs. n. 70/2003. La procedura, infatti, prevede che il giudice o l'autorità amministrativa avente funzioni di vigilanza possano esigere, anche in via d'urgenza, che il fornitore, nell'esercizio di attività di *"mere conduit"*, impedisca o elimini le violazioni commesse, inibendo dunque un trattamento realizzato in violazione di legge. Il richiamo pare, inoltre, già essere stato compiuto in tema di diffamazione. Invero, il recente disegno di legge in discussione alla Camera [64] – all'art. 3 – oltre a sancire in capo all'interessato, il diritto – ulteriore rispetto a quello di ottenere la rettifica o l'aggiornamento – di richiedere la rimozione, dai siti internet e dai motori di ricerca, dei contenuti diffamatori o, comunque, dei dati personali trattati in violazione di legge, indica le modalità procedurali per la presentazione della richiesta [65] facendo esplicito riferimento alla normativa in tema di commercio elettronico [66]. Pertanto, risulta palese l'intenzione di configurare una sorta di "doppio binario" – giurisdizionale e amministrativo – per la tutela dell'interessato, valorizzando, nel contempo il ruolo delle autorità, estranee tanto al circuito fiduciario-rappresentativo (e dunque, alla logica di maggioranza che lo ispira) quanto all'ordine giudiziario.
Tuttavia, appare concreto il rischio di una applicazione disomogenea del diritto all'oblio, non solo per i diversi Paesi dell'Unione, ma anche con riferimento ai diversi motori di ricerca [67], con notevoli conseguenze sulle dinamiche dell'informazione in Europa. Tale circostanza pare aver stimolato un ampio dibattito sul tema.
In particolare, la complessità della gestione dei casi di rilevanza transfrontaliera ha indotto gli studiosi ad affrontare il tema centrale dell'efficienza dell'azione di vigilanza. In tale contesto, è stato svolto un rilevante dibattito circa le modalità di gestione di quei casi in cui il trattamento dei dati sia suscettibile di pregiudicare il diritto alla riservatezza di soggetti residenti in diversi Stati membri. Allo stato, invero, la disciplina vigente, di cui alla direttiva n. 95/46/CE, non identifica meccanismi di coordinamento all'interno dell'Unione, né i casi in cui il trattamento dei dati sia in grado di varcare i confini nazionali, ma si limita piuttosto a un contesto di carattere locale. Ebbene, l'impianto in vigore – particolarmente decentrato – potrebbe essere moderato da un sistema di codecisione tra le autorità interessate, o addirittura sostituito da un'unica autorità di protezione. Tuttavia, l'auspicata convergenza appare ancora lontana, fortemente ostacolata dai singoli Stati che temono un'invasione nell'*enforcement* dei diritti fondamentali [68].
In tale quadro, assume rilievo l'ambito territoriale interessato dalla decisione in esame. Invero, sebbene l'applicazione della sentenza sia rivolta esclusivamente agli operatori comunitari – con le problematiche di convergenza, coerenza e non contraddizione delle prassi nazionali già brevemente espresse – pare innegabile rilevare che la de-indicizzazione sia diretta, non solo ai domini europei, ma anche ai domini generici [69]. Invero, nelle recenti linee guida per l'implementazione della sentenza in esame, il

Data Protection Working Party [70] ha considerato il *delisting* non limitato esclusivamente ai domini europei, sulla valutazione che gli utenti tendono ad accedere ai motori di ricerca attraverso il relativi domini nazionali [71]. Difatti, una tale applicazione ridurrebbe l'efficacia dello strumento di de-indicizzazione. Tuttavia, anche l'adeguamento a tali principi non sembra di agevole applicazione pratica, comportando, attraverso l'imposizione degli obblighi di rimozione – ricadenti per certi aspetti perfino su cittadini non europei – una possibile censura applicata sulla base del *provider* da cui parte la *query* di ricerca.
Tali considerazioni appaiono di notevole rilievo, in particolar modo per gli effetti che una simile applicazione è in grado di produrre. Si tratterebbe, infatti, dell'applicazione di una sentenza emessa da giudici europei che sostanzialmente produrrebbe effetti, seppur in via mediata per il tramite della filiale Google Spain, anche nei confronti di una azienda con sede negli Stati Uniti (che realizza ricavi in altri Paesi). Tale circostanza permetterebbe di superare le argomentazioni da sempre addotte da Google Inc. circa la soggezione della stessa alla giurisdizione statunitense, fondate sulla considerazione che la società ha stabilimento negli Stati Uniti. La Corte, al contrario, riconoscendo la stabile organizzazione delle società collegate, ha evidenziato che proprio la natura di semplici società di servizi pubblicitari delle stesse – come sostenuto da Google Inc. – permetta comunque di rilevare la realizzazione di ricavi legati alla compravendita di informazioni (*i.e.* profilazione degli utenti), e dunque, la soggezione alla normativa comunitaria e alle singole leggi nazionali. La circostanza manifesta una considerevole riacquisizione di sovranità da parte degli Stati europei e delle Autorità nazionali di protezione dei dati, evidenziando, tuttavia, una complessa applicazione pratica.

7.Conclusioni

La disamina sin qui compiuta ha mostrato come la de-indicizzazione dei contenuti dai motori di ricerca attraverso la partecipazione attiva del titolare del motore di ricerca abbia offerto, da un lato il riconoscimento implicito di un nuovo diritto, dall'altro uno scontro tra diritti lasciando aperti una serie di quesiti. L'incontestabile merito della pronuncia si rinviene tuttavia nella riproposizione di un dibattito in realtà mai sopito relativo all'ambito di applicazione della normativa europea in materia di privacy e alla sua estensione nei confronti di quegli operatori che, pur fissando la propria sede in territori extra europei, si rivolgono e offrono i propri servizi anche al mercato europeo.
In ogni caso, la sentenza in esame non può e non deve essere considerata incontestabile portatrice di dogmi assoluti. Diversi, infatti, sono i profili inesplorati e i problemi ancora aperti.
La sentenza – pur garantendo il diritto alla de-indicizzazione di pagine contenenti dati personali leciti e veritieri ma ormai inadeguati, irrilevanti o addirittura non più rilevanti – appare profondamente inidonea nel passaggio in cui sembra accentuare maggiormente l'aspetto individuale inteso quale

tutela della reputazione del singolo, rispetto a quello collettivo, considerato quale libertà di espressione o diritto di cronaca, sfumando eccessivamente i confini tra privacy e diffamazione [72]. Confini che sovente sono oggetto di confusione anche nelle sedi legislative. Occorre, invero, operare un distinguo tra contenuti diffamatori (o i dati trattati in violazione di legge) e i dati personali, che pur non essendo inesatti – e dunque da rimuovere o integrare – siano connotati da un interesse pubblico non così attuale da giustificarne l'indiscriminata reperibilità in rete. Ciò costituisce il termine di riferimento proprio del diritto all'oblio, che nel suo più noto precedente giurisprudenziale – la sentenza in esame – si manifesta come richiesta di deindicizzazione di dati certamente veritieri ma connessi a una vicenda ormai risalente. L'interesse caratterizzante la notizia, ormai sfumato, pur non in misura tale da giustificarne la rimozione dagli archivi dei giornali, comporta, quindi, la sottrazione ai motori di ricerca generalisti, in modo da contenere il danno all'immagine dell'interessato, derivante dalla perenne associazione tra il suo nome e la vicenda.
Inoltre, anche alla conclusione della Corte circa la qualificazione del motore di ricerca quale titolare – inconsapevole – del trattamento dei dati personali seguono ulteriori perplessità. Invero, come già analizzato, sotto un profilo puramente tecnico, l'attività del motore di ricerca è svolta attraverso l'applicazione di un algoritmo di indicizzazione programmato in modo tale da associare indistintamente un link al nome di un dato soggetto, senza una preventiva valutazione circa la presenza di dati personali.
Nel complesso, il percorso offerto dalla sentenza appare nel suo complesso tortuoso e rischia di sollevare perplessità anche di carattere applicativo. Invero, se per un verso la tutela dell'utente sembra essere stata ampliata, è invece il ruolo del motore di ricerca a essersi accresciuto. L'intermediario della rete pare diventare arbitro delle informazioni accessibili, operando anche sulla qualità di quest'ultime ed eliminando contenuti scomodi e invisi a taluno [73].
Tuttavia, la tutela dell'utente, che la portata della sentenza in esame vorrebbe ampliare, appare in realtà inficiata anche dall'assenza della garanzia del contraddittorio. Il difetto di una previsione, che imponga in capo al prestatore l'obbligo di assicurare un adeguato contraddittorio, determina la mancanza di un dialogo tra il notificante e i titolari dell'opposto interesse alla permanenza del contenuto. Tale lacuna non consente il benché minimo coinvolgimento di possibili interessi contrapposti, accrescendo ancora di più il ruolo del motore di ricerca. Tale soggetto pare svolgere una funzione prettamente paragiudiziale che, non solo non può essergli attribuita, ma che rischierebbe, inoltre, nel suo uso puramente strumentale, di tradursi in una sterile verifica della sussistenza dei diritti dell'interessato [74].
Sotto una diversa prospettiva, oltre alla paventata possibilità che si verifichi una cancellazione quasi automatica dei link, si potrebbe tuttavia riscontrare, al contrario, una certa ostilità da parte dei motori di ricerca alla cancellazione. Tale evenienza potrebbe essere indotta, non solo allo scopo di oberare le autorità nazionali della gestione di centinaia di ricorsi, ma anche al fine di tutelare il possesso dei dati personali su cui si fonda la capacità degli

Over the Top di generare reddito. La possibilità fornita agli utenti di cancellare i propri dati renderebbe provvisorio e revocabile il possesso di questi da parte dei motori di ricerca, determinando, dunque, un indebolimento del valore dei dati stessi soprattutto a fini economici.
L'intervento strutturale nell'ecosistema della rete non scevro da conseguenze, induce quindi ad attente riflessioni sul suo impatto digitale. Dal confronto tra la sovranità tecnologica multinazionale e quella giuridica sovranazionale, pur rilevandosi in parte l'attuale affermazione di quest'ultima, la vicenda sembra tutt'altro che conclusa.

Note:

[*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.
[1] J.P. Barlow, *A declaration of the independence of cyberspace*, John Perry Barlow Library, 1996, disponibile sul sito http://www.eff.org/ barlow/library.html. L'Autore rivendica l'autonomia della rete, la sua estraneità alla politica e al diritto. Barlow afferma l'originarietà dell'ordinamento del ciberspazio, sostenendo che questo non dipende dalle istituzioni del mondo fisico, ma è un fenomeno naturale, che cresce spontaneamente attraverso le azioni collettive dei suoi membri. Il ciberspazio è, secondo Barlow, dotato di una propria cultura, di una propria etica, di una propria regolamentazione, seppur non codicisticamente tradotta. Ebbene, tale sistema sarebbe dotato di un proprio ordine, maggior di quanto possa essere realizzato dalle imposizioni dei governi. Barlow, sulla base di tali considerazioni, conclude sostenendo che internet non ha bisogno della politica e del diritto, in quanto capace di autoregolarsi e di risolvere autonomamente i propri conflitti. ("*Governments of the Industrial World, you weary giants of flesh and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. You are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather. We have no elected government, nor are we likely to have one, so I address you with no greater authority than that with which liberty itself always speaks. I declare the global social space we are building to be naturally independent of the tyrannies you seek to impose on us. You have no moral right to rule us nor do you possess any methods of enforcement we have true reason to fear. Governments derive their just powers from the consent of the governed. You have neither solicited nor received ours. We did not invite you. You do not know us, nor do you know our world. Cyberspace does not lie within your borders. Do not think that you can build it, as though it were a public construction project. You cannot. It is an act of nature and it grows itself through our collective actions. You have not engaged in our great and gathering conversation, nor did you create the wealth of our marketplaces. You do not know our culture, our ethics, or the unwritten codes that already provide our society more order than could be obtained by any of your impositions. You claim there are problems among us that you need to solve.*

You use this claim as an excuse to invade our precincts. Many of these problems don't exist. Where there are real conflicts, where there are wrongs, we will identify them and address them by our means. We are forming our own Social Contract. This governance will arise according to the conditions of our world, not yours. Our world is different").

[2] Le numerose richieste di una disciplina giuridica della rete provengono, in particolar modo dai governi – interessati a controllare la rete per la prevenzione del crimine e del terrorismo, a censurare materiali, a controllare il dissenso politico e sociale – ma anche dalla comunità degli affari, interessata a tutelare il commercio elettronico, ivi compresa la protezione della proprietà intellettuale, e dalla società civile per la tutela dei diritti fondamentali della persona.

[3] In tal senso, Agcom, Indagine conoscitiva sul settore dei servizi internet e sulla pubblicità online, Allegato A alla delibera n. 19/14/CONS, disponibile sul sito dell'Autorità all'indirizzo http://www.agcom.it/documents/10179/0/Documento/9376a211-ebb2-4df6-83ea-282f731faaf2.

[4] In tal senso, Romani M., *La globalizzazione telematica*, Giuffré, 2009, secondo il quale la rete sarebbe sottoposta a una vera e propria normativa, la cd. *lex informatica*, la quale, pur non soggetta a determinati obblighi di osservanza, sarebbe spontaneamente rispettata secondo un meccanismo simile a quello che ha originato la *lex mercatoria*.

[5] In tal senso, Delli Priscoli L., *Internet e il diritto alla riservatezza dei dati personali contenuti in atti parlamentari*, in Diritto Mercato Tecnologia n. 4-2013.

[6] La garanzia di tale libertà si applica a tutte le forme di espressione, non solo quelle che combaciano con i punti di vista e le prospettive della maggioranza. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha più volte dichiarato: "*La libertà di espressione […] è applicabile non solo alle 'informazioni' o 'idee' accolte con favore o considerate inoffensive o indifferenti, ma anche a quelle che offendono, sconvolgono o inquietano lo Stato o una parte della popolazione. Tali sono le esigenze di pluralismo, tolleranza e apertura mentale, senza le quali non esiste 'società democratica*'" (sentenzan. 5493/72, *Handyside contro Regno Unito*, § 49). Si veda anche il documento prodotto dalla Riunione di Copenaghen della Conferenza sulla dimensione umana della OSCE, del giugno 1990, in cui gli Stati membri partecipanti all'incontro, hanno affermato che: "*(…) ogni persona avrà diritto alla libertà di espressione (…)*".

L'esercizio di tale diritto – riconosciuto dalle tradizioni costituzionali dei Paesi europei, oltre che dall'art. 10 della Convenzione europea dei Diritti Fondamentali, CEDU e, da ultimo, nell'art. 11 della Carta UE – costituisce una componente della libertà dell'informazione, nonché elemento essenziale della società democratica.

La Corte di Giustizia ha inoltre riconosciuto l'essenzialità dell'accesso alle informazioni al fine di consentire, al cittadino di partecipare più attivamente nel processo decisionale e, alle amministrazioni pubbliche di beneficiare di maggiore legittimazione, affermando che "[l]*a possibilità per i cittadini di*

conoscere il fondamento dell'azione legislativa è condizione per l'esercizio effettivo, da parte di questi ultimi, dei loro diritti democratici" (sentenza 1° luglio 2008, cause C-39/05 P e C-52/05 P, § 45).

[7] Sul tema si veda Gambino A.M., Stazi A., Mula D., *Diritto dell'informatica e della comunicazione*, Giappichelli, 2009, pp. 32 e ss. Gli Autori evidenziano che la rappresentazione della reputazione del singolo individuo è strettamente dipendente, non soltanto dai dati messi in circolazione, ma anche e soprattutto dall'appropriazione e dalla gestione di questi dati da parte di altri. Il mezzo e il luogo ove ciò avviene più facilmente e diffusamente è senz'altro internet.

[8] Si precisa che tale espressione non è propriamente appropriata per descrivere il concetto che, in realtà, intende veicolare. Tuttavia, la giurisprudenza nazionale sembra utilizzare tale termine per descrivere il fenomeno oggetto della presente disamina. Per una trattazione approfondita si rinvia a Pizzetti F., *Il caso del diritto all'oblio*, Giappichelli, 2013; Finocchiaro G., Il diritto all'oblio nel quadro dei diritti della personalità, in Il diritto dell'informazione e dell'informatica, Giuffré, 2014, pp. 591 e ss.; Sica S., Zeno Zencovich V., *Il futuro della responsabilità in rete. Legislazione, giurisprudenza e dottrina nel diritto dell'internet*, in Diritto dell'informatica, 3, pp. 377 e ss.; Mezzanotte M., *Il diritto all'oblio: contributo allo studio della privacy storica*, Ed. Scient. Ital., 2009; Mayer-Schonberger, *Delete. Il diritto all'oblio nell'era digitale*, Egea, 2013; De Minico G., *Internet regole e anarchia*, Jovene, 2012; Pollicino O., Bertolini E., Lubello V, *Internet: regola e tutela dei diritti fondamentali*, Aracne, 2013.Nella letteratura italiana, sul diritto all'oblio si segnalano, inoltre,Vigevani G.E., *Identità, oblio, informazione e memoria in viaggio da Strasburgo a Lussemburgo, passando per Milano*, in Danno e responsabilità, 2014, p. 731; Marchetti G., *Diritto di cronaca on-line e tutela del diritto all'oblio*, in AA.VV., in Da Internet ai social network,Sant'Arcangelo di Romagna, 2013, p. 71; Di Ciommo F., Pardolesi R., *Dal diritto all'oblio in Internet alla tutela della identità dinamica. È la rete, bellezza!*, in Danno e responsabilità, 2012, p. 701; Citarella G., *Aggiornamento degli archivi online, tra diritto all'oblio e rettifica "atipica"*, in Resp. civ. e prev., 2012, p. 1155; Ferola L., *Dal diritto all'oblio al diritto alla memoria sul Web. L'esperienza applicativa italiana*, inDiritto dell'informatica, 2012, p. 1001; Mangano F., *Diritto all'oblio*, in Giur. merito,2012, p. 2621; Niger s., *Il diritto all'oblio*, in G. Finocchiaro (a cura di), Diritto all'anonimato. Anonimato, nome e identità personale, Padova, 2007, 59.

[9] In un recente convegno organizzato dall'Istituto per lo Studio dell'Innovazione Media Economia Società e Istituzioni, sul tema "*Il mondo nella rete: diritti, vincoli, opportunità*", tenutosi a Roma, il 14 maggio 2014, il prof. Antonio Nicita, ha rilevato la critica relazione tra la rete e la valutazione economica dei dati, in termini di accesso a tali dati, proprio ai fini di una loro valutazione sul mercato, nonché lo sbilanciamento nell'accesso ai dati che riguarda taluni soggetti privilegiati. Il Commissario ha, infine, espresso la complessità di un'adeguata tutela dei diritti della persona nel c.d. mondo della rete. Il convegno è disponibile sul sito http://www.isimm.it/.

[10] Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 13 maggio 2014, C-131/12, disponibile sul sito http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=IT

[11] Il diritto alla riservatezza, inteso quale possibilità di godere appieno della propria intimità, ha assunto un'importanza centrale con la pervasiva diffusione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione. Tuttavia, nel linguaggio giuridico è più correttamente utilizzata l'espressione *protezione dei dati personali* per evidenziare una sottile distinzione con il termine *riservatezza*, utilizzato invece nei casi che prospettano un'esigenza di tutela dell'intimità, e con il termine *privacy*, utilizzato nel linguaggio comune. La protezione dei dati individua situazioni più complesse, che rinviano a forme generali di tutela della sfera privata e delle varie libertà a essa connesse, fino a costituire un elemento della stessa cittadinanza. Tale circostanza determina un'evoluzione dell'originaria definizione di *privacy* intesa come "*right to be let alone*", coniata nel 1890 da Samuel Warren e Louis Brandeis (*The Right To Privacy*, in Harvard Law Review, 1890), con conseguente riconoscimento della necessità della protezione dei dati personali come diritto fondamentale, nelle Costituzioni di alcuni Paesi, nel Trattato che Istituisce una Costituzione per l'Europa e nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea. In tal senso, Rodotà S., *Riservatezza*, in Enciclopedia Italiana, VII Appendice, Treccani, 2007.

[12] Il diritto mira a salvaguardare il riserbo imposto dal tempo ad un notizia già resa di dominio pubblico. Difatti, il decorso del tempo può attenuare l'attualità della notizia e far scemare, al tempo stesso, anche l'interesse pubblico all'informazione. In tal senso, Cendon P., *Il diritto all'oblio*, in Trattato breve dei nuovi danni, Vol. 2, Cedam, 2011. Sul tema si veda anche Buttarelli G., *Banche dati e tutela della riservatezza*, Giuffré, 1997; nonché De Grazie L., *La libertà di stampa e il diritto all'oblio nei casi di diffusione di articoli attraverso internet*, Rivista AIC n. 4/2013. Sulle accezioni del diritto all'oblio proposte in dottrina, si rinvia a AA.VV., *Il diritto all'oblio. Atti del Convegno di Studi del 17 maggio 1997*, Gabrielli (a cura di), Napoli, 1999; Auletta T., *Diritto alla riservatezza e "droit à l'oubli"*, in Alfa G.,Bessone M., Boneschi L., Caiazza G. (a cura di), L'informazione e i diritti della persona, Napoli, 1983, p. 127 e ss.; Ferri G.B., *Diritto all'informazione e diritto all'oblio*, in Riv. dir. civ., 1990, p. 801 e ss.; Morelli M.R., voce *Oblio (diritto all')*, in Enc. dir., Agg., VI, Milano, 2002.

[13] La tutela si rinviene anche con riferimento all'aspetto risarcitorio, in quanto si configura una responsabilità extracontrattuale aggravata ai sensi dell'art. 2050 c.c., nonché un obbligo risarcitorio che trova fondamento nell'art. 2059 c.c. Il riferimento codicistico si rinviene nell'art. 15 del Codice della privacy, di cui al d.lgs. 30 giugno 2003, n.196, ai sensi del quale "*chiunque cagiona danni per effetto del trattamento di dati personali è tenuto al risarcimento ai sensi dell'art. 2050 del codice civile*". Si precisa che l'art. 2050 configura la responsabilità per esercizio di attività pericolosa ("*Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se*

non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno."). La lettura combinata delle due disposizioni permette di rilevare che il trattamento dei dati personali nel nostro ordinamento viene considerato di per sé come un'attività pericolosa. L'analisi congiunta mostra inoltre l'inversione dell'onere della prova, gravando sul gestore dell'attività pericolosa l'onere di dimostrare di aver posto in essere tutte le misure idonee per evitare il danno; per converso, sarà onere del danneggiato provare solo il semplice evento, e non anche il nesso di causalità con la condotta del presunto danneggiante. Sul riconoscimento di tale diritto come diritto fondamentale si veda anche Cassazione, sentenza 11 novembre 2008, n. 26972.

[14] La normativa stabilisce che il trattamento dei dati "*si svolga nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell'interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all'identità personale e al diritto alla protezione dei dati personali*" (art. 2, co. I). Inoltre, di rilievo appare l'art. 11, il quale stabilisce che i dati personali oggetto di trattamento devono essere conservati in una forma che consenta l'identificazione dell'interessato per un periodo di tempo non superiore a quello necessario agli scopi per i quali essi sono stati raccolti o successivamente trattati. In tal senso Cendon P., *op. cit*, che ha considerato l'articolo 11 quale disposizione di codificazione del diritto all'oblio, in quanto, bilanciando la riservatezza e il diritto all'informazione, la norma obbliga la conservazione dei dati in una forma che consenta di identificare l'interessato per un tempo non eccedente quello necessario.

[15] Si vedano le decisioni del Garante: 7 luglio 2005, n. 1091915; 10 novembre 2004, n. 1116068; 8 aprile 2009, n. 1617673.

[16] In tal senso, Delli Priscoli L., *op. cit.* Si consideri l'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui sussiste il diritto del singolo a non veder "*travisato o alterato all'esterno il proprio patrimonio intellettuale, politico, sociale, religioso, ideologico, professionale*" (Per tutte, Cassazione, sentenza 22 giugno 1985, n. 7769). Sul tema dell'identità personale si veda Zeno-Zencovich, voce *Identità personale*, in *Dig. it.*, *Sez. Civ.*, IX, Torino, 1995. Si rinvia, inoltre, a Finocchiaro G., voce *Identità personale*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Torino, 2010, p. 721 e ss. e a Resta G., *Identità personale e identità digitale*, Il diritto dell'informazione e dell'informatica, 2007, p. 511 e ss.

[17] Si consideri che i servizi di completamento e di indicizzazione delle ricerche correlate si basano su un *software* che permette all'utente di completare la chiave di ricerca o di visualizzare le più comuni ricerche correlate effettuate da terzi, attraverso un algoritmo che effettua in modo automatico un'associazione tra le parole chiave che risultano maggiormente ricercate dagli utenti. In tal senso, Pollicino O., *Tutela del pluralismo nell'era digitale: ruolo e responsabilità degli Internet Service Provider*, in Giurisprudenza Costituzionale, disponibile nella versione di consultazioneonline all'indirizzo http://www.giurcost.org/studi/pollicino1.pdf.

[18] La responsabilità del *provider* è stata disciplinata dalla direttiva 2000/31/CE in materia di *e-commerce* e recepita dal nostro ordinamento con d.lgs n. 70/2003. La normativa comunitaria è frutto di un processo di circolazione e imitazione del modello statunitense ripreso talora pedisssequamente nelle formule legislative della direttiva. Tuttavia la direttiva, rispetto al modello richiamato, si differenzia sia per l'ambito di applicazione oggettiva, che abbraccia illeciti civili e penali, sia per quello soggettivo, in quanto la disciplina comunitaria non include le attività dei motori di ricerca e il *linking* (cfr. *Digital Millenium Copriright Act* del 1998 che ha ratificato i discussi trattati dell'Organizzazione Mondiale per la Proprietà Intellettuale – cd. WIPO. Per una disamina approfondita si rinvia a Samuelson P., *The U.S. Digital Agenda at WIPO*, 37 Va J. Int'l L.,1997, pp. 369. Si veda anche Sédallian V., *La responsabilité des prestataires techniques sur Internet dans le Digital Millennium Copyright Act américain et le projet de directive européen sur le commerce électronique*, in Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux, 1999, n. 110, 1; Rojinsky C., *Commerce électronique et responsabilité des acteurs de l'Internet en Europe*, in Gaz. Pal., 23-24 juin 2000, p. 19; Montero E., *La responsabilité des prestataires intermédiaires de l'Internet*, in Revue Ubiquité, 2000, p. 100; Julià-Barceló R., K.J. Koelman, *Intermediary Liability in the E-Commerce Directive: So Far So Good, But It's Not Enough*, in 16 Computer Law & Security Report, 2000, p. 231; Strowel A., Ide N., Verhoestraete F., *La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique: un cadre juridique pour l'internet*, in Jour. des Tribunaux, 2001, n. 6000, p. 141; Di Ciommo F., *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Jovene, 2003; Bocchini R., *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico. Contributo allo studio dell'illecito plurisoggettivo permanente*, Jovene, 2003; Riccio G.M., *La responsabilità civile degli internet providers*, Giuffré, 2002, pp. 200 e ss.)
Si segnala, inoltre, che in sede di recepimento della direttiva, alcuni ordinamenti hanno disciplinato anche l'attività dei motori di ricerca, in tal senso l'ordinamento spagnolo che estende le regole per i fornitori di hosting ai motori di ricerca. Sul punto si rinvia a Peguera M., *Internet Service Providers' Liability in Spain: Recent Case Law and Future Perspective*, 13 J. Of Intell. Prop. Information Tech. And E-Commerce Law, 2010, pp. 151.
La disciplina comunitaria, che ha introdotto regole che condizionano la responsabilità del *provider* in modo coerente con la sua natura di mero intermediario, sembra tuttavia messa in discussione dal mutamento della fisionomia dei *provider* che assumono un ruolo sempre meno passivo e neutrale. Inoltre, anche l'applicazione in sede giurisprudenziale appare connotata da decisioni spesso contrastanti e indirizzi non sempre univoci: se in alcuni contenziosi è stato evidenziato il carattere della neutralità degli intermediari, in altri è stata, al contrario prevista una responsabilità oggettiva di quest'ultimi in relazione a illeciti perpetrati mediante l'utilizzo dei servizi offerti. Cfr. Van Eecke P., *Online service providers and liability: a plea for a balanced approach*, in Common Market Law Review, 48, 2011, pp. 1455 e ss. L'Autore evidenzia, a seguito di un periodo di apparente diffidenza verso i

provider, un maggior favore verso gli intermediari, manifestato dalle maggiori corti europee.
Tuttavia, nel caso di specie occorre ricordare che tale direttiva sul commercio elettronico non trova applicazione, ex art. 1, par. 4, lett. b), alle "*questioni relative ai servizi della società dell'informazione oggetto delle direttive n. 95/46/CE e 97/66/CE*" e, quindi all'intero settore della tutela dei dati personali.
[19] In tal senso la Corte di giustizia sul caso Google Spain, di cui *infra*.
[20] In particolare, in una recente ordinanza del 25 marzo 2013, il Tribunale di Milano, seppur con riferimento ad altro aspetto, ha rilevato che i motori di ricerca non siano configurabili quali *content provider*, evidenziando la natura del servizio quale associazione tra componente grafica e *software*. La fattispecie riguardava il servizio cd. di autocompletamento, il quale riprodurrebbe staticamente, secondo la richiamata giurisprudenza, il risultato di ricerche più popolari effettuate dagli utenti, attraverso un mero servizio di *caching*, ovvero un servizio di memorizzazione temporanea di dati svolta dal *provider* per agevolare le ricerche effettuate dagli utenti, senza alcun controllo e, dunque, responsabilità, in relazione ai contenuti. Analogamente, cfr. Tribunale di Pinerolo, ordinanza 30 aprile 2012. *Contra* invece Tribunale di Milano, ordinanza 21/25 gennaio 2011 e ordinanza 24 marzo 2011, secondo cui i motori di ricerca integrano delle banche dati, che gestiscono, memorizzandole, le pagine *web* più visitate dagli utenti. Tale attività costituirebbe quindi un'attività organizzativa nell'operare dei motori di ricerca, in quanto l'abbinamento contestato dal ricorrente sarebbe frutto del sistema deliberatamente adottato dal motore di ricerca, nel caso Google, e costituirebbe il prodotto di un attività, (*i.e.* responsabilità) direttamente riconducibile a quest'ultimo. In tal senso, in ambito europeo anche la Corte d'appello di Parigi, 14 dicembre 2011, che ha assimilato, con i conseguenti obblighi, il legale rappresentante della società al direttore responsabile di una testata giornalistica online.
[21] Si veda Tribunale di Milano, sentenza 26 aprile 2013, n. 5820.
[22] Si veda Cassazione, sentenza 5 aprile 2012, n. 5525.
[23] Tali conclusioni sembrano aver anticipato in parte la posizione espressa dall'Avvocato generale Niilo Jääskinen nel caso Google Spain, oggetto della presente disamina, il quale ha rilevato l'inconsapevolezza da parte del gestore del motore di ricerca dell'esistenza di determinate tipologie di informazioni che costituiscono dati personali, optando per un riconoscimento implicito della sua natura di *service provider*. Si consideri, tuttavia, che l'Avvocato Jääskinen sembra negare l'esistenza nel diritto comunitario di un diritto all'oblio. Ciò nonostante la Corte di giustizia è pervenuta a conclusioni differenti, riconoscendo al contrario la responsabilità del gestore del motore di ricerca e il riconoscimento del diritto all'oblio. Cfr. *infra*.
[24] In tal senso si veda Tribunale di Milano, sentenza 26 aprile 2013, n. 5820, con la quale la lesione del diritto all'oblio è stata ritenuta prevalente su ogni altro ipotetico interesse. In particolare, il giudice milanese, in una fattispecie su tematiche analoghe, ha ritenuto la mancanza del requisito

dell'interesse pubblico alla permanente conoscenza, del ruolo pubblico dell'interessato, sufficienti a giustificare la rimozione dell'articolo dall'archivio telematico di un quotidiano. Per un'interessante rassegna di decisioni si veda Razzante R., *Manuale di diritto dell'informazione*, Edizione VI, Cedam, 2013.
[25] Cfr. precedente nota n.15
[26] Si veda Cassazione, sentenza 3 febbraio 2014, n. 5107.
[27] Si tratta del caso Vividown – i cui estremi sono riportati nella nota precedente – riguardante una vicenda che aveva suscitato molto clamore per un video diffuso nel 2006 raffigurante un minorenne di Torino affetto da sindrome di Down deriso e malmenato dai compagni di scuola. La vicenda aveva riproposto il delicato tema della responsabilità degli intermediari della comunicazione.
[28] In particolare si veda l'art. 167 del Codice.
[29] Si veda, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sezione IV, sentenza 16 luglio 2013, caso Wegrzynowski e Smolczewsky v. Polonia. Il caso traeva origine da una vicenda risalente al 2000, quando il quotidiano polacco cartaceo *Rzeczpospolita* pubblicava un articolo in cui due avvocati polacchi venivano accusati di essere coinvolti, assieme ad alcuni politici locali, in alcuni affari poco leciti, attraverso i quali avrebbero conseguito notevoli vantaggi economici. Dalla vicenda erano scaturiti due distinti processi per diffamazione. Il primo, azionato sulla base dell'articolo nella versione cartacea del giornale, concluso poi a favore dei ricorrenti; il secondo, instaurato nel 2004, quando i ricorrenti, venuti a conoscenza dell'immissione dell'articolo anche sull'archivio online del giornale, ne avevano chiesto la rimozione. I ricorrenti, avevano, altresì, sostenuto che, oltre al danno provocato dalla pubblicazione online dell'articolo, la sua relativa indicizzazione, attraverso il motore di ricerca Google, avrebbe costituito una nuova pubblicazione dell'articolo diffamante che ledeva ulteriormente i loro diritti al rispetto della vita privata e alla reputazione. Le istanze dei ricorrenti rigettate dai Giudici aditi, avevano indotto gli stessi a promuovere l'azione davanti alla Corte di Strasburgo. La Corte, adita in ordine alla violazione dell'art. 8 della Convenzione, non ha, poi, reputato fondata la violazione del diritto al rispetto alla vita privata, bilanciando la tutela di questo diritto con la libertà di espressione prevista all'art. 10 della Convenzione. Per un commento alla decisione, si rinvia a Nannipieri L., *La sopravvivenza online di articoli giornalistici dal contenuto diffamatorio: la pretesa alla conservazione dell'identità e la prigione della memoria nel cyberspazio. Osservazioni intorno a Corte CEDU, IV sez., sentenza 16 luglio 2013 (Węgrzynowski e Smolczewski contro Polonia, Ric. N. 33846/2007)*, in Forum Costituzionale, disponibile alla pagina http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/corte_europea_diritti_uomo/0030_nannipieri.pdf
Per una comparazione tra la decisione e la sentenza Google Spain, si rinvia a Di Ciommo F., *Quello che il diritto non dice. Internet e oblio*, in Danno e Responsabilità n. 12/2014.

[30] Cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Delfi v. Estonia, 10 ottobre 2013. La vicenda traeva origine nel 2006, quando sul portale estone Delfi veniva pubblicato un articolo sulla deviazione di alcune rotte navali da parte della *Saaremaa Shipping Company*, una società pubblica di trasporto marittimo, che collega la terraferma estone con le isole. Delfi è un grande e popolare portale web estone, che svolge la propria attività informativa anche a livello internazionale. L'articolo pubblicato sul portale criticava l'operato di uno degli amministratori della società di trasporto marittimo e riceveva svariati commenti, alcuni dei quali recanti offese personali ed espressioni volgari. In ragione di tali contenuti offensivi, l'amministratore della società chiedeva ai responsabili del portale la rimozione dei commenti lesivi e il risarcimento del danno non patrimoniale. Dalla vicenda scaturiva una controversia dinnanzi all'Autorità giudiziaria estone, che si conclude con l'accoglimento delle domande avanzate dall'amministratore della società di trasporto marittimo da parte della Corte Suprema. I giudici estoni, tuttavia, pur accogliendo le richieste avanzate dall'amministratore della società, riducevano sensibilmente l'importo del danno rispetto alla quantificazione effettuata dal ricorrente, ponendo a carico di Delfi il pagamento di una somma esigua. Avverso questa determinazione, Delfi ha, poi, proposto ricorso innanzi alla Corte di Strasburgo lamentando la violazione dell'art. 10 della CEDU.

[31] In rete, con riferimento alla protezione dei dati personali, si distinguono tre tipologie di attività che possono compromettere la tutela di tale diritto. La prima è la pubblicazione di dati personali su una qualsiasi pagina web, la cd. pagina *web source*. La seconda riguarda il caso in cui un motore di ricerca fornisca risultati che indirizzano l'utente verso la pagina *web source*. La terza situazione, meno evidente, ricorre quando un utente effettua una ricerca utilizzando un motore di ricerca e alcuni dei suoi dati personali, come l'indirizzo IP dal quale la ricerca viene effettuata, vengono automaticamente trasferiti al fornitore di servizi di motore di ricerca. In tal senso l'Avvocato generale Niilo Jääskinen nelle conclusioni rassegnate il 25 giugno 2013 sulla causa in commento. Le conclusioni in formato integrale sono disponibili sul sito
http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=138782&pageIndex=0&doclang=IT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=386778.
Per un commento alla sentenza si veda Peron S., Il diritto all'oblio nell'era dell'informazione on-line, in Responsabilità Civile e previdenza, fasc. 4/2014, p. 1177; Di Ciommo F., Quello che il diritto non dice. Internet e oblio, in Danno e responsabilità n. 12/2014, Ipsoa.
Per un commento critico si rinvia a Scorza G., Corte di giustizia e diritto all'oblio: una sentenza che non convince, in Corriere giuridico n. 12/2014.
Per un'analisi dei risvolti penali si rinvia a Flor R., *Dalla data retention al diritto all'oblio. Dalle paure orwelliane alla recente giurisprudenza della Corte di giustizia. Quali effetti per il sistema di giustizia penali e quali prospettive de jure condendo?*, in Diritto dell'informazione e dell'informatica, fasc. 4-5, 2014, p. 753.

[32] Si tratta della direttiva n. 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati. In particolare, si vedano gli articoli nn. 2, 4, 12 e 14 (GU L 281, pag. 31).
[33] Nel 2010, un cittadino spagnolo si rivolgeva all'Agenzia di protezione dei dati spagnola (*Agencia Española de Protección de Datos*, cd. AEPD), proponendo un reclamo contro un quotidiano locale – *La Vanguardia Ediciones S.L.* – nonché contro Google Spain e Google Inc. – attraverso il quale denunciava che nell'elenco di risultati associati al proprio nome, il motore di ricerca mostrava dei *link* di collegamento a due pagine risalenti all'anno 1998 che annunciavano una vendita all'asta di immobili per un pignoramento dovuto a crediti previdenziali non corrisposti. Il ricorrente, lamentando che il pignoramento era stato interamente definito da svariati anni, adduceva l'irrilevanza e la lesività circa la menzione dello stesso. Tuttavia, l'Agenzia spagnola respingeva il reclamo diretto contro il quotidiano, ritenendo la legittimità della pubblicazione da parte dell'editore, ma lo accoglieva nei confronti di Google Spain e Google Inc., imponendo alle stesse di adottare le misure necessarie per la rimozione dei dati dai loro indici e per rendere impossibile il futuro accesso ai dati stessi. La successiva proposizione dei ricorsi innanzi all'*Audiecia Nacional* da parte delle due società soccombenti ha, successivamente, determinato l'intervento della Corte di giustizia, investita da una domanda di pronuncia pregiudiziale posta dal giudice spagnolo. Per un commento alla sentenza, si rinvia, tra gli altri, a Palmieri A., Pardolesi R., *Dal diritto all'oblio all'occultamento in rete: traversie dell'informazione ai tempi di Google*, in Nuovi Quaderni del Foro Italiano, n. 1 del 27 maggio 2014.
[34] Cfr. punto n. 41 della sentenza richiamata.
[35] Si consideri che l'espressione contenuta nella direttiva n. 95/46/CE è stata erroneamente tradotta nella versione italiana con la locuzione "responsabile" e non "titolare" del trattamento. Si rinvia a una lettura congiunta della direttiva nelle due versioni, in lingua italiana e in lingua inglese, disponibili in visualizzazione bilingue all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT-EN/TXT/?qid=1404634206358&uri=CELEX:01995L0046-20031120&from=IT.
Tuttavia, per maggior completezza espositiva si precisa che nella normativa italiana il "titolare del trattamento", di cui all'art. 4, comma 2, lettera f) del d.lgs. 196/2003, "*[è] la persona fisica, la persona giuridica, la pubblica amministrazione e qualsiasi altro ente, associazione od organismo cui competono, anche unitamente ad altro titolare, le decisioni in ordine alle finalità e modalità del trattamento di dati personali, nonché agli strumenti utilizzati, ivi compreso il profilo della sicurezza*", mentre il "responsabile", secondo il disposto dell'art. 4, comma 1, lett. g), "è *la persona fisica, la persona giuridica, la pubblica amministrazione e qualsiasi altro ente, associazione od organismo preposti dal titolare al trattamento di dati personali*".

[36] Si ricorda che opinione opposta era stata espressa dall'Avvocato generale Niilo Jääskinen, il quale nelle proprie conclusioni, rassegnate il 25 giugno 2013, rilevava l'inconsapevolezza da parte del gestore del motore di ricerca dell'esistenza di determinate tipologie di informazioni che costituiscono dati personali, tale da effettuarne il trattamento con un obiettivo strettamente connesso alla loro natura di dati personali. L'attività di indicizzazione di informazioni, compiuta meccanicamente dal motore di ricerca, non è in grado di consentire di discernere questi dati in quanto tali fra i contenuti indicizzati. Queste considerazioni hanno condotto l'Avvocato generale a negare in capo al gestore, seppur riconoscendo un'attività volta al "trattamento di dati personali", la qualifica di "titolare del trattamento". Le conclusioni in formato integrale sono disponibili sul sito http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=138782&pageIndex=0&doclang=IT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=386778
[37] E' stato già rilevato che possono sussistere ragioni particolari tali da impedire l'esercizio del diritto all'oblio. Invero, si ripete, che la Corte ha evidenziato che tale diritto non è esercitabile, ad esempio, nei casi in cui rilevi il ruolo ricoperto dal soggetto nella vita pubblica, in quanto in una siffatta ipotesi appare del tutto preminente l'interesse del pubblico ad avere accesso a determinate informazioni.
[38] La Corte si discosta, dunque, dall'interpretazione letterale della normativa fornita dall'Avvocato generale Niilo Jääskinen nelle conclusioni alla causa in commento, richiamate alla precedente nota n. 31
[39] L'articolo prevede che "[g]*li Stati membri riconoscono alla persona interessata il diritto: (…) di opporsi, su richiesta e gratuitamente, al trattamento dei dati personali che la riguardano previsto dal responsabile del trattamento a fini di invio di materiale pubblicitario ovvero di essere informata prima che i dati personali siano, per la prima volta, comunicati a terzi o utilizzati per conto di terzi, a fini di invio di materiale pubblicitario; la persona interessata deve essere informata in modo esplicito del diritto di cui gode di opporsi gratuitamente alla comunicazione o all'utilizzo di cui sopra (…)*".
[40] Il riferimento operato dalla Corte al "*contesto delle attività*" – seppur riferito ad un ambito diverso, quale il trattamento dei dati personali – potrebbe essere utilizzato per riproporre la questione della cd. *web tax* e della soggezione dei cd. *Over the Top* alla normativa nazionale. La locuzione utilizzata dai Giudici di Lussemburgo potrebbe, infatti, avvalorare la considerazione che lo stabilimento della sede in altro Stato membro è criterio superabile in presenza dello svolgimento effettivo dell'attività, e fornire, in tal modo, un utile supporto giurisprudenziale per combattere l'elusione fiscale e giungere alla tanto agoniata tassazione sui ricavi degli OTT, i quali stabilendo le loro sedi legali in Paesi con regime fiscale agevolato, godono di una tassazione agevolata, pur realizzando ricavi nel mercato nazionale.
[41] Si veda il Considerando n. 52 della sentenza in esame. Si consideri anche il precedente Considerando n. 20, attraverso il quale la Corte stabilisce che "[*l*]*a tutela delle persone prevista dalla (…) direttiva non deve essere impedita dal fatto che il responsabile del trattamento sia stabilito in un paese terzo*".

[42] Si tratta peraltro di una conclusione in linea con quanto espresso dall'Avvocato generale nelle conclusioni depositate il 25 giugno 2013.
[43] Cfr. sentenza C-324/09, *L'Oreal e altri*, in particolare i punti n. 62 e 63.
[44] In tal senso si vedano Scorza G., *Corte di giustizia e diritto all'oblio*, in Il Corriere giuridico n. 12/2014, pp. 1471 e ss.; Finocchiaro G., *Lex mercatoria e commercio elettronico. Il diritto applicabile ai contratti conclusi via internet*, in Contratto e impresa, 2001, 2, pp. 571 e ss. Nel senso dell'esigenza di una maggior correlazione tra l'attività svolta presso lo stabilimento europeo di un titolare extra europeo si veda anche il parere n. 8/2010 sul diritto applicabile adottato il 16 dicembre 2010 dal Gruppo di lavoro articolo 29 per la protezione dei dati (cfr. la successiva nota n. 56) 0836-02/10/IT, WP.
[45] n tal senso Scorza G., *op. cit.*
[46] Si veda il punto 28 della sentenza in commento. La Corte nella propria ricostruzione giuridica richiama il precedente caso Lindqvist in cui era stata stabilita la responsabilità del soggetto che diffonde su internet dati personali di terzi senza in necessario consenso (Corte di Giustizia, 6 novembre 2003, C-101/01, *Gota Hovratt c. Lindqvist*, disponibile sul sito http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=it&num=c-101/01). Tuttavia, nella fattispecie richiamata la posizione del soggetto condannato appare *ictu oculi* differente rispetto a quella del motore di ricerca che non può mai considerarsi autore dei contenuti già presenti online. Per un'analisi del caso si veda Ubertazzi T.M., *Il caso Linqvist: i limiti della privacy europea*, in *Danno e resp.*, 4/2004, pp. 377 e ss.
[47] Cfr. Cassazione, sentenza richiamata in nota n.22.
[48] La normativa è riportata nella precedente nota n. 18. In particolare, il d.lgs. n. 70/2003, dopo aver regolato all'art. 17 la responsabilità del *provider*, ha escluso in capo allo stesso la sussistenza di un obbligo generale di sorveglianza sui contenuti trattati.
[49] Secondo tale ricostruzione, l'obbligo di garantire l'oblio si riverserebbe in capo al gestore del motore di ricerca. Di contro, tuttavia, è opportuno rilevare che una tale circostanza potrebbe implicare una pericolosa apertura a potenziali e infinite richieste di cancellazione dei dati personali, con conseguente limitazione dei contenuti disponibili online. Sul tema si veda *infra*.
[50] Oltre alla difficoltà di monitorare la diffusione dei dati immateriali, si evidenziano le limitazioni che un tale controllo costituisce alla libertà di circolazione e al mercato europeo.
[51] La tematica, seppur in un'accezione parzialmente diversa, è stata già affrontata in dottrina. Sul tema si veda Macario F., *La protezione dei dati personali nel diritto privato europea*, in *La disciplina del trattamento dei dati personali*, a cura di Cuffaro V., Ricciuto V., Giappicchelli, 1997, pp. 53 e ss.. L'Autore evidenzia l'imprescindibilità nel mercato europeo della circolazione delle informazioni ai fini della completa realizzazione degli obiettivi del Trattato. A tal proposito si veda anche Pardolesi R., *Dalla riservatezza alla protezione dei dati personali: una storia di evoluzione e discontinuità*, in *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, a cura di Pardolesi

R., Giuffré 2003, p. 48. L'Autore prospetta una rinuncia della direttiva 95/46/CE alla filosofia della sorveglianza a tutti i costi, evidenziando la natura espansiva della nuova realtà moderna in cui i dati personali sono inevitabilmente destinati a debordare oltre i confini del consenso iniziale. La considerazione conduce l'Autore a riconoscere nella normativa un ostacolo al "*riespandersi di barriere allo scambio di materiale informativo, nemmeno in nome della salvaguardia dei diritti fondamentali*".

[52] In questi termini anche Matranga C., *Luci e ombre del caso Google Spain: una vittoria del diritto all'oblio*, in *Giureta Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, vol. XII, ed. 2014.

[53] Secondo tale approccio il titolare del diritto su un contenuti, nei casi in cui sono pubblicati contenuti in assenza di autorizzazione del titolare, avvisa l'amministratore del sito sul quale tale contenuto è presente. Il gestore può quindi attivarsi immediatamente per rimuoverlo spontaneamente, senza l'ordine di un giudice. In via del tutto teorica, il gestore della piattaforma potrebbe anche decidere di non rimuovere il contenuto segnalato. Tuttavia, in quest'ultima ipotesi, il gestore non potrà beneficiare di eventuali esenzioni di responsabilità.

[54] Si veda la precedente nota n. 18.

[55] Occorre, tuttavia, evidenziare che la procedura di deindicizzazione dei contenuti attuata a seguito dell'applicazione sentenza in esame differisce da quella di notifica e rimozione prevista dalla normativa statunitense sotto un duplice aspetto. In primo luogo, poiché il DMCA trova la propria fonte in un testo normativo. In secondo luogo, il DMCA prevede una forma di difesa in capo al soggetto che pubblica il contenuto presumibilmente contrario alla normativa in tema di proprietà intellettuale. Invero, è prevista la possibilità per tale soggetto di indirizzare una *counter-notification*, contenente i medesimi requisiti della contestazione e le ragioni per cui i contenuti segnalati non dovrebbero essere rimossi. Diversamente la procedura in esame si limita a comunicare la rimozione al soggetto che ha pubblicato il contenuto, non consentendo repliche, né eccezioni. L'editore del contenuto si vedrà dunque costretto ad agire dinanzi all'Autorità giudiziaria ovvero al Garante per la protezione dei dati personali per riottenere l'indicizzazione della notizia. Per maggiori approfondimenti si veda Riccio G.M., *Diritto all'oblio e responsabilità dei motori di ricerca*, in Diritto dell'informazione e dell'informatica, fasc. 4-5,2014, pp. 753 e ss.

[56] Occorre, tuttavia precisare che il *Data Protection Working Party* ha recentemente chiarito la non obbligatorietà dei form offerti dai motori di ricerca, precisando la possibilità di utilizzare anche strumenti di comunicazione alternativi. La circostanza valorizza il principio della libertà della forma ma nel contempo costituisce un possibile aggravio dei tempi nelle evasione delle richieste, nonché dei costi per gli operatori.

Il *Data Protection Working Party* è un organo consultivo indipendente dell'Unione europea, istituito dall'art. 29 Direttiva n. 95/46/CE, che si occupa di monitorare l'applicazione della direttiva europea sulla privacy e di fornire linee di indirizzo e suggerimenti per l'evoluzione della disciplina e della sua applicazione. Il documento è reperibile sul sito

http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp225_en.pdf.
[57] La Corte nelle dichiarazioni conclusive della richiamata sentenza, in particolare al punto n. 4, stabilisce che "*(…) nel valutare i presupposti di applicazione si dovrà verificare in particolare se l'interessato abbia diritto a che l'informazione in questione riguardante la sua persona non venga più, allo stato attuale, collegata al suo nome da un elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal suo nome, senza per questo che la constatazione di un diritto siffatto presupponga che l'inclusione dell'informazione in questione in tale elenco arrechi un pregiudizio a detto interessato (…)*". Tuttavia, si ricorda che in caso di rifiuto, resta salva la facoltà degli utenti di adire le competenti autorità giudiziarie al fine di una rivalutazione della domanda. Per maggiori approfondimenti di carattere puramente tecnico si rinvia a Pilla F., Falistocco G., Giacomello M., *Io digitale*, Computers, 2014.
[58] Si veda Razzante R., *Informazione: istruzioni per l'uso*, Cedam, 2014. L'Autore sostiene, tra l'altro, che il diritto all'oblio non va considerato quale mezzo per l'azzeramento della memoria storica ma piuttosto strumento per una corretta indicizzazione delle notizie che vengono prodotte nella rete.
[59] Si ricorda che anche a livello nazionale le persone giuridiche sono state sostanzialmente escluse dal raggio di tutela della legge sulla privacy.
[60] La nozione di personaggio pubblico è mutuata dall'ampia definizione fornita dalla Risoluzione del Consiglio n. 1165 del 1998, secondo cui sono ricompresi in tale categoria tutti i soggetti che rivestono un ruolo pubblico o utilizzano fondi pubblici, nonché tutti coloro che rivestono un ruolo significativo nella politica, nell'economia, nell'arte e nello sport. Tuttavia, con lo sviluppo e diffusione dei *new media* si segnala un progressivo affievolimento della dimensione dicotomica pubblico/privato che rende generico il riferimento al ruolo ricoperto dal soggetto nella vita pubblica. In tal senso Riccio G.M., *op. cit*.
[61] In tal senso, il prof. Giovanni Maria Riccio, in un recente articolo sul tema "*Le linee-guida per il diritto all'oblio: ancora più potere per i motori di ricerca?*" disponibile sul sito www.e-lex.it.
[62] In tal senso, anche l'Avv. Guido Scorza, durante un recente convegno sul tema "*Il diritto all'oblio ai tempi di Google*" organizzato dalla Camera di Commercio di Varese il 14 novembre 2014. L'Avvocato considera tuttavia ancora aperti una serie di problemi. In via del tutto esemplificativa, si pensi ai termini di perfezionamento dell'inadempimento da parte del motore di ricerca. Invero, stante la possibilità, in caso di rifiuto o inadempimento del motore di ricerca, di adire l'autorità giudiziaria, non sembrano fissati i termini entro cui ritenere perfezionato tale inadempimento.
[63] Si veda la precedente nota n. 18.
[64] Il riferimento è al disegno di legge in tema di "*Modifiche alla legge 8 febbraio 1948, n. 47, al codice penale, al codice di procedura penale e al codice di procedura civile in materia di diffamazione, di diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di diffusione, di ingiuria e di condanna*

del querelante nonché di segreto professionale. Ulteriori disposizioni a tutela del soggetto diffamato".
[65] La richiesta può essere presentata solo dall'interessato, mentre nel caso di morte di costui, analoga istanza può essere rivolta al giudice dagli eredi o dal convivente.
[66] Si precisa che, tuttavia, la previsione riportata nel II comma e qui oggetto di richiamo non indica anche l'autorità di vigilanza quale ulteriore possibile destinatario della richiesta dell'interessato, il che rischia indubbiamente di creare qualche difficoltà interpretativa. Attribuendo, infatti, "*una qualche valenza innovativa alla norma, dovrebbe ritenersi che essa, relativamente ai soli contenuti diffamatori, ammetta la possibilità di adire soltanto il giudice e non anche l'autorità di vigilanza. Tale previsione risulterebbe allora asistematica rispetto a una disciplina, quale quella dell'art. 14, cui si rinvia espressamente e che, conformemente alla disciplina europea, ha previsto un "doppio binario" per la tutela dell'interessato*". In tal senso*, Antonello Soro, Presidente del Garante per la Protezione dei Dati Personali durante una recente audizione alla Camera dei Deputati del 3 dicembre 2014. L'intervento completo è disponibile sul sito http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/3584327.*
[67] Accanto a Google si ricordano tra i grandi motori di ricerca, a titolo puramente esemplificativo, Bing e Yahoo.
[68] La problematica è stata recentemente affrontata in un convegno tenutosi a Roma il 13 novembre 2014 sul tema "*Governance di Internet ed efficienza delle regole verso il nuovo regolamento europeo sulla privacy*". Di particolare rilievo l'intervento della Prof.ssa Valeria Falce, la quale ha evidenziato due possibili opzioni: dall'accentramento di competenze in una sola autorità di protezione, una sorta di autorità capofila basata sul meccanismo dello "sportello unico"; al mantenimento di un sistema decentrato in cui ciascuna autorità nazionale partecipi a una decisione collettiva, in codecisione. Per maggiori approfondimenti si rinvia all'articolo integrale "*Sportello Unico ed efficienza dell'azione di vigilanza: verso il regolamento privacy*" disponibile online sulla Rivista Diritto Mercato e Tecnologia al seguente link http://www.dimt.it/2014/12/10/sportello-unico-ed-efficienza-dellazione-di-vigilanza-verso-il-regolamento-privacy/.
[69] Si ricorda che i domini cd. di primo livello (*Top-level domain*, cd. TLD) sono classificati dalla *Internet Assigned Numbers Authority* in tre tipologie differenti: nazionali, usati per indicare una dipendenza territoriale; generici, per particolari classi di organizzazioni; infrastrutturali, di cui l'unico esistente è *.arpa*.
[70] Si veda la precedente nota n. 56
[71] Nel documento, precedentemente richiamato nella nota n. 55, si legge che "[i]*n order to give full effect to the data subject's rights as defined in the Court's ruling,delisting decisions must be implemented in such a way that they guarantee the effective and complete protection of data subjects' rights and that EU law cannot be circumvented. In that sense, limiting delisting to EU domains on the grounds that users tend to access search engines via their*

national domains cannot be considered a sufficient mean to satisfactorily guarantee the rights of data subjects according to the ruling. In practice, this means that in any case delisting should also be effective on all relevant domains, including .com."

[72] La diffamazione riguarda sostanzialmente contenuti diffamatori e/o trattati in violazione di legge. La privacy – nella accezione generale di tutela delle informazioni private – la *data protection* – quale tutela dei dati personali pubblici e privati – e il diritto all'oblio – nel suo valore di diritto alla reputazione – non possono essere in alcun modo accomunati alla diffamazione. Se quest'ultima riguarda, invero, la pubblicazione di dati sostanzialmente falsi, il diritto all'oblio concerne, invece, la pubblicazione lecita di dati personali veritieri i quali per il trascorrere del tempo, non risultano più connotati da un interesse pubblico attuale, a fini informativi o giornalistici.

Tale circostanza impedisce, dunque, di giustificarne l'indiscriminata reperibilità in rete.

[73] In tal senso, come richiamato da Riccio G.M., *op. cit*., Rodotà S., *Libertà, opportunità, democrazia e informazione, in Internet e privacy: quali regole?*, in Atti del Convegno di Roma 8-9 maggio 1998, Cittadini e Società dell'informazione, Supplemento n. 1 al Bollettino n. 5 del Garante, 1998, 15, che aveva già paventato il rischio degli ISP quali nuovi censori istituzionali.

[74] In tal senso, D'Antonio V., Sica S., *La procedura di de-indicizzazione*, in Diritto dell'Informazione e dell'Informatica (Il), fasc.4-5, 2014, pag. 703.

Intermediary liability. The "Achilles' heel" of the current legislation: the courts. A comparative analysis with the U.S, focusing on copyright infringement

di
Caterina del Federico

Abstract
The topic of this paper regards the uncertainty of the legal framework and the analysis of the majority orientation of the courts with reference to the Internet Service Provider liability on the Web.
A comparative analysis, which focuses on intermediary liability for third party copyright infringement, of Europe and United States, is treated. It is highlighted how important a uniform interpretation of the courts in this field could be.
First a "bird's eye view" on Intermediary liability in the U.S., in comparison with EU legal framework, is outlined.
Secondly, the scope of the "safe harbor" and the "intermediary involvement" through procedures including "notice and take down" are explained.
It is clear how the interpretation of the courts can be considered the "Achilles' heel" of the harmonization with regards to ISPs' liability.
In conclusion the paper tries to identify some possible solutions in order to achieve the harmonization and to make more transparent the legal framework in this field.

L'argomento del presente contributo riguarda l'incertezza del quadro legale e l' analisi del maggiore orientamento delle corti con riferimento alla responsabilità dell'Internet Service Provider sul Web.
Viene effettuata un'analisi, con l' utilizzo dello strumento comparatistico, che si focalizza sulle violazioni del diritto d'autore da parte di terzi, in ambito sia europeo che statunitense. Si evidenzia l'importanza dell'interpretazione fornita dalle corti in tale ambito.
Prima di tutto viene delineata una panoramica sul regime di responsabilità degli intermediari negli Stati Uniti, in comparazione con il quadro normativo europeo.
In secondo luogo vengono illustrati l' esenzione da responsabilità e il coinvolgimento dell' ISP tramite procedure, inclusa quella di "notice and take down".
E' chiaro come l'interpretazione delle corti possa essere considerata il "tallone d' Achille" dell' armonizzazione per quanto concerne la responsabilità dell'ISP.
In conclusione il contributo cerca di individuare alcune soluzioni possibili per raggiungere l' armonizzazione e per rendere più chiaro il quadro legale in materia di responsabilità dell' ISP.

Summary: 1. Introduction. -2. A "bird's eye view" on Internet intermediary liability in the U.S. -3. A comparison with the EU legal framework. -4. The

scope of the “safe harbor”. -5. The “intermediary involvement”. -6. Beyond the “safe harbor”: a grey area? -7.The “Achilles’ heel” of the harmonization: the courts. -8.Conclusions.

1. Introduction.

The Internet is a massive global communication complex with an unprecedented ability to bring people and information together from all over the world in a global marketplace of ideas, goods, and services.
Not surprisingly, the Internet phenomenon has been described as “The third Industrial Revolution” [1], especially considering its impact all over the world. Indeed, the Internet represents, beyond doubt, the biggest innovation in the world of the communication.
The Internet is a means of great transformation of the contemporary society and it is configured not just as a model of the network organization, but also as a new form of expression for individuals and community.
The expansion of Internet capabilities entails political, social and even legal implications. This is because more people, more commerce online and more services affect the growth of contract disputes and Internet torts, since more people interact online.
The transnational nature of the Net [2] and the massive global diffusion of messages, images, video and any other type of communication that can be placed on Web pages, create difficulties in identifying the individuals responsible for the offenses committed on the Net.
Thus, the problem of the concrete identification of the offender arises. It is precisely in this scenario that the Internet Service Provider appears. The question is whether it is possible to configure, a responsibility on the Internet Service Provider, besides the responsibility of the “real author”.
The ISP is an entity which performs business activity on the Network. This activity is based on providing services that are considered typical of the information society services.
It is clear that the Internet Service Provider plays a crucial role in enabling people around the world to communicate with each other. Indeed, without the ISPs, there would be no access to the Internet and to the affluence of information that we are able to access just at the click of a mouse.
Moreover, without social media, blogging platforms and newsgroups, the Internet users would lose a valuable way of publishing their opinions and instantaneously sharing information. But because of their technical capabilities, the ISPs are under an increasing pressure to act as “gatekeepers” of the Internet from governments and interest groups.
One of the major issues within the affirmation and the increasing development of the Internet is therefore to define ISPs liability. One of the problems of these years is to clarify the extra contractual liability in which the ISPs incur in relation to telematic torts.
Thus, the most controversial issue in this field concerns the liability regime to be applied to ISP’s business activities in the case of violations committed (by a third party) using the services that the ISPs offer to their users.

In order to resolve these issues, the Community legislator has provided with the Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 "on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market" (E- Commerce Directive). Indeed, it contains some provisions, specifically devoted to govern the matter of Internet Service Provider liability (articles 12-15).
The E-Commerce Directive was transposed within Italy with the Legislative Decree n. 70/2003. In both the regulations the level of the ISP liability depends on the activity carried out by the ISP. This liability regime establishes the conditions, in negative, to which the ISPs cannot be held liable for violations, damages and torts committed by third parties on the Net in which the ISP provides its services.
From the entire framework emerges, on one hand, the lack of transparency and the non clear-cut regime of the norms. On the other, the interpretation given by the courts "does not shine for crystalline clarity" since even in front of a similar norm the orientations could be very different.
In confirmation of this statement, this present paper provides a brief comparative analysis of the U.S. Digital Millennium Copyright Act and the E-Commerce Directive, focusing on copyright infringements. This is for two reasons.
First of all, in order to make unquestionable that Internet is a borderless technology and for this reason it requires a clear regulation to be as harmonized as possible, also at the international level. Indeed, any uncertainty of the legal framework which governs online activities causes damages to the functioning and the growth of global e-commerce and to the borderless digital technology.
Secondly, in order to prove that one of the first steps for the harmonization would be a uniform interpretation among the courts.

2. A "bird's eye view" on Internet intermediary liability in the U.S.

The most considerable reference in identifying the different types of intermediaries is the United States Digital Millennium Copyright Act of 1998 [3], precisely the section 512 [4]. Indeed, this section contains detailed rules for the limitation of intermediary liability in the field of copyright infringements.
Such rules permit to the Internet Service Provider to be exempted from liability, in certain cases and under certain circumstances. These exemptions represent the so-called "safe harbors".
Nevertheless, according to the DMCA, to be eligible under any safe harbor, a party must satisfy three basic requirements. First of all the party has to be qualified as a 'service provider'. Then, the party has to adopt, reasonably implement and to inform its users inherently to the policy which provides for the termination of 'repeat infringers' accounts. Lastly, the intermediary must accommodate and not interfere with the 'standard technical measures' that are applied by the copyright owners in order to identify and to protect their works.

As regards to the first requirement, the party has to be qualified as a 'service provider' in the specific meaning of the section 512(k), which contains two different definitions of Internet Service Provider.
The first definition applies to benefit of the safe harbor in relation to the transitory communication. It defines the ISP in a strict meaning:

> "an entity offering the transmission, routing, or providing of connections for digital online communications, between or among points specified by a user, of material of the user's choosing, without modification to the content of the material as sent or received".

Conversely, the second definition is applied in order to take advantages of the other safe harbors and it considers the ISP in a very broad way:

> "a provider of online services or network access, or the operator of facilities thereof".

Anyway, to benefit from the "safe harbor" an internet intermediary must fall within the category of the different models of intermediation covered by the DMCA. This latter contained several types of service intermediaries.
The first is the so-called 'communication conduits', in section 512(a). This norm covers the most passive category of intermediaries, those offering "transitory digital Network communications". This definition comprises any activity of:

> "transmitting, routing, or providing connections for, material through a system or network controlled or operated by or for the service provider, or by reason of the intermediate and transient storage of that material in the course of such transmitting, routing, or providing connections".

The analyzed rule confirms an exemption from the civil liability for user-generated content, providing that such activity is initiated by the user and directed to the designed recipient. This activity must take place through an automated process without any modification or selection of the content of the recipient, and without copying the material.
Then, the material has to be made available in a manner which is ordinarily accessible to anyone other than the anticipated recipient, and it cannot be maintained longer than necessary.
All this means that the ISP in question shall not be liable for its activity if it does not initiate the transmission or select the material and the recipients of the material. Moreover, the intermediary does not retain copies of the material longer than necessary for the purpose of carrying out the transmission and it does not modify the content of the material that has been transmitted [5].

Section 512 (b) considers a second category of 'conduit activity system', that of 'caching'. This genre of activity consists of:

> "intermediate and temporary storage of material on a system or Network."

The activity in question is undertaken by the ISP for the purpose of enabling subsequent users to access material that has been made available by one particular user, i.e. the "cacher". Briefly, the intermediary acts in order to make the information more readily and effectively available to the Internet users. But, the conditions that have to be fulfilled by the service provider in order to benefit from the 'safe harbor' are several.
In this present case the intermediary shall not be the originator of the content, nor modify or select the content. It shall act as an intermediary between the provider of the disputed content, i.e. the content provider, and the user of the content in question, i.e. the user.
In addition, the ISP shall comply with any "return technology" designed by the content provider where such technology meets some certain requirements. Thus, the intermediary shall also keep to the access restrictions set by the content provider itself.
The last condition to be fulfilled is that of the obligation to respond expeditiously to any infringement notice with the removal or disabling access to the infringing material.
The ISP must act, once it has been informed that such material has been removed from the originating site or that it will be removed in pursuant to a court order. With regard to this last condition, it is clear that, once a notification of a claim of copyright infringement over the cached materials is received by the ISP, this latter must expeditiously act to remove or to disable the access to the material claimed to be infringing.
In any case, the notification has to include a certain acknowledgment of the intermediary. It can be the acknowledgment that the material has previously been removed from the originating site, or that the access to it has been disabled, or the case in which a court has ordered the removal of such material.
The second category of intermediary is that of 'content hosts'. Under section 512 (c) different types of storage activity which occur are provided:

> "at the direction of a user of material which resides on a system of Network controlled or operated by or for the service provider" [6].

The Internet Service Provider in question benefits from the 'safe harbor' if it does not have the actual knowledge [7] of the infringing nature of the material, and if not aware of facts or circumstances from which the infringing activity is evident.
Anyway, once the intermediary has obtained such knowledge or awareness, it must act expeditiously to remove, or disable access to the alleged infringing material.

In addition, the intermediary must not receive any financial benefit directly attributable and connected to the infringing activity. In case the service provider has the right and the ability to control such activity, as well as get notified of claimed infringement, it must respond expeditiously to remove, or disable the access.
There is a further restriction for this category of intermediary. Indeed, it also must have a designated agent for the notification of claims of infringements and it must follow the special procedure of notice and take-down [8].
Moreover, for what concerns the procedure, the section 512(c)(3) clarifies which requirements the notification should contain to be effective and the section 512(f) and 512(g) provide certain safeguards in order to avoid the effect of possible erroneous or fraudulent notifications or counter-notifications.
That of 'search service and application service providers' is the type of intermediary described under the section 512(d). It is provided the immunity for the intermediary activity of:

> "information location tools, including a directory, index, reference, pointer, or hypertext link".

These services are different from that of 'hosting' because they also facilitate the access to the content, but they do not necessarily host it. The conditions to be fulfilled by the service provider are those contained in the section 512(c).
The last category of intermediary provided by the Digital Millennium Copyright Act is that of 'non profit educational institutions', described by the section 512(e) as intermediary which acts as service provider for their staff [9].
It is stated that if the members of the institution commit infringing actions, these activities cannot be attributed to the institutions concerned.
But, in any case, the institution has to provide to all users of its system or network informational materials that accurately describe and promote compliance with US copyright law [10]. There is a particularly significant rule in Section 47 U.S.C. 230 [11].
It is a general norm which gives complete immunity for "good faith editorial choices" to any provider and user of an interactive computer service for information created or developed by another person or entity.
Contrary to the DMCA, this rule refers to a broad definition of intermediary, it considers "interactive computer service" as:

> "any information service, system or access software provider that provides or enables computer access by multiple users to a computer server, including specifically a service or system that provides access to the Internet and such systems operated or services offered by libraries or educational institutions" [12].

The last relevant norm in order to make a categorization of the different models of intermediaries within U.S. is under the section 32(2) of the Lanham Act [13]. It protects the publishers of a periodical or electronic communication which are considered "innocent infringers and innocent violators" from damages and certain injunctions for contributor trademark infringement [14].
In this case the safe harbor also includes the limitation of the possibility to act for a claim in order to obtain an injunctive relief in circumstances in which an injunction would interfere with the normal operation of the online publisher [15].
The result is that the U.S. legal framework, in identifying the different categories of intermediary, can be easily led to litigation abuses. Indeed, the norm contained in the Lanham Act could cause the abstention of intermediaries from exercising editorial discretion in doubtful situations, with the purpose of not falling outside the copyright safe harbor [16].
The confusion can be clearly perceived since the plaintiff has the possibility to attribute the same model of acting as either a general tort claim, or a more specific copyright or trademark claim.

3. A comparison with the EU legal framework.

In order to benefit from the exemptions provided by the E-Commerce Directive, a party has to be qualified as 'service provider' providing 'intermediary services'. The Internet Service Provider is defined in the Directive as:

> "any natural or legal person providing an information society service" which is defined as: "any Information Society service, that is to say, any service normally provided for remuneration [17], at a distance, by electronic means and at the individual request of a recipient of services" [18].

Thus, comparing the Directive with the DMCA, the object results to be quite different. Indeed, the object of the European E-Commerce Directive is not limited to the field of copyright, but it devotes four articles (12-15) to the regime of liability of "information society service providers" [19].
Just like the DMCA, the E-Commerce Directive adopts a functional definition of 'Internet Service Provider'.
This subject is qualified through the functions which itself is supposed to carry out ('mere conduit', 'caching' or 'hosting') and the way they are supposed to act ("normally for remuneration", "at a distance", "by electronic means" and "at the request of a user"). Indeed, the specific conditions for eligibility under each exemption of liability provided by the European Directive are strongly inspired by the U.S. DMCA which entered in force few years earlier.
Differently from the DMCA, the E-commerce Directive does not provide any general requirement, such as adopting a "termination policy" or

accommodating with ‘standard technical measures’. It is considered just the mere requirement of being an “intermediary service provider”.
On the other hand the European Directive is narrower than the DMCA. Thus, the Directive requests in all the cases that the service in question has to be provided at the individual request of the recipient, thus excluding TV broadcasting and radio. Moreover, the Directive rules out those services which are provided entirely at distance. By contrary, these kind of services are expressly considered in the U.S. Digital Millennium Copyright Act.
Specifically, in order to give a definition of the Internet Providers within Europe, articles 12,13, and 14 can be considered. The first one refers mainly to the 'Internet access providers' and other providers of technical services. Article 12 of the Directive identifies the activity of “mere conduit” as :

> “the transmission in a communication network of information provided by a recipient of the service, or the provision to ace to a communication network”.

The requirements to benefit from the safe harbor are those of the DMCA. The problems arise in considering the lack of definition regarding the ‘communication network’ and the uncertainty over whether filters would be considered to select or modify the content [20].
Article 13 regards the activity of ‘caching’ and its definition is very similar to that given by the DMCA. In order to benefit from the safe harbor it is required that the provider:

> “does not modify the content and complies with the rules regarding the updating of the information and the conditions. It must not interfere with the lawful use of technology to obtain data on the use of the information”.

This latter point is less clear in comparison with the U.S. DMCA.
In case of receiving notification aimed at the removal of the cached material from the network, or at disabling access to the material, or the ordering by a court or an administrative authority, the intermediary must act expeditiously to do so. But, in the DMCA just the court can give such an order.
The last article 14 concerns ‘hosting’ provider. The hosting activity can be defined as:

> “the storage of information provided at the request of a recipient of the service”.

Here, in order to benefit from the immunity the Internet Service Provider does not have actual knowledge of the illegal (either civil or criminal) activity or information, nor (as regards claims for damages) have awareness of facts and circumstances from which such illegality is uncontroversial.
At this point, once the intermediary has obtained such knowledge or awareness, he must act expeditiously in order to remove or disable the

access to the information. Anyway, the hosting provider, according to the norm, does not have the authority or the control over the recipient. Thus, it is not clear how the Internet Service Provider can be able to act. Indeed, this is probably the most controversial safe harbor of the Directive.
Moreover, it does not specify the meaning of "actual knowledge", and properly because of this lack EU Member States have adopted different approaches in the implementation of this norm of the Directive [21]. Then, it has to be considered that the extent to which the activities of the intermediary should consist of hosting is not clear. Thus, on this point the courts within Member States use to give different interpretations.
By contrary to the DMCA [22], which prescribes it separately and specifically, in the Directive there is no specific provision that covers the conduct of providers of information location tools. The result within Europe is that the Member States are inclined to adopt diverging approaches to their liability [23].
In addition, the E-Commerce Directive does not formally deny a service provider from any exemption of liability as a result of receiving a "benefit directly attributable to the activity".
However, on this point, the domestic courts in Europe have regularly referred to this (non-legal) criterion. Thus, denying hosting intermediaries from the safe harbor [24], especially in French case law. On the other hand, the domestic law and the case law within Europe have added a similar practical requirement so that the general rules regulating Internet intermediaries liability in Europe and US are in a very similar legal framework.
Like the DMCA, a hosting provider under E-Commerce Directive will not be liable for third party infringements, unless it did not expeditiously act in order to remove or to disable the access to such content or activity, upon obtaining knowledge of their infringing character [25].
And, following section 512(m)(1), also article 15 of the Directive forbids the Member States to impose on Internet intermediaries a general obligation to monitor third party content, or actively track facts or circumstances indicating the illegal activity. Thus, leaving the ISPs in a mere passive role.
It is worth to emphasize that the E-Commerce Directive does not create a real common liability regime for all the Member States, whereas it only constitutes additional liability exemptions.
In the light of this, there could be different liability regimes within Europe [26].

4. The scope of the "safe harbor".

The aim of the DMCA and the European Directive is substantially the same, namely that of limiting Internet Intermediaries liability in order to encourage the growth of the digital economy [27]. The major differences arise with regard to the statutory approach and to the procedural rules [28].
The first clear difference is that while the European Directive adopts a "horizontal" approach, dealing with liability of Internet intermediaries in

general, in the United States different regimes of liability in relation to different kinds of content are provided.
Then, while the DMCA is a federal statute which is directly enforceable, the E-Commerce Directive just gives a common legal framework that Member States must implement in their domestic legislation.
Indeed, the competence to choose the procedural rules within Europe, as stated in the Directive itself, is given to the Member States. In order to define the exemption from liability under the safe harbors, it has to be pointed about that the liability can be of three different types. The civil liability in the sense of monetary damages, excluding the injunctive relief [29]. The exemption for this type of civil liability is contained in the section 230 of the Communication Decency Act.
Then, there is a type of civil liability which can also include certain forms of injunctive relief. It is important to recognize the possibility for the courts to order a service provider to help to stop infringements. But, on the other hand it is also of significant importance preventing the imposition of an excessive "weight" on the Internet intermediaries. The use of injunctions is for these reasons controversial. Thus, several legislations, like section 512 of the DMCA, limit and condition the use of such injunctions. In fact, in the 17 U.S.C. sec. 512(j)(2) are listed the factors that have to be considered by the courts in applying injunctions [30].
The DMCA is even clearer since it also provides for two different types of rules for injunctions depending on whether considering an intermediary performing 'mere conduit activity', or if it has to be taken into account the type of activity listed in the section 512(b, c, d, e) [31]. By contrast, the situation within Europe is more complicated. On one hand, it is true that there is an exemption from the general obligation to monitor. But, as mentioned above, on the other hand the Member States are allowed to use injunctions in their own national legislation.
In this way they are able to impose on the intermediary the obligation of notification of the illegal activity or the identification of the users. Indeed, art. 15.2 of the Directive clearly provides that:

> "Member States may establish obligations for information society service providers prompt to inform the competent of alleged illegal activities undertaken or information provided by recipients of their service or obligations to communicate to the competent authorities, at their request, information enabling the identification of recipients of their service with whom they have storage agreements".

In addition to one of the other two types of liability explained, there is the criminal one. This model is followed by the majority of the EU Member States using the discretion left by the Directive in the extend safe harbor to the criminal liability. But it has also to be noted that the requirement of the "actual knowledge" demands more than a generic knowledge or awareness to be satisfied for purposes of criminal intent.

Indeed, an intermediary will escape from the criminal liability in the absence of a very clear evidence of intent to participate in the illegal activity [32].

5. The "intermediary involvement".

A report of the Organization for Economic Co-operation and Development identifies four types of systems which are used in the cooperation between intermediaries and law enforcement.
The first that has to be considered is that of "Notice and take down" (NTD). This system is the one which is used by the US and its discipline is contained in section 512 of the DMCA. It requires hosting companies to act expeditiously in removing content which is claimed to be illegal, once they receive the notice of the illegality of the content itself. It is also required to nominate an agent for the reception of the notification.
Moreover the claimant has to specify with a self-certification that he has the authority to pursue the claim and that the information in the notification is accurate.
Section 512(g) confers the intermediaries immunity:

> "for any claim based on the service provider's good faith disabling of access to, or removal of, material or activity claimed to be infringing or based on facts or circumstances from which infringing activity is apparent".

This kind of immunity is specific for editorial choices. This statement means that an intermediary can be considered liable for not having offered sufficient protection to the right holders. But, at the same time it cannot be held liable for not having removed or disabled access to the content of Internet users.
Thus, in order to benefit from the immunity, the intermediary has to follow some additional steps. Firstly, it must take reasonable steps promptly to notify the subscriber that it has removed or disabled access to the material. Once it receives a counter-notification described in paragraph (3), it must promptly provide the person who provided the notification under subsection (c)(1)(c) with a copy of the counter-notification.
Then, it has to inform that person that it will replace the removed material or cease disabling access to it in 10 business days. The last step to fulfill is the one of replacing the removed material and ceasing disabling access to it. The time factor is crucial, not less than 10, nor more than 14 business days following receipt of the counter-notice. This is unless its designated agent first receives notice from the person who submitted the notification under subsection (c)(1)(C) that such person has filed an action seeking a court order to restrain the subscriber from engaging in infringing activity relating to the material on the service provider's system or network [33].
The problem is that the requested material is taken down for a period of time which may be significant, in this way interfering with the free speech. Then, it is not clear whether the copyright owners are required before making their takedown request to consider fair use which is designed to ensure the

balance between copyright exclusivity and public interest. Concluding on this system it is even weird that claimants only need to make a statement with regard to the legitimacy of their claims.
By contrast, the defendants must do that under oath for purposes of counter-notice, risking in this way the consequent penalties for perjury and civil damages that can be imposed. In Europe there is not a uniform procedure, even if some EU countries have adopted a specific one. A particularly unclear point within EU, is the significance of "actual knowledge" to which correspond the duty to act for the removal or for the disabling.
This uncertainty is evident in the Recital 48 [34] of the E-Commerce Directive according to which the Member States may require hosts to:

> "apply duties of care, which can reasonably be expected [...], in order to detect and prevent certain types of illegal activities".

The lack of clarity of this provision creates not only "grey areas" for the activity of the internet intermediaries, but also a glaring inequality within Member States. Moreover it can be considered as a potential threat especially in relation to the development of the European single market as regards to the electronic communications [35]. The danger of such procedures is in the difficult balance of interests between public and private interests.
Another procedure is that of 'notice and notice' (NN). It represents a very simple mechanism which requires an intermediary to send on the alleged infringer the notice received by the right holder. The peculiarity of this system is that it creates a self-regulatory initiative in the absence of state-controlled procedure.
The advantage is that it allows individuals to take down content effectively and rapidly, without spending time for court proceedings. This system is the one adopted, e.g. in the Defamation Act of the UK [36], and most used in Canada [37].
Also important is the notice and disconnection procedure (ND). The aim of this system is to shout out the so called "repeat infringers" using a system of graduated response. The sanctions comprised in this procedure depend on the extent of recidivism of the alleged infringer. The first notice will be merely informative and contains several steps in the case of the repetition of the infringing activity within a specific period of time up to the termination of the Internet connection.
This system was adopted in the French HADOPI law where it culminated with the imposition of a sanction of suspension of Internet access and was administrated by an administrative authority without any judicial participation. Thus the French Constitutional Court found it in violation with the principles of freedom of expression, presumption of innocence and to the due process [38].
It can be found a similar system also in UK's Digital Economy Act, which requires the ISPs to provide copyright owners, upon request, with anonymized reports which permits the copyright owners to apply for a court order [39].

This act also provides for the feature introduction of a graduated response scheme through a code of practice administrated by OFCOM, the UK's communication regulator.
With regard to the filtering and monitoring operations on the material there are some controversial points that have to be noted. In the DMCA, the imposition to monitor is clearly limited by section 512(m) [40] that states that the condition to respect in order to benefit from the safe harbor cannot require "monitoring or affirmatively seeking facts indicating infringing activity".
At the same time it has to be analyzed the section 512(i) of the DMCA regarding conditions for eligibility. The limitations on liability established by this section shall apply to a service provider only if the service provider has adopted and reasonably implemented, and informs subscribers and account holders of the service provider's system or network of, a policy that provides for the termination in appropriate circumstances of subscribers and account holders of the service provider's system or network who are repeat infringers.
Moreover the service provider must accommodate and not interfere with standard technical measures. As stated, "standard technical measures" means technical measures that are used by copyright owners in order to identify or to protect copyrighted works that have been developed pursuant to a broad consensus of copyright owners and service providers in an open, fair, voluntary, multi-industry standards process.
These measures have to be made available to any person on reasonable and non-discriminatory terms, and they do not impose substantial costs on service providers or substantial burdens on their systems or networks.
From these rules emerges that, with the accordance of the "multi-industry standard process", can be imposed on the ISP a certain degree of filtering and monitoring. Consequently, there is the possibility to emit an injunction with regard to mere conduits. Thus, derogating to the prohibition of section 512(m). Whatever, section 512(j) lays out the considerations that courts should consider in order to the injunction relief [41], limiting the judiciary's discretion.
The EU Directive states that the service provider has "no general obligation to monitor" under article 15. But, at the same time the 12.3 gives the possibility for a court to require the ISP to prevent an infringement. Thus giving a particularly wide discretion to the European courts [42].
Briefly, it can be affirmed that both the DMCA and the EU directive contain the prohibition of the "general obligation to monitor", but both allude to the possibility of requiring the installation of filters for illegal content.

6. Beyond the "safe harbor": a "grey" area?

As explained above, in order to be included under the regime of DMCA and the EU directive several requirements have to be satisfied. Thus, not all the intermediaries can benefit from this special regime of liability since they do not fall in the categories provided in the legislative framework. As a rule, the

normal liability for copyright infringements is evaluated by the laws or the case law relating to the territory within the action has been brought.
Generally, in the European law these rules are mainly laid down by copyright law or tort rules, while in the US common law tradition such liability is governed by common law rules [43]. Between the end of the '80s and the '90s U.S. and Europe tried harmonizing their IP laws in order to combat counterfeiting in a more effective way. Indeed copyright is governed by uniform and harmonized rules in Europe and in the United States [44], which provide for a common standard of protection in the field of copyright [45].
Among them are particularly significant the Berne Convention and the WIPO Copyright Treaty which provide for a universal threshold standard of protection [46]. The first contains rules regarding the author's exclusive right to authorize the public communication, reproduction, adaptation, arrangement, translation, public performance, and/or broadcasting of his work [47]. The second adds the copyright owner's exclusive right to "make available" and "authorize any communication" of his work to the public [48].
Very similar [49] rights are also recognized in the EU Copyright Directive and in the United States Copyright Act [50]. Both in Europe and in the United States, a plaintiff claiming direct copyright infringement has to prove that it has ownership of a valid copyright. Thus the right holder must show that his works are original and fixed in a tangible medium of expression. Furthermore it has to prove a violation of one of the exclusive rights he was granted over his work. With the Internet growth, new issues have arisen, particularly in relation to the intermediary liability for third party content.
Both courts tried to determine whether the unauthorized display and making available work on the Internet could be considered a violation of the author's exclusive right in the case in which the ISP merely gives access to such content. The courts agree in considering that any unauthorized diffusion of a copyrighted content is a violation of the author's exclusive rights of reproduction.
Much more problematic is the indirect liability for third party infringing. First of all, it is more common that an intermediary is involved in indirect liability than in direct. Indeed it happens very often that an ISP: assists, is involved, encourages, controls and/or benefits from a third party infringing activity.
Consequently, theories related to contributory infringement and vicarious infringement have been developed both in Europe and in the United States.
Moreover, the U.S. common law has recognized that, under certain circumstances, one who has not directly infringed a copyrighted work, but has contributed to, or encouraged the infringement, may be liable for "contributory infringement" [51].
According to this doctrine, the plaintiff has to prove a direct infringement by a third party and the actual or constructive knowledge of this infringement by the alleged contributory infringer. Lastly it has to prove that the alleged contributory infringer induced, caused or materially contributed to the infringing activity. Only through showing this proof the plaintiff can prevail in a contributory infringement claim.

Within Europe there are no provisions regarding the contributory copyright infringement. At the same time, several EU Member States provide in their legislations some rules which entail civil or criminal liability on the subject that encourages, assists or benefits from another person's tort.
All of this is based on the theories of "indirect liability", which has had great success so far before the European courts [52]. Mainly, these theories require the plaintiff to prove an infringement by the direct transgressor and some kind of assistance and the knowledge of the infringing activity by the intermediary.
For what concerns the doctrine of vicarious liability, this theory also has its roots in tort law, but it did not have the same success of contributory liability. It provides that, under certain circumstances, one can be liable for the torts committed by another person because of the specific relationship he has with the transgressor.
The leading case on which this doctrine was set up is "Shapiro Bernstein & Co. v. H.L. Green Co" [53]. In this present case the Second Circuit specifically states that a party may be liable in the sense of vicarious liability for copyright infringement if it has the right and ability to control the infringer's act, and if it receives a direct financial benefit from the infringing activities.
By contrary to the contributory liability doctrine, vicarious liability does not require any knowledge or involvement in the infringing activity, but a control on it. Within the european tradition the equivalent of vicarious liability is the concept of "liability for the acts of others". Unlike its common law equivalent, it has to be generally stated in statutory provisions, limited and expressly provided by the law. For this reason it did not have success in the context of EU courts.

7. The "Achilles' heel" of the harmonization: the courts.

Both the DMCA and the E-commerce Directive "hosting" safe harbor state that a hosting service provider can be liable for third party content only if it has actual knowledge or sufficient awareness of its illicit character, and it did not act expeditiously to remove or block this content after obtaining such knowledge.
Moreover, section 512 (c)(1)(B) adds two conditions according to which the service provider may also be liable if having the right and ability to control the activity and if it financially benefitted from the infringing activity.
Both these conditions are not provided in the E-Commerce Directive, but at the same time they are taken into consideration within the European courts. Therefore the requirements are very similar. The problem is that of the interpretation by the courts.
The "knowledge standard" is one of the requirements which results in differing interpretations before the U.S. and the EU courts. This lack of clarity within the courts creates considerable problems. As pointed out above, the crucial inquiry in order to determine the Internet intermediary liability is significant in determining whether the intermediary had knowledge of such infringing activity.

Both the DMCA and the EU Directive specify that the "knowledge standard" is the actual knowledge of the illicit content or activity, or the awareness of facts and circumstances from which the infringing activity is apparent.
In the United States, the knowledge standard under the DMCA includes actual knowledge, or sufficient awareness of facts and circumstances from which the infringing activity is apparent. The second part of the knowledge standard, the awareness, would require the service provider to take action any time he is aware of a "red flag" which means "aware of any circumstances from which infringement would have been apparent" for a reasonable person. This is according to a Senate Report on the DMCA [54].
Hence, the requirement of the actual knowledge is normally satisfied by receiving an appropriate notification from the right holder and sufficient awareness should be satisfied by any other information which may constitute a "red flag" of infringement. Thus, the tendency of the U.S. courts is generally to require a high standard of "sufficient awareness" – as close as possible to that of actual knowledge.
The landmark case in this field is "Viacom v. Youtube" [55], in which Viacom sued Youtube alleging that this letter had engaged in massive copyright infringements. Viacom allows its users to upload and view hundreds of thousand of videos owned by Viacom itself without any permission. The Southern district of New York stated that in order to lose the benefit of the hosting exemption, it should have had knowledge of a specific and identifiable infringement of particular individual items.
Moreover, the court added that the service provider's alleged general knowledge that the infringement is omnipresent did not impose on him a duty to monitor or to search the service for infringements. Further, the court found that Youtube does not have the "right and ability to control" infringing activity because:
"there is no evidence that Youtube induced its users to submit infringing videos, provided users with detailed instructions about what content to upload or edited their content, prescreened submissions for quality, steered users to infringing
videos, or otherwise interacted with infringing users to a point where it might be said to have participated in their infringing activity" [56].
Then, an appeal begun, but one week before the parties had to appear before the court, a settlement was reached stating that no money changed hands. Thus, it is clear that red flag exists where a service provider subjectively knows facts that would make a specific instance of infringement objectively obvious to a reasonable person.
Under these standards, neither the actual nor the red flag knowledge standards are met when a defendant has only general knowledge that its services could be used to host and view infringing content. By contrast, the European courts have broadly interpreted the requirement of actual knowledge standard under the E-Commerce Directive.
Indeed, in the case "Twentieth Century Fox et al. v. British Telecommunications (BT) PLC" [57], the U.K. High Court found sufficient that the service provider (BT) had general knowledge that their services were

being used to infringe copyright in general to order to BT to block its users from accessing to the file-sharing site.
Thus the court did not consider any specific knowledge [58]. Similarly, in the case "Society des Auteurs des arts visuals et de l'Image Fixe (SAIF) v. Google" [59]. In this present case the Paris Court of Appeal states that the sole awareness by the service provider that its service may be used for copyright infringements does not imply its liability.
Moreover, Google was ready to "de-index" such content upon the notification of the information which enabled for identifying and then localizing the infringing contents. In both the regulatory frameworks [60], in order to avoid liability, a service provider, once obtaining knowledge of infringing content or activity, should act to remove or disable the access to the infringing material.
At the same time in the lack of specific knowledge, the service provider cannot be bound by any general obligation to monitor. Also here, in the interpretation of the courts, there is a huge discrepancy. With regards to the U.S., this criteria is generally followed by the courts. This is clear in the case "UMG Recordings, Inc. v. Shelter" [61], in which the ninth circuit upheld the Californian Central District's opinion.
The District court stated that the Internet intermediary in the present case is protected under the DMCA, establishing that a service provider is:

> "entitled to broad protection against copyright infringing liability so long as it diligently removes infringing material upon notice of infringement".

Indeed, the United States Court of Appeal states that in the case of absence of specific knowledge of a particular infringing activity, a video sharing platform had no duty to monitor or seek out copyright infringement.
By contrast, the situation within the European courts is much more controversial. As stated on several occasions by the European Court of Justice, it is true that Member States are prohibited to impose any general obligation to monitor on the service provider. But, on the other hand, Member States can impose on the service provider specific injunctions under the national legislation. This is in accordance with the recitals of the Directive [62], article 11 of the Enforcement Directive [63] and the article 8(3) of the Copyright Directive [64].
In "Twentieth Century Fox et al. v. British Telecommunications (BT) PLS" the U.K. the High Court ordered that main U.K. ISPs block some of their users from accessing a content sharing platform where most of the content was unauthorized.
The same happens in the case "Youtube v. SPPF" [65], in which the Paris TGI held that hosting providers had the duty to implement all reasonable means to prevent the recurrence of content already notified as infringing.
The tendency is that in general the European courts consider the adequate response to awareness of infringing activity to be added of monitoring already notified infringing material. The sole action of taking down content

upon notification of their infringing character is not enough. In conclusion, even if the legal framework concerning ISPs liability is more than similar in Europe and in the United States, the courts interpreted this in a widely different way, thus rendering inadequate protection for those involved and creating uncertainty [66].

8. Conclusions.

At the end of this paper it is appropriate to make some comments. It has been explained that Internet has global implications. It has been shown how important the involvement of the Internet Service Provider in the Internet world is, as well as the increasing pressure that this subject is receiving.
Even if there are some specific rules, called "safe harbor", which have the aim to exempt the Internet Service Provider from liability, under certain circumstances. Despite some significant and positive changes in this field, it appears obvious which the tendency of the case law is. The one to held the ISP responsible.
It has been almost fifteen years since the introduction of the European Directive, and yet, there are still some grey areas on this field. It has been explained how the Directive was introduced to encourage the development and the growth of e-commerce, defining in a precise manner ISP's safe harbors. Nowadays the needs and the interests appear to be changed.
There is a clear redefinition of the role of the Internet Service Provider and the courts represent the first place in which the changed social needs are collected. Today the necessity is no longer one of Network growing, but, maybe, of rethinking the legislative framework, as well as the allocation of responsibility, at this stage of the Internet. The lack of uniformity of the decisions given by the courts imposes a duty on the lawyer: the duty to reflect on the relevance and the actuality of the Legislative Decree 70/2003 for the Italian lawyers and of the E- Commerce Directive for those within Europe.
Indeed, the technical evolution of the global network has now exceeded the definition of the Internet Service Provider given by the Directive.
The latter subject, at the time of the Directive, was totally unrelated in respect to the information stored. Furthermore, the services offered today by the ISPs are not even comparable to those of the early 2000s. As an example the figure of the 'active hosting' category of ISP does not emerge from any legal regulation [67] within Europe. Such a change in the object of the services provided by the 'hosting provider' symbolizes a development of these subjects: the development of new forms of content aggregation. These are those digital platforms fed by the materials uploaded by the users [68]. Consequently, the use of such content aggregators postulates the use of system of indexing, categorization, selection and organization by the Internet Service Provider which in this way becomes 'active hosting'.
The problem is to technically define how the provider intervenes on this material, thus losing its neutral role. The risk of these uncertainties is to

cause an intimidatory effect against the Internet Service Provider. Another category not defined by the Directive is that of the 'search engines'. They facilitate the finding of data through the myriad of pages in the World Wide Web, consequently enhancing the ability of individuals to receive and to communicate information.
Therefore, more certainty would be desirable. Another controversial point is that of imposing on the ISP, on its own initiative, once aware of the illegality of the content, the disabling of the access or the removal of the illegal content. The articles 16 and 17 do not admit this hypothesis. It happens in the practice, even if, according to the rules, the task to disable the access must be received from an administrative or judicial authority. This shows the discrepancy between the provisions of the Directive and the praxis.
Moreover the procedure of "notice and action" is unclear, because it is not defined neither the time, nor the modality with which the obligation is triggered on the provider. The obligation is to inform the judicial or the administrative authority having supervisory functions, once the provider is aware of alleged illegal activities. Indeed, neither the Directive nor the Legislative Decree provide criteria to ensure that the provider was effectively aware of illegal content placed on the Web by its users.
By contrary, a specific procedure of "notice and take down" is adopted in the U.S. It would be appropriate to introduce a defined procedure of notice and take down also in the EU. Firstly because it would realize a harmonization within Europe, giving higher certainty. Secondly it would also represent an instrument in order to balance different interests. On one hand the intermediaries interests, and on the other the interest of the victims of the illicit content.
It is therefore desirable that the European legislator revises the Directive 2000/31 in order to introduce a harmonized procedure of "notice and take down" and also new rules of liability with regard to search engines and the new categories of 'hosting providers'.
The aim is to clarify some essential functionalities which have now become strictly inherent to the activities of the new 'hosting providers'. Thus, creating a uniform guide for the allocation of responsibility on the Internet service provider.
A new intervention would be also necessary in order to clarify the boundaries of the neutral role of the ISP, the basis to benefit from the "safe harbor". The reason of such interventions is the continuous technological growth. This leads to a new balance involving: the interest of the right holders in having efficient remedies against the infringement of their right, the interest of intermediaries to continue to run their business in the most efficient way and the interest of the Internet users to utilize services permitted by the law.
Moreover, a fair balance between fundamental rights such as the freedom of communication and expression and the right to privacy has to be considered.
The need to innovate the Directive is confirmed in two public consultations proposed by the EU Commission between 2010 and 2012, aimed to evaluate the implementation of the Directive, in accordance with its article 21.

These are: the “Public consultation on the future of electronic commerce in the internal market and the implementation of the Directive on electronic commerce” and the “Public consultations procedures for notifying and acting on illegal content hosted by online intermediaries”.
The consultations did not lead to an effective revision of the legislation in the analyzed field. Indeed, the Directive has been considered sufficient. However, it was recognized that some application in order to enhance its application would be appropriate.
Given the global nature of the Internet and considering that what happens on the Web has side effects which exceed the territorial boundaries, a minimum standard of harmonization at the international level would also be desirable. It would be possible especially with regards those countries which have a globally consistent legal framework.
Beyond the legal framework, the task of interpreting the law, and especially to close the loopholes of the legislation, is reserved to the courts. These play a fundamental role in giving consistent guidelines within an increasingly global market.
If the courts interpret differently the same norm, regulation or principle in this field, the result is inadequate protection for everyone. It represents a big deal of legal insecurity for right holders, Internet intermediaries and users in the digital environment and, also, it increases the tension between the conflicting interests.
In the light of what has been stated, as most often happens in the word of the law, there is not a clear-cut solution. Only an integrated and consistent effort would clarify the actual role of the ISP and their responsibility regime.
A first step could be, undoubtedly, a review of the European Legislation in this field. A law dating back to fifteen years ago cannot be expected to be applied to a world continuously evolving. Then, the task to achieve the harmonization, not just within Europe, but also at the International level, as much as possible, is down to the courts. This, surely would increase legal certainty. Moreover, considering the continuing evolution of Internet it would be appropriate a greater use of soft law as integration instrument.
Cooperation between main stakeholders would be helpful, as the Organization for Economic Co-operation and Development also states between 2010 and 2011. Indeed the OECD states that governments may choose to cooperate with the main stakeholders in order to identify the appropriate circumstances under which Internet intermediaries could take steps to educate users, assist rights holders in enforcing their rights or reduce illegal content. At the same time minimizing burdens on intermediaries and ensuring legal certainty for them.
Lastly, given the importance of the Digital Economy, which represents the background on which the ISP acts, one of the primary step to achieve the harmonization also in the field of intermediary liability could be, at the european level, to create a Digital Single Market.
This is demonstrated by one of the last press releases of the European Commission, that on the Digital Single Market Strategy, 25 March 2015 [69]. The latter has been followed by the Communication on Digital Single Market

Strategy for Europe, 6 May 2015 [70]. As the President of the European Commission announced "By creating a connected digital single market, we can generate up to EUR 250 billion of additional growth in Europe in the course of the mandate the next Commission […]".
The Communication contains and explains the three main pillars on which the Digital Single Market will be built. First of all, a better access for consumers and business to online goods and services across Europe has to be achieved. Secondly, the right conditions for digital networks and services to flourish have to be created [71]. Then, the growth potential of our European Digital Economy needs to be maximized.
The goal il clearly to transform the European society and ensure that it can face the future with confidence, in close cooperation with all relevant stakeholders.
All this together would probably lead to a fair balance of the various interests involved and to the much sought legal certainty.

Note:

[*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.
[1] B. L. Smith, The third Industrial Revolution: Law and Policy for the Internet, in Recueil des Cours, 2000 (282), 229 et seq.
[2] See U. Draetta, Internet nel diritto internazionale, in G. Finocchiaro, F. Delfini (edited by), Diritto dell'informatica, 2014.
[3] DMCA, 1998, available at: http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf. The Digital Millennium Copyright Act implements two 1996 World Intellectual Property Organization (WIPO) treaties: the WIPO Copyright Treaty and the WIPO Performances and Phonograms Treaty.
[4] Section 512 of the DMCA derives from the Online Copyright Infringement Liability Limitation Act (OCILLA), which is a federal law creating a conditional 'safe harbor' for online service providers shielding them from liability for infringing acts committed by others. OCILLA was passed as a part of the DMCA and is also called 'the safe harbor provision' or 'DMCA sec. 512'.
[5] 17 U.S.C. sec. 512 (a) (1998).
[6] This would include, e.g., clouds computing services or simple email storage.
[7] I.e. is not aware of facts or circumstances from which the infringing activity is apparent.
[8] The procedure of notice and take-down is contained in section 5125(g).
[9] Such as faculty members and graduate students performing teaching or researching within the university.
[10] The inclusion into the safe harbor of these kind of activities gives the educational institutions greater certainty. Its inclusion in the safe harbor is not taken for granted. Indeed, by contrast, online activities provided by public educational institutions are explicitly excluded from the scope of the

EU Electronic Commerce Directive of 2000, since this is applicable only in relation to information society service providers and information society service required to be "normally provided for remuneration".
[11] Section 230 of the Communication Decency Act (DCA) of 1996 is a landmark piece of the Internet legislation in the United States, codified at 47 of the U.S. Code.: "protection for private blocking and screening of offensive material". Available at: http:// www.law.cornell.edu/uscode/text/47/230.
[12] Cf. Section 230(f)(2) and (3).
[13] The Lanham act, enacted July 5, 1946, is codified at 15U.S.C. sec. 105. It represents the primary federal trademark law in the United States. Available at: http://www.co-lumbia.edu/~mr2651/ecommerce3/1st/Statutes/Lanham.pdf.
[14] Cf. Title 15 U.S.C., sec. 1114(2)(B).
[15] Cf. Title 15 U.S.C., sec. 1114(2)(C).
[16] Lemley M., Rationalizing safe Harbors in Journal of Telecommunications and High Technology Law 6, 2007, p.101-103. The Author writes: "The inconsistent treatment of different types of claims also leads to litigation abuses by plaintiffs who seek to recast claims subject to significant immunity as different types of claims with lesser or nonexistent immunity. I will give just two examples[...].This sort of gamesmanship is undesirable.
[17] Recital 18 of the E-Commerce Directive clarifies that the notion of "remuneration" does not mean that the services shall necessary be given in exchange for a fee, so long as they can be qualified as part of an "economic activity". Thus, recital 19 states that this is not the case, e.g., for governmental services and public education.
[18] Article 1 of the Directive 98/48/EC of the European Parliament and of the Council of 20 July 1998 amending Directive 98/34/EC laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations. Available at: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:31998L0048.
[19] Cf. art. 2(a) of the European E-Commerce Directive 2000/31, referring to the definition in art. 1(2) of the Directive 98/34, as emended by the Directive 98/48.
[20] EU Commission, EU study on the Legal analysis of a Single Market for the Information Society. New rules for a new age? 6. Liability of online intermediaries (Brussels: EU Commission, 2009), 14 http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/ cf/dae/itemdetail.cfm?item_id=7022.
[21] In Spain it was required a formal notification by the competent administrative authorities. In Finland was considered the fulfillment of a notice and take down procedure. In Germany the national courts determined on a case by case basis.
[22] Cf. 17 U.S.C. sec. 512(d).
[23] In Austria, e.g., it was extended the protection of "mere conduits" ex art. 12 of the Directive. In Spain, Portugal and Hungary it was explicitly extended the protection of article 14.

[24] See, e.g., Paris Court of Appeal Sep. 3, 2010, "eBay Inc et al. v. Parfums Christian Dior et al" (prec.) (holding eBay liable for third party's infringing offers as a result of eBay's active role in "the promotion and orientation of such offers so that they may lead to an effective sale on which eBay will reap a percentage fee"). See also Cour de Cassation, Jan. 14, 2010, "Telecom Italia v. Dargaud Lombard and Lucky Comics "(holding Tiscali liable as a result of displaying (paying) advertising next to the infringing content); Cour de Cassation, Oct. 21, 2008, "Sedo v. Hotels Meridien et al." (holding Sedo liable notably as a result of the commission reaped on the sale of infringing domain name); Cour de Cassation, Oct. 21, 2008 "Lafesse v. Myspace" (denying hosting exemption to Myspace because it reaped benefit from advertisement placed on the website every time the infringing video was seen). But see Cour de Cassation, Feb. 2, 2011, "Nord Ouest Production et al. v. Dailymotion" (prec.) (holding that advertising fees were irrelevant since it did not involve a control over the information).
[25] Cf. Council Directive 2000/31/EC, art. 14.
[26] Van Eecke P. and Truyens M., Liability of online intermediaries in Legal analysis of a Single Market for the Information Society, (SMART 2007/0037), study of European Commission, available at: http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/legal- analysis-single-market-information-society-smart-20070037, p.27.
[27] See S. REP. No 105-190, at 1-2 (1998) ([the DMCA is] "designed to facilitate the robust development and word wide expansion of electronic commerce, communication, research, development and education in the digital age". And, as regards to the EU, see the Proposal for the European Parliament and Council Directive on certain legal aspects of electronic commerce in the internal market, 18.11.1998, COM(1998) 586 final, p.3.
[28] Cf. 17 U.S.C. sec. 512(c)(3) and (g), in which the DMCA provides specific notification and counter-notification procedures. See also 17 U.S.C.(h)(2), which regards a simplified procedure to enable the right holder to identify in an easy way direct infringers by filling out a subpoena before a federal court.
[29] Injunctive relief refers to the obtaining of a court order, an injunction, which consists of a prohibition of an act or a condition. The prohibition can be applicable to all future conduct of the recipient, or, most commonly, limited to a predominated period of time.
[30] Cf. 17 U.S.C. sec. 512(j)(2), Considerations. The court, in considering the relevant criteria for injunctive relief under applicable law, shall consider—(A) whether such an injunction, either alone or in combination with other such injunctions issued against the same service provider under this subsection, would significantly burden either the provider or the operation of the provider's system or network; (B) the magnitude of the harm likely to be suffered by the copyright owner in the digital network environment if steps are not taken to prevent or restrain the infringement; (C) whether implementation of such an injunction would be technically feasible and effective, and would not interfere with access to non infringing material at other online locations; and (D) whether other less burdensome and

comparably effective means of preventing or restraining access to the infringing material are available.
[31] In the first case a court can grant injunctions only in one or both of the following forms: "(i) An order restraining the service provider from providing access to a subscriber or account holder of the service provider's system or network who is using the provider's service to engage in infringing activity and is identified in the order, by terminating the accounts of the subscriber or account holder that are specified in the order. (ii) An order restraining the service provider from providing access, by taking reasonable steps specified in the order to block access, to a specific, identified, online location outside the United States." See: U.S.C. Section 512(j)(1)(B). For all the other safe harbors, the following injunctive relief is available: "(i) An order restraining the service provider from providing access to infringing material or activity residing at a particular online site on the provider's system or network. (ii) An order restraining the service provider from providing access to a subscriber or account holder of the service provider's system or network who is engaging in infringing activity and is identified in the order, by terminating the accounts of the subscriber or account holder that are specified in the order. (iii) Such other injunctive relief as the court may consider necessary to prevent or restrain infringement of copyrighted material specified in the order of the court at a particular online location, if such relief is the least burdensome to the service provider among the forms of relief comparably effective for that purpose." See: U.S.C. Section 512(j)(1)(A).
[32] Indeed some EU member states (such as Italy and Germany) explicitly distinguish actual knowledge, which can impose on the intermediary criminal purpose, and mere awareness which links to civil liability.
[33] Cf. 17 U.S.C. sec. 512(g)(2).
[34] Recital 48, Directive 2000/31/EC: "This Directive does not affect the possibility for Member States of requiring service providers, who host information provided by recipients of their service, to apply duties of care, which can reasonably be expected from them and which are specified by national law, in order to detect and prevent certain types of illegal activities".
[35] Indeed, a higher standard of care imposed in a Member State may hamper the operation of a national service provider, giving advantages to the competitors in other member states. In this sense the German Federal Court of Justice (Bundesgerichtshof) held in several cases that eBay, having knowledge of the fact that a particular seller had infringed trademark law, was found responsible for not having taken measures to prevent further infringements, if such measures were possible and economically reasonable. See: "Rolex v. E-bay/Ricardo", BGH 11.03.2004, I ZR 304/401.
[36] Cf. sec. 5 of the Defamation Act, 2013. Available at: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/269138/defamation-guidance.pdf.
[37] The Canadian Association of Internet Service Providers, the Canadian Cable Television Association, and the Canadian Recording Industry Association agreed in 2000 to a voluntarily "notice and notice" system.
[38] See note 60 supra.

[39] Moreover the DEA provides for a dispute resolution mechanism requiring both substantial user involvement and an effective appeals mechanism.
[40] Cf. 17 U.S.C. sec. 512 (m): Nothing in this section shall be construed to condition the applicability of subsections (a) through (d) on— (1) a service provider monitoring its service or affirmatively seeking facts indicating infringing activity, except to the extent consistent with a standard technical measure complying with the provisions of subsection (i); or (2) a service provider gaining access to, removing, or disabling access to material in cases in which such conduct is prohibited by law.
[41] Cf. 17 U.S.C. sec.512(j): (iii) Such other injunctive relief as the court may consider necessary to prevent or restrain infringement of copyrighted material specified in the order of the court at a particular online location, if such relief is the least burdensome to the service provider among the forms of relief comparably effective for that purpose.
[42] There are several recent cases in EU, inherently the issue of filtering and monitory obligation. See: "Pirate bay", in which the Belgian Court orders two ISPs to block the website, available at: https://edri.org/edrigramnumber10-1dutch-isps-block-piratebay/, (last visited 31.1.2015). See also: "BREIN v. Ziggo/XS4ALL", where a Dutch court orders two ISPs to block Pirate Bay, (The Hague District Court case 374634/HA ZA 10-3184, Jan. 11, 2012).
[43] Seagull Haiyan Song, A Comparative Copyright Analysis of ISP Liability in China Versus the United States and Europe, Selected works in The Computer & Internet, 2010, available at: http://works.bepress.com/seagull_song/2.
[44] The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (1886), to which the U.S. adhered in 1989. Available on WIPO Database of Intellectual Property Legislative Texts. The Universal Copyright Convention (UCC) (1952). The WIPO Copyright Treaty (WCT), Geneva, (1996). The Agreement on Trade-Related aspects of Intellectual Property Rights, Annex 1C of the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Marrakesh, Marocco, 1994.
[45] As regards to a specific harmonization within Europe on copyright, see van Gompel S., van Eechoud M.M.M., Guibault L., Helberger N., Hugenholtz P.B., Harmonizing European Copyright Law: The Challenges of Better Lawmak, in Information Law Series, nr. 19, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2009. And for more certainty in the fields of copyright see van Gompel S., Formalities in copyright law, An analysis of their history, Rationales and Possible Feature, 2011.
[46] These International conventions also provide a common threshold condition to the availability of any exception which should: (i) be limited to certain special cases, (ii) not conflict with a normal exploitation of the work, and (iii) not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author. These threshold requirements are known as the three-step test and they are contained in art. 9(2) of the Berne Convention, art. 13,17 of the TRIPS Agreement, art. 10 of the WIPO Copyright Treaty and art. 16 of the WIPO Performances and Phonograms Treaty. The three-step test is of primary importance and "the courts have to identify individual use privileges case-by-case and the three-step test can serve as a source of inspiration for national

law makers seeking to institute flexible exceptions and limitation", see Geiger C., Gervais D., Senftleben M., The Three-Step Test Revisited: How to Use the Test's Flexibility in National Copyright Law, available at: http://ssrn.com/abstract=2356619.
[47] Cf. Berne Convention, 1971 Paris Text, Art. 8,9 (I), 11, 11(bis), 12,14.
[48] Cf. WIPO Copyright Treaty, 1996, art. 6,8.
[49] EC Council Directive 2001/29/EC On the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society, see art. 3: "right of communication to the public of works and right of making available to the public". See also chapter II of EC Council Directive 2001/29/EC providing the exclusive right of the author to authorize or prohibit the reproduction (art.2), Communication and making available to the public (art. 3) and Distribution (art. 4) of his work.
[50] Cf. U.S. Copyright Act, sec. 106.
[51] It has to be noted that the Copyright Act and the Lanham Act do not impose liability on anyone if not on the direct infringers.
[52] EWHC, Feb. 20, 2012, "Dramatico Entertainment Ltd & others v. British Sky Broadcasting Ltd & others". In this judgment The Pirate Bay was held liable for "authorizing" copyright infringement by its users.
[53] "Shapiro, Bernstein & Co. v. H.L. Green Co.", 316 F. 2d 304 (second Cir. 1963).
[54] See S. REP 105-190, p. 44,45. "[...]However, if the service provider becomes aware of a ''red flag'' from which infringing activity is apparent, it will lose the limitation of liability if it takes no action. The ''red flag'' test has both a subjective and an objective element. In determining whether the service provider was aware of a ''red flag,'' the subjective awareness of the service provider of the facts or circumstances in question must be determined. However, in deciding whether those facts or circumstances constitute a ''red flag''—in other words, whether infringing activity would have been apparent to a reasonable person operating under the same or similar circumstances—an objective standard should be used.
[55] "Viacom International Inc et. al. v.YouTube", 718 F. Supp. 2d 514 (S.D.N.Y. 2010).
[56] See Case 1:07-cv-02103-LLS, U.S. (S.D.N.Y.), available at: https://www.docketalarm.- com.
[57] "Twentieth Century Fox et al. v. British Telecommunications PLC", (hereinafter TCF v. BT) U.K. High Court July 28, 2011.
[58] By contrast, in the case "Société des Auteurs des arts visuels et de l'Image Fixe (SAIF) v. Google", (Paris Cour d' Appel, Jan. 26, 2011), the Paris Court of appeal held that the sole awareness by a service provider that its service may be used for copyright infringement did not entail its liability since it had shown to be willing to de-index the infringing images, upon notification of the information enabling their identification and localization. The court states "The mere fact that the defendants are aware that the automatic indexation is likely to infringe copyrighted work is not sufficient to entail their liability since they are ready to "de-index" such content".

[59] Paris Cour d' Appel, Jan. 26, 2011, Society des auteurs des arts visuels et de l'image fixe (SAIF) v. Google France, SARL and Google Inc.
[60] Cf. 17 U.S.C. sec. 512(c)(1)(A)(iii) and art. 14(1)(b) of the Directive 2000/31/EC.
[61] "UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners LLC", 667 F.3d 1022 (9th Cir. 2011).
[62] See Recital (45) and (47) of Council Directive 2000/31/EC. (45) "The limitations of liability of intermediary service providers established in this Directive do not affect the possibility of injunctions of different kinds; such injunctions can in particular consist of orders by court or administrative authorities requiring the termination or prevention of any infringement, including the removal of illegal information or the disabling of access to it." (47) "Member States are prevented from imposing a monitoring obligation on service providers only with respect to obligations of a general nature; this does not concern monitoring obligations in a specific case and, in particular, does not affect orders by national authorities in accordance with national legislations".
[63] Cf. Recital 23-24, art. 3 and art. 11 of Council Directive 2004/48, on the Enforcement of Intellectual Property Rights.
[64] See Article 8 (3) of Council Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 may 2001 on the Harmonization Of Certain Aspects Of Copyright And Related Rights In The Information Society. "Member State shall ensure that right holders are in a position to apply for an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe a copyright or related right".
[65] "Youtube v. SPPF", TGI Paris, Apr. 28, 2011.
[66] See Béatrice Martinet Farano, Internet Intermediaries' Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and U.S. Approaches, TTLF Working Paper No. 14, available in: http://www.law.stanford.edu/programs-and-centers, transatlantic-technology-law-forum, -working-paper-series.
[67] This category is indeed created from the case law, e.g. the judgment of the case Google - Vividown and RTI-Italia On line.
[68] It refers to the so-called Used General Content, e.g. Google, Youtube and the social networks.
[69] The document is available at:http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4653_en.htm.
[70] COM(2015) 192 final, available at: http://ec.europa.eu/priorities/digital-single-market/docs/dsm-communication_en.pdf.
[71] This second point also contains the provision of combatting illegal content on the Internet involving the Internet Intermediary Service Providers. It is stated "The principle, enshrined in the e-Commerce Directive, that Internet intermediary service providers should not be liable for the content that they transmit, store or host, as long as they act in a strictly passive manner has underpinned the development of the Internet in Europe. At the same time when illegal content is identified, whether it be information related to illegal activities such as terrorism/child pornography or

information that infringes the property rights of others (e.g. copyright), intermediaries should take effective action to remove it. Today the disabling of access to and the removal of illegal content by providers of hosting services can be slow and complicated, while content that is actually legal can be taken down erroneously. 52.7% of stakeholders say that action against illegal content is often ineffective and lacks transparency. Differences in national practices can impede enforcement (with a detrimental effect on the fight against online crime) and undermine confidence in the online world. As the amount of digital content available on the Internet grows, current arrangements are likely to be increasingly tested. It is not always easy to define the limits on what intermediaries can do with the content that they transmit, store or host before losing the possibility to benefit from the exemptions from liability set out in the e-Commerce Directive. Recent events have added to the public debate on whether to enhance the overall level of protection from illegal material on the Internet. In tandem with its assessment of online platforms, the Commission will analyze the need for new measures to tackle illegal content on the Internet, with due regard to their impact on the fundamental right to freedom of expression and information, such as rigorous procedures for removing illegal content while avoiding the take down of legal content, and whether to require intermediaries to exercise greater responsibility and due diligence in the way they manage their networks and systems – a duty of care".

Le "rassegne stampa" telematiche nella recente legislazione spagnola e la sua (dubbia) compatibilità comunitaria

di
Vincenzo Zeno-Zencovich

Per comprendere, e valutare, la decisione di Google di cessare, dal 16 dicembre, il servizio Google News relativamente ai giornali spagnoli è opportuno illustrare la natura del servizio che si presenta come risultato di una ricerca la quale si concentra sui risultati che vengono tratti dai siti dei mezzi di informazione tradizionali.
In concreto accedendo al sito – ma anche venendo avvertiti della presenza di nuove notizie – l'utente si trova di fronte una "prima pagina" con le notizie di maggiore rilievo, e la possibilità di selezionare alcuni ambiti tematici (ad es. esteri, economia, sport).
Quel che è importante osservare è che titoli, sommari e immagini che compaiono sulla pagina di Google sono quelli tratti dall'originale sito del quotidiano o dell'agenzia su cui sono pubblicati. In altri termini non vi è una modifica del contenuto, nè vi è una sua visualizzazione su un sito diverso da quello originario.
Cosa stabilisce la *Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual* (pubblicata sul BOE n. 268 del 5 novembre scorso)?
Conviene riportare – nel testo originale, sufficientemente chiaro da non necessitare di traduzione - quanto statuito sia nelle premesse (che sul modello dei 'considerando' comunitari forniscono la esplicazione dell'articolato) che nella parte dispositiva, evidenziando i punti più importanti.
Ci dicono le premesse che "*Se estima necesario modificar la excepción relativa a la cita y reseña e ilustración con fines educativos o de investigación científica, principalmente en lo relativo a la obra impresa. Así, se actualiza para el entorno digital el régimen aplicable a las reseñas realizadas por servicios electrónicos de agregación de contenidos, si bien especificándose que la puesta a disposición del público por terceros de cualquier imagen, obra fotográfica o mera fotografía divulgada en publicaciones periódicas o en sitios Web de actualización periódica, ha de estar siempre sujeta a autorización*".
Questo intento si traduce in una modifica all'art. 32 della LPI, nel quale si inserisce un secondo comma del seguente tenore: "*La puesta a disposición del público por parte de prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos de fragmentos no significativos de contenidos, divulgados en publicaciones periódicas o en sitios Web de actualización periódica y que tengan una finalidad informativa, de creación de opinión pública o de entretenimiento, no requerirá autorización, sin perjuicio del derecho del editor o, en su caso, de otros titulares de derechos a percibir una compensación equitativa. Este derecho será irrenunciable y se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual.*

En cualquier caso, la puesta a disposición del público por terceros de cualquier imagen, obra fotográfica o mera fotografía divulgada en publicaciones periódicas o en sitios Web de actualización periódica estará sujeta a autorización. "

Dunque, applicando tali disposizioni al servizio Google News quest'ultimo dovrebbe corrispondere un equo compenso anche nel caso di indicizzazione "*de fragmentos no significativos de contenidos*"; e comunque chiedere il consenso per la riproduzione delle immagini che accompagnano le notizie, tratte dal sito di origine.

Conviene accantonare, per il momento, la questione delle immagini, sulle quali si confrontano varie posizioni (tenendo presente, fra l'altro, che nell'ordinamento italiano la riproduzione di immagini non costituenti opera dell'ingegno non richiede la previa autorizzazione, ma solo, ex art. 91, III comma, LDA, un equo compenso stabilito con DPCM).

Concentrandosi invece sull'altro aspetto, esso non pare conforme al diritto comunitario vivente come chiarito dalla Corte di Giustizia. E' probabile, peraltro, che in considerazione dei tempi lunghi di maturazione legislativa, la legge spagnola non abbia tenuto conto della evoluzione giurisprudenziale di cui si darà conto fra breve.

Da tempo si discute, in numerosi paesi europei, della legittimità di servizi di rassegna stampa a pagamento. Sul punto, la nostra Suprema Corte si è pronunciata in maniera non equivoca: "*L'editore di un quotidiano di un periodico, quale titolare dei diritti di sfruttamento economico sull'opera collettiva, e di conseguenza sulle parti che la compongono, è legittimato ad opporsi alla pubblicazione, su una rassegna stampa diffusa, a scopo di lucro, in via informatica, di articoli tratti dalla propria pubblicazione, per i quali la riproduzione o l'utilizzazione è stata espressamente riservata dall'editore stesso*" (Cass. 20.9.2006,n.20410). E tale decisione appare conforme al diritto comunitario come espresso dalla CGUE nella sentenza *Infopaq* (*Infopaq International c. Danske Dagblades Forening*, caso C5/08 del 16.7.2009).

Da quest'ultima decisione è opportuno riportare testualmente la descrizione dell'attività svolta dalla Infopaq, contenuta ai paragrafi 13 e seguenti:

"La Infopaq svolge attività di monitoraggio e di analisi della stampa consistenti, in sostanza, nella redazione di sintesi di articoli selezionati tratti dalla stampa quotidiana danese e da varie riviste. Tale selezione di articoli avviene in funzione dei temi scelti dai clienti e viene attuata mediante un procedimento denominato "raccolta dati". Le sintesi sono inviate ai clienti per posta elettronica.

La DDF è un'associazione professionale dei quotidiani danesi, il cui scopo è in particolare quella di assistere i propri membri in tutte le questioni riguardanti i diritti d'autore.

Nel corso del 2005 la DDF è venuta a conoscenza del fatto che la Infopaq procedeva al trattamento a scopi commerciali di articoli tratti da pubblicazioni senza il consenso dei titolari dei diritti d'autore su tali articoli. Ritenendo che un tale consenso fosse necessario ai fini del trattamento di

articoli con il procedimento di cui trattasi, la DDF ha comunicato alla Infopaq la propria posizione.
Il procedimento di raccolta dati implica le seguenti cinque fasi, che comportano, a parere della DDF, quattro atti di riproduzione di articoli di giornale.
In primo luogo i collaboratori della società Infopaq registrano manualmente in una banca dati elettronica le pubblicazioni di cui trattasi.
In secondo luogo si procede alla digitalizzazione mediante scansione di tali pubblicazioni, dopo che il dorso delle stesse è stato tagliato in modo che tutti i fogli siano staccati. La parte della pubblicazione da trattare è selezionata nella banca dati prima dell'inserimento della pubblicazione nel dispositivo per la scansione (scanner). L'operazione consente di produrre un file in formato TIFF ("Tagged Image File Format") per ciascuna pagina della pubblicazione. Alla fine di tale operazione, il file TIFF viene trasferito su un server OCR ("Optical Character Recognition") (riconoscimento ottico dei caratteri).
In terzo luogo, tale server OCR converte il file TIFF in dati che possono essere assoggettati a trattamento digitale. Nel corso di tale procedimento, l'immagine di ciascun carattere è convertita in codice digitale che indica al computer il tipo di carattere. Ad esempio, l'immagine delle lettere "TDC" è trasformata in un'informazione che il computer potrà trattare come lettere "TDC" convertendole in formato di testo riconoscibile dal sistema del computer. Tale dati sono memorizzati in forma di file di testo che possono essere letti da qualsiasi programma di trattamento testuale. Il procedimento OCR si conclude con la cancellazione del file TIFF.
In quarto luogo, il file di testo viene analizzato per ricercarvi le parole chiave predefinite. Di volta in volta, viene generato un file che indica il titolo, la sezione e il numero di pagina della pubblicazione in cui compare la parola chiave, nonché un valore, espresso percentualmente da 0 a 100, per indicare la posizione di tale parola chiave nel testo, agevolando in tal modo la lettura dell'articolo. Per migliorarne ulteriormente la reperibilità nella lettura dell'articolo, la parola chiave è riportata con le cinque parole che la precedono e le cinque parole che la seguono (in prosieguo: l'"estratto composto da undici parole"). Il procedimento si conclude con la cancellazione del file di testo.
In quinto luogo, il procedimento di raccolta dati si conclude con la stampa di una scheda per ciascuna pagina della pubblicazione in cui compare la parola chiave".
Si tratta, dunque, a ben vedere di una tradizionale forma di rassegna stampa, assistita da mezzi informatici. Ma il punto più importante che occorre sottolineare è che questa rassegna parte (come tutte le rassegne stampa) dal prodotto cartaceo, il quale viene rielaborato tecnicamente e distribuito.
Il principio di diritto enunciato dalla Corte è in questi termini: "*L'atto di stampa di un estratto composto da undici parole, effettuato nel corso di un procedimento di raccolta dati quale quello di cui trattasi nella causa principale, non soddisfa il requisito della transitorietà, di cui all'art. 5, n. 1,*

della direttiva 2001/29 e, pertanto, tale procedimento non può essere realizzato senza il consenso dei titolari dei diritti d'autore interessati. "
E' sorto dunque, legittimamente, il dubbio che esso potesse essere applicato anche a fattispecie similari a quelle che troviamo nel servizio Google News. Ed infatti la questione è stata sollevata dal giudice svedese nel caso Svensson (*Svensson c. Retriever Sverige*, caso C466/12 del 13.2.2014).
Per comprendere la differenza delle fattispecie è bene riportare, anche qui, la descrizione dell'attività della Retriever fatta dalla CGUE ai paragrafi 8 e seguenti della decisione:
"I ricorrenti nel procedimento principale, tutti giornalisti, sono i redattori di taluni articoli pubblicati, da un lato, sul giornale *Göteborgs-Posten* e, dall'altro lato, sul sito Internet del *Göteborgs-Posten*. La Retriever Sverige gestisce un sito Internet che fornisce ai suoi clienti, secondo le loro necessità, liste di collegamenti Internet cliccabili verso articoli pubblicati da altri siti Internet. È pacifico inter partes che gli articoli erano liberamente accessibili sul sito del giornale *Göteborgs-Posten*. Secondo i ricorrenti nel procedimento principale, se il cliente clicca su uno di questi collegamenti non si rende conto chiaramente di essere trasferito su un altro sito per accedere all'opera di suo interesse. Per contro, secondo la Retriever Sverige il cliente è consapevole del fatto che cliccando su uno di questi collegamenti viene trasferito su un altro sito.
I ricorrenti nella causa principale hanno citato la Retriever Sverige dinanzi allo Stockholms tingsrätt (Tribunale di Stoccolma) per ottenere il risarcimento del danno derivante dal fatto che tale società avrebbe sfruttato, senza la loro autorizzazione, taluni loro articoli, mettendoli a disposizione dei suoi clienti.
Con sentenza dell'11 giugno 2010 lo Stockholms tingsrätt ha respinto la domanda. Contro tale sentenza i ricorrenti nel procedimento principale hanno quindi proposto appello dinanzi allo Svea hovrätt (Corte d'appello di Svea).
I ricorrenti nel procedimento principale hanno giustamente fanno valere dinanzi a tal giudice che la Retriever Sverige ha violato il loro diritto esclusivo di mettere le loro rispettive opere a disposizione del pubblico, nel senso che, grazie ai servizi offerti dal suo sito Internet, i suoi clienti avrebbero avuto accesso alle loro opere.
La Retriever Sverige adduce a sua difesa che la fornitura di liste di collegamenti Internet verso opere messe a disposizione del pubblico su altri siti Internet non costituisce un atto idoneo a ledere i diritti d'autore. La Retriever Sverige sostiene altresì di non aver effettuato alcuna trasmissione di una qualsiasi opera protetta, essendosi limitata a segnalare ai suoi clienti i siti Internet in cui si trovano le opere di loro interesse".
Qui la decisione della Corte è in senso opposto a quella del caso *Infopaq*. Le ragioni sono molto ben esposte nella parte motiva:
"Nel caso di specie si deve rilevare che la messa a disposizione delle opere di cui trattasi tramite un collegamento cliccabile, come quello esaminato nel procedimento principale, non porta a comunicare le opere di cui trattasi ad un pubblico nuovo.

Infatti, il pubblico cui la comunicazione iniziale era diretta era costituito dal complesso dei potenziali visitatori del sito considerato, poiché, essendo a conoscenza del fatto che l'accesso alle opere su tale sito non era assoggettato ad alcuna misura restrittiva, tutti gli internauti potevano avere liberamente accesso ad esse.
Si deve pertanto dichiarare che, qualora il complesso degli utilizzatori di un altro sito, ai quali siano state comunicate le opere di cui trattasi tramite un collegamento cliccabile, potesse direttamente accedere a tali opere sul sito sul quale siano state inizialmente comunicate, senza intervento del gestore dell'altro sito, gli utilizzatori del sito gestito da quest'ultimo devono essere considerati come potenziali destinatari della comunicazione iniziale e, quindi, ricompresi nel pubblico previsto dai titolari del diritto d'autore al momento in cui hanno autorizzato la comunicazione iniziale.
Di conseguenza, in mancanza di un pubblico nuovo, l'autorizzazione dei titolari del diritto d'autore non è necessaria per una comunicazione al pubblico come quella di cui al procedimento principale.
Tale constatazione non potrebbe essere rimessa in discussione nel caso in cui il giudice del rinvio dovesse rilevare – cosa che non risulta chiaramente dagli atti – che, quando gli internauti cliccano sul collegamento in esame, l'opera appare dando l'impressione di essere a disposizione sul sito in cui si trova tale collegamento, mentre in realtà proviene da un altro sito.
Infatti, tale circostanza aggiuntiva non modifica affatto la conclusione secondo cui la fornitura su un sito di un collegamento cliccabile verso un'opera protetta, pubblicata e liberamente accessibile su un altro sito, ha l'effetto di mettere a disposizione degli utilizzatori del primo sito l'opera medesima e costituisce, quindi, una comunicazione al pubblico. Tuttavia, dal momento che non vi è un pubblico nuovo, per tale comunicazione al pubblico in ogni caso non è necessaria l'autorizzazione dei titolari del diritto d'autore.
Per contro, nell'ipotesi in cui un collegamento cliccabile consenta agli utilizzatori del sito in cui si trova tale collegamento di eludere misure restrittive adottate dal sito in cui l'opera protetta si trova per limitare l'accesso del pubblico ai soli abbonati e, in tal modo, costituisca un intervento senza il quale tali utilizzatori non potrebbero beneficiare delle opere diffuse, il complesso di tali utilizzatori dovrà essere considerato quale pubblico nuovo, che non è stato preso in considerazione dai titolari del diritto d'autore al momento in cui hanno autorizzato la comunicazione iniziale, ragion per cui per tale comunicazione al pubblico si impone l'autorizzazione dei titolari. Ciò avviene, in particolare, allorché l'opera non sia più a disposizione del pubblico sul sito in cui sia stata comunicata inizialmente o sia ormai disponibile su tale sito esclusivamente per un pubblico ristretto, mentre sia accessibile su un altro sito Internet senza autorizzazione degli aventi diritto".
E' facile osservare che nel caso del servizio Google News si tratta di articoli volontariamente, liberamente e gratuitamente messi a disposizione del pubblico dall'avente diritto e che non vi è neanche la riproduzione su un sito diverso da quello su cui è stato in origine pubblicato, ma semplicemente un

link a quello originario (come normalmente avviene con tutti i risultati che vengono presentati da un motore di ricerca).
In questo quadro normativo appare legittimo dubitare della legittimità comunitaria della disposizione spagnola, la quale, peraltro, all'evidenza tradisce una discriminazione nei confronti di altri importanti titolari di diritti di proprietà intellettuale. La norma, infatti, si riferisce soltanto a contenuti "*divulgados en publicaciones periódicas o en sitios Web de actualización periódica y que tengan una finalidad informativa*". *Quid iuris* se il servizio di ricerca (come nel caso di Google Books) facesse una rassegna sui siti degli editori riportando tutte le notizie ivi contenute, comprese le presentazioni e gli estratti? Si ha l'impressione che rapidamente tutto il sistema dei motori di ricerca dovrebbe sottostare a obblighi di 'equo compenso'.
A parte considerazioni di equilibrato bilanciamento degli interessi e di proporzionalità (cui mirano la Direttiva 29/2001 e l'intero sistema del diritto comunitario), potrebbe richiamarsi ed essere sviluppato, in questi casi, il principio dell'esaurimento del diritto che, in un contesto prettamente digitale, è stato affermato sempre dalla CGUE nel caso UsedSoft (*UsedSoft GmbH c.Oracle International*, caso C128/11 del 3.7.2012).

QUADERNI DI
DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA

Numero 1 - 2015
Anno V
www. dimt. it

ISSN (Online edition): 2239-7442