

LUISS



*Dipartimento di Giurisprudenza
Cattedra di Informatica Giuridica*

LA TUTELA DEL DIRITTO D'AUTORE ALLA LUCE DELLA
DIRETTIVA 2019/790 DELL'UNIONE EUROPEA:

LA RICADUTA DI RESPONSABILITÀ SUGLI INTERMEDIARI PER I
CONTENUTI GENERATI DAGLI UTENTI

RELATORE

Chiar.mo Prof. Gianluigi Ciacci

CANDIDATO

Elena Messina

Matr. 134523

CORRELATORE

Chiar.mo Prof. Lorenzo Grisostomi Travaglini

ANNO ACCADEMICO 2019/2020

Indice

Introduzione	4
Capitolo I: Il diritto d'autore nell'era digitale	7
Considerazioni introduttive	7
1. La società dell'informazione: L'impatto delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione	11
1.1. Dalla Read Only Culture alla Read-Write Culture	14
1.2. I diritti digitali e la necessità di bilanciamento col diritto d'autore	17
1.3. User generated content	23
2. L'evoluzione della tutela del diritto d'autore in ambiente digitale: la struttura multilivello delle fonti ...	27
2.1. Disamina delle principali Convenzioni internazionali	27
2.2. Dai Trattati OMPI del 1996 alla Direttiva 2001/29 CE	31
2.3. Verso un processo di armonizzazione: direttive 2000/31 CE e 2001/29 CE	35
3. Il mercato unico digitale	43
3.1. Regolamento sulla portabilità transfrontaliera: Il superamento del geoblocking	48
3.2. Il diritto d'autore nel mercato unico digitale: direttiva 2019/790 UE	51
3.3. La normativa italiana sul diritto d'autore e il recepimento delle direttive europee	55
Capitolo II: Il quadro evolutivo delle eccezioni	66
Prologo.....	66
4. Eccezioni e limitazioni a livello internazionale: La Convenzione di Berna e la clausola "three step test" 67	
4.1. Eccezioni e limitazioni determinate	67
4.1.2. Clausola Three-step-test	72
4.2. Eccezioni e limitazioni nella Direttiva 2001/29 CE	78
4.3. Misure tecnologiche di protezione	90
4.4. Uno spiraglio di apertura per gli UGC	95
4.5. Il regime delle Libere utilizzazioni nell'ordinamento nazionale	96
4.5.1. Il diritto di cronaca	99
4.5.2. La citazione e riassunto per fini di critica, insegnamento e ricerca e la pubblicazione sulla rete di opere a bassa risoluzione	102
4.6. Eccezione ad hoc per gli Ugc	105
4.7. Le eccezioni nella nuova direttiva europea	108
Capitolo III: Le ricadute di responsabilità sugli internet service provider per i contenuti caricati dagli utenti	117

5. Internet service provider: quadro normativo di riferimento	117
5.1. Attività di mere conduit	121
5.2. Caching, attività di memorizzazione temporanea	123
5.3. Attività di Hosting	126
5.3.1. Il recepimento italiano.....	128
6. La nuova categoria di “prestatore di servizi di condivisione di contenuti online”	131
7. De iure condendo: Digital Service Act e Digital Market Act.....	134
7.1. Digital Service Act	136
7.2. Digital Market Act	138
8. La responsabilità dell’ISP alla luce della direttiva 2019/790 UE: art 17	140
8.1 Divieto di obblighi generali di sorveglianza	140
8.1.1. Enforcement dei doveri di controllo: il caso Eva Glawischnig Piesczek c. Facebook Ireland Limited.....	147
8.2. Art. 17 2019/790 UE: una nuova configurazione di responsabilità per gli intermediari della rete.....	150
8.3. Le tecnologie di filtraggio e il divieto di controlli generalizzati	158
8.3.1. Sistemi di identificazione: Content ID di Youtube	161
8.3.2 Brevi considerazioni sul rapporto fra i sistemi di filtraggio e la libertà degli utenti	165
9. Licenze collettive.....	167
Conclusioni	174
Bibliografia	179

Introduzione

Dall'invenzione della stampa a caratteri mobili ad oggi, il diritto d'autore si è evoluto in reazione alle diverse innovazioni tecnologiche.

Già agli albori della nascita della Rete, quando ancora non si conoscevano quelle che sarebbero state le sue future evoluzioni ed implicazioni, si cercava di tutelare gli interessi degli autori contro le "minacce" provenienti dalle innovazioni tecnologiche. Basti a tal proposito pensare alla Convenzione di Berna del 1886 (da ultimo riveduta a Parigi nel 1971), che nel tutelare i diritti degli autori parlava già di "trasmissioni per filo al pubblico" (art. 2-bis, 10-bis, 11-bis, 14 e 14-bis).

Con la diffusione di Internet assistiamo all'evolversi di una nuova società caratterizzata da un flusso continuo di informazioni, dati e conoscenza ("società dell'informazione" o "società dei flussi").

Sarà il passaggio dal web cd. "statico" (Web 1.0) a quello "dinamico" (Web 2.0) a costituire un vero e proprio punto di svolta. Mentre prima gli utenti della Rete erano meri fruitori di informazioni, il passaggio al Web 2.0 ha portato non solo gli utenti a interagire fra di loro ma gli ha dato anche l'opportunità di creare e immettere contenuti sul web, diventando a loro volta autori.

Condivisione, partecipazione e interazione sono diventate le principali caratteristiche della Rete, e sono state il perno della crescita di una nuova società caratterizzata da un continuo scambio di idee e di dati, rendendo la Rete una vero e proprio "market of idea".

Nascono così gli user generated content espressione dell'estro creativo dei cosiddetti "cittadini digitali".

Tali contenuti possono riferirsi ad opere creative ed originali dell'utente, opere derivate o semplicemente alla condivisione di opere e contenuti creati da terzi.

Sorge così un conflitto potenziale tra interessi degli autori e interessi collettivi dei fruitori delle opere sul Web.

Infatti, se da un lato il Web ha permesso il diffondersi di una cultura partecipativa, abbattendo barriere di tempo e spazio tra autori e pubblico, dall'altro ha portato con sé numerose problematiche, le maggiori delle quali hanno avuto ad oggetto il diritto

d'autore. Il Web ha infatti permesso agli utenti di reperire, caricare e diffondere opere tutelate dando luogo al proliferare di abusi e illeciti.

Ci si domanda quindi quale possa essere il giusto equilibrio e bilanciamento fra diritto d'autore e altri diritti ugualmente degni di protezione e tutela quale il diritto all'informazione ma anche il diritto degli utenti a caricare contenuti che siano frutto della loro libertà di espressione.

Molto sottile è infatti la linea di demarcazione tra lecito ed illecito, necessitando gli utenti che popolano la rete di maggiore chiarezza circa quello che possono o non possono fare.

A tale proposito, si sono susseguiti nel tempo diversi interventi legislativi volti a decodificare i diritti dei cittadini digitali e individuare un perfetto bilanciamento ed equilibrio dei loro interessi con la tutela degli autori.

Si è passati quindi dal Web 2.0 al Web 3.0, in cui l'adozione di misure tecnologiche di protezione e l'intermediazione delle piattaforme digitali hanno preso sempre più piede nella regolazione di questo conflitto. Recentemente, si è iniziato inoltre a parlare di Web 4.0 in cui la creazione di contenuti è demandata non solo più a persone fisiche (gli utenti) ma anche alle macchine mediante soluzioni di intelligenza artificiale, facendo nascere nuovi conflitti.

Nel corso della presente trattazione analizzeremo come si è evoluto il diritto d'autore parallelamente ai progressi tecnologici, focalizzando la nostra attenzione sui diritti degli utenti (cittadini digitali).

Si partirà dai primi interventi di soft law, che hanno cercato di individuare i diritti dei cittadini digitali, per poi focalizzarci sul novero delle eccezioni al diritto d'autore, piena espressione del tentativo di bilanciamento fra tutela autoriale e tutela degli interessi collettivi alla libera espressione e diffusione di informazioni e conoscenze.

La dissertazione partirà dal quadro generale delineato a livello internazionale dalla Convenzione di Berna e dai Trattati OMPI per poi analizzare il quadro europeo relativo al mercato digitale dei contenuti regolato dalla Direttiva 2001/29 CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione.

L'insieme delle eccezioni al diritto autoriale individuato dalla suddetta direttiva, con il passare del tempo ha mostrato una limitata capacità di essere punto di equilibrio e incontro fra autori e utenti.

Le cause principali di questo insuccesso vanno identificate nella scelta dello strumento legislativo utilizzato (Direttiva) e nell'introduzione di un elenco tassativo di eccezioni di recepimento facoltativo per gli Stati Membri (fatta eccezione per un'unica ipotesi relativa agli atti di riproduzione temporanea). Questa situazione ha favorito lo sviluppo di un mercato dei contenuti disomogeneo tra Stati Membri, a discapito della certezza giuridica e della tutela sia degli interessi degli utenti, che degli autori.

Ulteriore problematica va poi collegata all'orientamento della giurisprudenza della Corte di giustizia europea poco propensa ad interpretazioni estensive in tema di eccezioni al diritto d'autore, facendo così risultare ulteriormente angusti i confini entro cui l'utente della rete può muoversi liberamente.

Di conseguenza, in ambito europeo è cominciata a maturare la necessità di introdurre una vera e propria eccezione ad hoc per gli user generated content.

Numerose erano infatti le aspettative nei confronti di una riforma del diritto d'autore che permettesse di superare i limiti della precedente normativa e di sfruttare al massimo le capacità di Internet, incrementando lo sviluppo del Mercato unico digitale europeo.

Tuttavia, nonostante una prima apertura della Commissione Europea si è assistito ad una vera e propria inversione di rotta.

Nel 2019 è stata emanata la Direttiva 2019/790 UE sul diritto d'autore nel mercato unico digitale, che anziché introdurre un'eccezione specifica per i contenuti generati dagli utenti, ha introdotto un nuovo regime di responsabilità per i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online, facendo ricadere su di essi la responsabilità della gestione dei contenuti generati dagli utenti.

Per comprendere appieno la portata di questa innovazione, nel terzo capitolo della presente dissertazione si analizza la normativa sul commercio elettronico (Diretti 2000/31/CE) ed in particolare la figura e le responsabilità dei prestatori dei servizi d'intermediazione di cui agli articoli 12, 13 e 14 della Direttiva, confrontandola con

le novità introdotte dalla Direttiva 2019/790 UE per capire come è mutato il ruolo dell'internet service provider e come proprio tali mutamenti influiscano sulla libertà degli utenti.

Capitolo I: Il diritto d'autore nell'era digitale

SOMMARIO:

Considerazioni introduttive – 1. La società dell'informazione: L'impatto delle tecnologie dell'informazione e comunicazione – 1.1. Dalla Read Only Culture alla Read-Write Culture – 1.2. I diritti digitali e la necessità di bilanciamento col diritto d'autore – 1.3. User generated content – 2. L'evoluzione della tutela del diritto d'autore in ambiente digitale: la struttura multilivello delle fonti – 2.1 Disamina delle principali Convenzioni internazionali – 2.2. Dai Trattati OMPI del 1996 alla Direttiva 2001/29 CE – 2.3. Verso un processo di armonizzazione: direttive 2000/31 CE e 2001/29 CE – 3. Il mercato unico digitale – 3.1. Regolamento sulla portabilità transfrontaliera: Il superamento del geoblocking – 3.2. Il diritto d'autore nel mercato unico digitale: direttiva 2019/790 UE – 3.3. La normativa italiana sul diritto d'autore e il recepimento delle direttive europee

Considerazioni introduttive

La tecnologia digitale nel corso dei decenni si è evoluta sempre di più incidendo sul modo di comunicare, nel modo in cui lavoriamo, sulle vite che conduciamo, modificando il nostro essere individui, nel mondo degli affari e nelle nostre comunità.

Quella a cui stiamo assistendo è ormai considerata una vera e propria “rivoluzione digitale”, espressione adoperata proprio per sottolineare i cambiamenti socio-economici che sono frutto delle Tecnologie dell'Informazione e Comunicazione (TIC).

Tecnologia e internet non possono più essere considerati a sé stanti, intrinsecandosi con i diversi settori dell'economia e del lavoro.

Il proliferare negli ultimi decenni di dispositivi sempre più evoluti in grado di elaborare un'ingente quantità di dati, ha modificato l'accesso alle informazioni, ma soprattutto il modo di interagire e comunicare.

Ma la rivoluzione digitale non è un fenomeno esclusivamente circoscritto al settore delle reti di telecomunicazione, dell'informatica e dei contenuti immateriali, essa costituisce un coefficiente che incide trasversalmente su tutti i settori economici, anche quelli più tradizionali, cambiando irreversibilmente i rapporti cd. B2B (*business-to-business*) e B2C (*business to consumer*) condizionando le dinamiche di acquisto dei consumatori e avendo un impatto rilevante sul funzionamento dei mercati.

L'accessibilità alle TIC¹ da parte della popolazione in generale, anche in termini di costi, è notevolmente aumentata. Il 2007 segna un passaggio d'epoca: in quell'anno nell'Unione Europea più della metà (55 %) delle famiglie disponeva di accesso a Internet. Tale quota ha continuato a crescere, superando i tre quarti nel 2012 e i quattro quinti nel 2014. Nel 2018 la quota delle famiglie dell'UE-28 con accesso a Internet è salita all'89 %, registrando un aumento di circa 29 punti percentuali rispetto al 2008.²

L'emergenza sanitaria attraversata negli ultimi mesi ha contribuito all'aumento del traffico sulle reti di TIC fisse e mobili e dei volumi di servizi digitali a cui sono ricorsi cittadini, imprenditori, amministratori pubblici, per riorganizzare il lavoro, lo studio e continuare ad avere da casa relazioni sociali, parentali e culturali consentendo a larghe fasce di popolazione di sperimentare le potenzialità degli strumenti digitali.

¹ Si definiscono TIC le Tecnologie riguardanti i sistemi integrati di telecomunicazione (linee di comunicazione cablate e senza fili), i computer, le tecnologie audio-video e relativi software, che permettono agli utenti di creare, immagazzinare e scambiare informazioni. Rilevanti incentivi economici favoriscono questo processo di integrazione, promuovendo la crescita delle imprese attive nel settore. Dall'Enciclopedia Treccani, alla voce «ICT (Information and Communication Technologies)», consultabile nella versione online al seguente indirizzo:

https://www.treccani.it/enciclopedia/ict_%28Dizionario-di-Economia-e-Finanza%29/

² EUROSTAT Statistiche dell'economia e della società digitali - Famiglie e singole persone

https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Digital_economy_and_society_statistics_-_households_and_individuals/it#Ordinazione_o_acquisto_di_beni_e_servizi

Tali dati mostrano come l'utilizzo di tali strumenti stia evolvendo sempre di più tra la popolazione, mettendo in evidenza la necessità di adottare nuove e più attuali regolamentazioni per soddisfare e promuovere un'economia più moderna e competitiva.³

Maggiori sono gli utilizzi di una risorsa, maggiori inevitabilmente sono i problemi giuridici che li accompagnano, soprattutto alla luce dei diversi sistemi legislativi, delle continue innovazioni e delle relative necessità di tutela.

In questo scenario, il diritto che maggiormente negli ultimi anni ne ha subito le infauste conseguenze è il diritto d'autore, spesso oggetto di violazioni, anche inconsapevoli, da parte degli utenti della rete che tendono esclusivamente a reperire nel modo più celere ed economico possibile file, musica, libri, film, non curandosi di chi su tali *res* vanta dei diritti che possono essere danneggiati. L'autore non solo viene leso sul piano economico, non ottenendo la remunerazione corrispondente allo sfruttamento dell'opera, ma anche dal punto di vista morale poiché spesso è difficile individuare chi sia effettivamente il creatore dell'opera immessa sulla rete, oggetto di modifiche e manipolazioni.

Lo sviluppo delle TIC nella “Società dell'informazione” ha esercitato un'azione determinante sulla materia del diritto d'autore. Il passaggio dal web “statico”, caratterizzato dall'unidirezionalità delle interazioni, in cui l'utente può esclusivamente visualizzare i contenuti forniti dall'autore di un sito, ma non può modificare o manipolare gli stessi, al web “dinamico” ha dato origine a nuove forme di creatività. Ora sono gli utenti stessi a creare e immettere nel web contenuti, non limitandosi più ad essere spettatori della rete.

Il processo di conversione dall'analogico al digitale ha permesso all'opera di disancorarsi dal suo supporto materiale e circolare sotto forma di 0 e 1 sulla rete.

La tecnologia digitale ha staccato le informazioni dal piano fisico, dove il diritto di proprietà ha sempre trovato definizione.

Nuove opere nascono proprio per essere fruite in assenza di un supporto, mentre tradizionalmente il diritto d'autore regola l'immateriale contenuto in un *corpus*

³[Il digitale in Italia 2020- Mercati, dinamiche, policy ildigitaleinitalia.it](http://ildigitaleinitalia.it)

maechanicum e non prevede nella sua forma classica che l'opera dell'ingegno possa essere del tutto immateriale nelle forme di distribuzione.

In modo avanguardistico John Perry Barlow aveva anticipato nel suo libro “*Selling Wine Without Bottles: The Economy of Mind on the Global Net*” come i beni dell'era dell'informazione e dunque tutte le informazioni una volta contenute in libri, pellicole o dischi o giornali, sarebbero esistiti come puro pensiero o qualcosa di molto simile al pensiero. Ed è proprio il distacco da un supporto materiale e i nuovi modi di circolazione di beni e informazioni che spinge sempre più verso la necessità di nuove forme di tutela.

I nuovi meccanismi di condivisione permettono agli utenti di reperire, caricare e diffondere *res* tutelate dal diritto d'autore, e sono proprio questi nuovi meccanismi che consentono il perpetuarsi di abusi e illeciti e il proliferare della pirateria.

Essendo gli utenti stessi a condividere nella rete opere protette dal diritto d'autore come logica conseguenza dovrebbero essere questi ultimi a rispondere degli illeciti di cui si sono macchiati.

Tuttavia, l'immensità del cyberspazio e dei Citizen che lo popolano, in combinato disposto alle numerose modalità con cui è possibile occultare la propria identità e il più alto valore riconosciuto alla privacy impedisce alla giustizia di agire in via diretta.

Giurisprudenza e dottrina hanno dunque cominciato ad interrogarsi su quali potessero essere i rimedi più idonei a tutelare il diritto d'autore, ma soprattutto costruire un *corpus legis* idoneo a contemperare interessi diversi tra di loro, ovvero quelli dei titolari del diritto, degli utenti, dei consumatori e di chi offre l'opportunità di utilizzare la Rete.

Al fronte dell'avanzamento delle nuove tecnologie e il ruolo sempre più centrale che sta assumendo la Rete, nel 2010 la Commissione Europea ha elaborato un'Agenda Digitale Europea, una delle sette iniziative faro della strategia “Europa 2020”, con lo scopo di realizzare un Mercato digitale unico per promuovere lo sviluppo e la libera offerta di contenuti digitali oltre i confini nazionali. L'obiettivo è quello di adeguarsi alla nuova società dell'informazione e realizzare un unico mercato digitale.

1. La società dell'informazione: L'impatto delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione

La disciplina autoriale, più di quanto accada in altri settori, è fortemente *technology-driven* e dunque molto più suscettibile al continuo mutamento del contesto tecnologico ed economico.

Il diritto d'autore nasce infatti come risposta alle innovazioni tecnologiche, basta pensare che l'esigenza di attribuire un *right to copy* agli autori risale alla diffusione della stampa a caratteri mobili⁴ che permette la riproduzione in larga scala delle opere letterarie e conseguentemente nasce il presupposto economico per la loro protezione.

A tal proposito sembra utile sottolineare come nell'antica Roma agli autori non venissero necessariamente riconosciuti diritti patrimoniali sull'opera, poiché quest'ultima una volta pubblicata e diffusa sotto forma di manoscritto finiva con l'identificarsi col medesimo, e dunque col cd. *corpus maechanicum* e conseguentemente i diritti patrimoniali venivano attribuiti a chi avesse acquistato il manoscritto o lo avesse realizzato inserendovi l'opera d'altri. I diritti dipendevano dal supporto materiale in cui era consacrata l'opera, non dal suo contenuto, il cd. *Corpus mystichum*.

Tuttavia, l'autore non era privo di tutela, la condotta illecita era infatti ricondotta alla violazione di un diritto della personalità, nel momento in cui si andava ad alterare la paternità dell'opera, e si attribuiva a quest'ultimo la possibilità di esperire

⁴ Nel 10° sec., in Cina, ebbe inizio la stampa a caratteri mobili, prima in legno e poi in terracotta. In Europa si deve la sua diffusione al tedesco J. Gutenberg (1397-1468) l'ideazione del procedimento di stampa tipografico a caratteri mobili. Grazie alla stampa si diffusero rapidamente molti testi letterari e la cultura penetrò in strati sociali che fino ad allora ne erano stati esclusi. La diffusione dei libri, delle notizie, e della cultura iniziò a farsi più veloce, fino ad arrivare, nei secoli successivi, ad una progressiva democratizzazione del pensiero in Occidente.

l'actio iniuriarum aestimatoria⁵ con la quale si poteva ottenere protezione dal plagio e tutela del diritto d'inedito.⁶

In virtù di tali considerazioni si osserva come i mutamenti più significativi della disciplina si siano avuti proprio in reazione alle innovazioni tecnologiche, comprendendo la necessità di modificare principi consolidatisi nel tempo al fronte di un adattamento evolutivo.

Il diritto d'autore nasce dunque come risposta a nuovi mezzi di riproduzione e diffusione rappresentando tale parallelismo una costante, basti pensare che già nel 1984 la Supreme Court of the United State nel noto caso Betamax evidenziò come fin dal suo inizio la legge sul diritto d'autore si è sviluppata in risposta ai significativi cambiamenti tecnologici.⁷

Sotto il profilo della tutela giuridica ed economica dei beni immateriali, Internet rappresenta una svolta epocale permettendo di connettere vari dispositivi o terminali in tutto il mondo, rappresentando uno dei maggiori mezzi di comunicazione di massa, offrendo all'utente una vasta serie di contenuti potenzialmente informativi e di servizi.

Dagli inizi degli anni 90' Internet⁸ e i suoi servizi, insieme ad altre invenzioni come i telefoni cellulari, costituiranno uno dei motori dello sviluppo economico mondiale nell'ambito delle Tecnologie dell'Informazione e della Comunicazione.

Grazie alle peculiarità tecniche che la contraddistinguono e allo sviluppo del servizio World Wide Web (www) che permette la "navigazione" tra contenuti multimediali, la c.d. Rete consente la più ampia accessibilità a testi, fotografie, audio-video digitali, servizi della società dell'informazione dai molteplici e diversi

⁵ Actio iniuriarum aestimatoria (azione per la stima dei danni derivanti da offese ingiuste). Azione, avente carattere infamante, finalizzata al conseguimento di una valutazione patrimoniale dei danni subiti per effetto di lesioni personali o percosse. La formula dell'azione prevedeva la fissazione dei limiti massimi dell'importo della condanna, detta taxatio. La quantificazione dei danni, a seconda dei casi, poteva essere effettuata sulla base di parametri equitativi o sulla base dei limiti massimi sanciti dalla legislazione. Definizione del Dizionario giuridico romano, versione online, edizione Simone. <https://www.simone.it/newdiz/newdiz.php?action=view&id=88&dizionario=3>

⁶Cfr. SIROTTI GAUDENZI, Andrea. Il nuovo diritto d'autore. La proprietà intellettuale nella società dell'informazione. Maggioli Editore, 2018

⁷Cfr. Spedicato, Giorgio. Principi di diritto d'autore. Il Mulino, 2020 pag. 16-17

⁸ Internet è una connessione a livello mondiale tra reti locali, che consente la circolazione dei dati attraverso l'adozione di protocolli trasmissivi standardizzati. Internet, soprattutto, non esiste come tecnologia unica, dal momento che in essa convivono diverse tecniche, né esiste come entità organizzata, dal momento che nessuno è proprietario della Rete

contenuti ed oggetti che si trovano nelle mani di un pubblico potenzialmente illimitato riuscendo a superare i confini territoriali⁹

L'avvento di internet porta i giuristi ad interrogarsi e mettere in discussione i modelli giuridici ed economici dell'epoca.

L'evoluzione tecnologica ha determinato una scissione dell'opera da quello che è il suo supporto materiale portandoci a considerare il cyberspazio come un supporto metafisico delle idee. È proprio il predominare dei beni immateriali, quale l'informazione, rispetto all'industria che caratterizza quella che è la società dell'informazione.¹⁰ L'avvento delle nuove tecnologie rappresenta un punto di svolta per la società dell'epoca aprendo la strada alla società dei "flussi"¹¹.

Il concetto di società dell'informazione nasce dallo studio di Daniel Bell, esposto nel suo libro "L'avvento della società post - industriale", Bell mette in evidenza l'avanzare del settore terziario e di come l'economia basata sui "servizi" stia prendendo il sopravvento su quella industriale.

Egli afferma che "la nuova epoca dell'informazione non si basa su una tecnologia di tipo meccanico, ma su una tecnologia intellettuale". Mentre l'epoca industriale era incentrata sulla trasformazione della materia in beni tangibili, la società dei flussi si fonda sul trattamento di entità immateriali quali l'informazione e la conoscenza.

La "società dell'informazione" risulta dunque caratterizzata da un insieme di fattori quali: l'ascesa di nuove economie basate sulla tecnologia e sulla conoscenza diffusa, la globalizzazione delle imprese multinazionali e delle istituzioni e conseguentemente implicano l'insorgere di nuove dinamiche politiche-economiche.

Le parti immateriali del lavoro sono diventate sempre più dominanti all'interno del processo economico e produttivo attuale, aggiungendo significative quantità di

⁹ Zaccaria, Roberto, Alessandra. Valastro, and Enrico. Albanesi. Diritto dell'informazione e della comunicazione. Decima edizione. Milano: Wolters Kluwer, 2018.

¹⁰ Il termine **società dell'informazione** è usato da alcuni sociologi per indicare l'attuale società post-industriale, spesso a seguito della terza rivoluzione industriale. Tratto da Wikipedia
Sulla scorta degli insegnamenti di Bateson [1972] possiamo considerare l'informazione come «la percezione di una differenza», mentre il concetto di comunicazione può essere inteso come «un processo di costruzione collettiva e condivisa del significato, processo dotato di livelli diversi di formalizzazione, consapevolezza e intenzionalità» [Paccagnella 2004, 27]

¹¹ L'esperienza della Rete diventa terreno di un vero e proprio flusso informativo. A differenza dei media tradizionali, consente un'interazione in uno spazio virtuale che diventa un luogo in cui tutti possono fruire delle informazioni, ma anche produrle e condividerle. Da qui il termine società dei flussi o dell'informazione.

plusvalore ai prodotti attraverso forme efficienti di organizzazione delle risorse, delle relazioni e dei flussi di lavoro.

Comunicazione e conoscenza si configurano sempre più non solo come elementi strategici, che apportano vantaggi competitivi a specifici gruppi o comunità di persone, ma soprattutto come beni fondanti della società contemporanea.

1.1. Dalla Read Only Culture alla Read-Write Culture

In questo contesto, le TIC rappresentano gli strumenti per eccellenza poiché rendono agevole la diffusione e l'accesso al sapere, grazie anche al proliferare di piattaforme che offrono strumenti per la creazione, elaborazione, fruizione e condivisione e accesso al sapere.

Si passa dal web 1.0, il cd. web statico, caratterizzato da una comunicazione di tipo unidirezionale, dove l'interazione tra gli utenti era quasi assente, limitandosi questi ultimi a consultare i contenuti sulla rete. La pubblicazione di contenuti era infatti assoggettata alla conoscenza di difficili linguaggi di programmazione e sistemi di Content Management System (CMS). Il web 1.0 è dunque un luogo concepito come mezzo per visualizzare passivamente documenti ipertestuali creati con l'uso di linguaggi di programmazione in HTML, CSS e Java Script.

A partire dagli anni 90' abbiamo un mutamento del Web, l'incremento esponenziale dei siti che popolano la rete porta nel 1998 alla nascita di Google, che permette di raggiungere in maniera celere e intuitiva contenuti che prima erano difficilmente accessibili. In questi anni cominceranno a fiorire diverse piattaforme di interazione sociale quali forum e blog, ma sarà il 2004, con la nascita dei Social Network, a segnare il passaggio dal web statico 1.0 al web dinamico 2.0. Si è assistito al passaggio di quella che il prof. Lawrence Lessig¹² ha definito *Read only culture*,

¹² Lawrence Lessig è un giurista e avvocato statunitense. Direttore della Edmond J. Safra Foundation Center for Ethics dell'Università di Harvard, dove insegna anche diritto, fondatore dello Stanford Center for Internet and Society (Centro per Internet e la società), fondatore e amministratore delegato di Creative Commons, nonché membro del consiglio direttivo della Electronic Frontier Foundation e di quello del Software Freedom Law Center, costituito nel febbraio 2005, è noto soprattutto come sostenitore della riduzione delle restrizioni legali sul diritto d'autore, sui marchi commerciali e sullo spettro delle frequenze radio, in particolare nelle applicazioni tecnologiche. Tratto da Wikipedia

ossia una cultura di sola fruizione, ad una *Read-Write culture*, in cui i contenuti fruiti diventano la base di nuove creazioni.¹³

Mentre prima l'utente era spettatore passivo ed esclusivamente l'amministratore o il proprietario del sito aveva la possibilità di modificare i contenuti della pagina, il web 2.0 è caratterizzato da un flusso di interazioni fra i cittadini della rete che non si limitano a visualizzare passivamente i contenuti immessi ma diventano essi stessi creatori di contenuti. Partecipazione attiva, possibilità di creare nuovi contenuti e l'opportunità di avere un dialogo diretto, interattivo e in tempo reale, costi bassi, saranno i fattori di successo della Rete che progressivamente condurranno alla nascita della figura dell'*user generated content*.

Focus della nuova organizzazione sociale è il flusso della conoscenza, le informazioni sono rappresentate in formato digitale, sotto forma di codice binario, e tale formato permette alla conoscenza di circolare su scala globale attraverso la rete ed i servizi di comunicazione elettronica. Gli utenti hanno iniziato a prediligere in misura preponderante la digitalizzazione delle opere, il *file sharing*, la visualizzazione di contenuti tramite servizi di *streaming*, e dunque strumenti che permettono in tempo reale la possibilità di godere di un'ampia gamma di contenuti con costi notevolmente inferiori e senza l'esigenza di spostarsi dal luogo in cui si trova con il semplice click di un tasto.

La Rete è riuscita ad annullare i vincoli spazio-temporali della comunicazione-informazione e ci troviamo di fronte ad una realtà complessa in cui i confini tra realtà reale e realtà virtuale sono così labili da poter essere azzerati.¹⁴

Le TIC e il web 2.0 promuovono lo sviluppo delle competenze che distinguono la società dell'informazione e danno forma ai suoi valori (condivisione, interazione, delocalizzazione ecc.). Secondo Arina il web è diventato il "terzo spazio" dell'individuo contemporaneo, che si affianca, e talvolta si sostituisce, alla casa (primo spazio) e al lavoro o la scuola (secondo spazio). Nel "terzo spazio" le persone trovano opportunità di aggregazione, scambio, relazione, elaborazione, apprendimento, educazione, riflessività, e in definitiva di produzione personale e

¹³ Cit. Scialdone, Marco. *La tutela giuridica degli user generated content* Roma: Il mio libro, 2018. pag.4

¹⁴ Cfr. Pizzetti, Franco., and Laura. Ferola. *Il caso del diritto d' autore*, 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2013.

collettiva di significato. Le TIC sono il luogo in cui oggi si forma la cittadinanza digitale e uno dei luoghi in cui si forma la cittadinanza tout-court. Le tecnologie digitali consentono la costruzione delle identità culturali, individuali e di comunità; modellano la società come da essa ne sono modellate, e in questa sorta di simbiosi si osserva il ruolo attivo, oltre che pervasivo, delle TIC nella società odierna.¹⁵

L'evoluzione della Rete ha inevitabilmente avuto un impatto sul diritto d'autore ciò ha spinto l'Europa, ad intervenire sulla materia, pubblicando, inizialmente, numerosi Libri verdi, per affrontare il tema del diritto d'autore nella società dell'informazione e per analizzare le sfide poste dai nuovi sviluppi tecnologici,¹⁶ puntando su una maggiore sensibilizzazione dell'opinione pubblica alle potenzialità delle nuove tecnologie nonché lo sfruttamento dei benefici socioeconomici che ne deriverebbero, dando al tempo stesso una migliore visibilità dell'Europa.

Le strategie da attuare per raggiungere tali obiettivi devono essere valutate adottando un approccio globale avendo presente la necessità di raggiungere uno stabile equilibrio tra innovazione tecnologica, tutela delle espressioni culturali e diritto di proprietà.

La rivoluzione tecnologica riverbera sul diritto d'autore sotto due differenti aspetti, possiamo infatti vedere come da un lato ha avuto un impatto che potremmo considerare positivo ampliando gli strumenti di espressione creativa, dall'altro

¹⁵Cit. videointervista a T. Arina, *Il futuro dell'apprendimento è informale e*

mobile, 2007: http://www.masternewmedia.org/it/il_futuro_dell'apprendimento_e_informale.htm

¹⁶ Nel 1988, la Commissione è intervenuta con la pubblicazione del primo Libro verde Il diritto d'autore e le sfide tecnologiche- Problemi di diritto d'autore che richiedono un'azione immediata [COM (88) 172 def., COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, Bruxelles 7 giugno 1988] per esaminare e affrontare la tematica delle cosiddette "nuove tecnologie"

Nel 1995, il Libro verde su I diritti d'autore e i diritti connessi nella Società dell'informazione [COM (95) 382 def., COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, Bruxelles, 19 luglio 1995]. Il Libro è dedicato alla necessità di adeguare i concetti tradizionali della materia in oggetto ai cambiamenti del modo in cui sono create e fruite le opere all'interno dello spazio digitale.

È del 1998, il Libro Verde La lotta alla contraffazione e alla pirateria nel mercato interno [COM (98) 569 def., COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, Bruxelles, 15 ottobre 1998], dedicato a una delle problematiche più evidenti e più difficili da risolvere legate al mercato comune e alle nuove tecnologie.

In tempi più recenti, la Commissione ha pubblicato il Libro verde Il diritto d'autore nell'economia della conoscenza [COM (2008) 466 def., COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, Bruxelles 16 luglio 2008]. Quest'ultimo riguarda questioni generali concernenti le eccezioni ai diritti esclusivi previste dalla direttiva 2001/29/CE del Consiglio, che costituisce il principale atto legislativo dell'UE in tema di diritto d'autore e diritti connessi nella società dell'informazione. Inoltre, in data 24 maggio 2011 la Commissione ha rilasciato una comunicazione [COM (2011) 287] avente ad oggetto un Piano d'azione per la riforma delle disposizioni riguardanti i diritti di proprietà intellettuale, tra cui rientrano i diritti di proprietà industriale, il diritto d'autore e i diritti connessi.

versante assistiamo al proliferare di nuovi strumenti di diffusione di opere grazie al passaggio dall'analogico al digitale che ha contribuito ad incrementare i fenomeni di pirateria avendo conseguentemente un impatto sulla produzione intellettuale.

I contenuti dematerializzati presentano infatti alcune caratteristiche peculiari, come la capacità di essere ubiqui, che genera il rischio di cancellare la linea di demarcazione tra la loro legittima distribuzione, riproduzione e diffusione e la violazione dei diritti morali ed economici sottostanti.

Ci troviamo dunque di fronte ad una nuova società che come tale richiede *corpus legis* idoneo e l'individuazione di diritti e doveri in capo ai nuovi cittadini che la popolano, prospettandosi necessario l'elaborazione, a livello nazionale ed Europeo, di meccanismi volti a bilanciare da un lato il diritto alla libertà di espressione e accesso alla rete e dall'altro versante l'equa remunerazione per i titolari dei diritti d'autore.

1.2. I diritti digitali e la necessità di bilanciamento col diritto d'autore

Con il progressivo sviluppo della società dell'informazione combinato al rafforzamento della rete Internet e della fruizione di servizi on-line, si assiste all'esigenza di individuare e conseguentemente codificare i diritti e i doveri dei nuovi cittadini che popolano il nuovo mondo.

Internet offre opportunità di comunicazione e scambio inesauribili giacché prive di frontiere spaziali, permettendo così di creare agevolmente reti transnazionali per il trasferimento di informazioni, dati, prodotti e servizi. La rapida e vorticosa diffusione di messaggi e contenuti sulla rete è veicolata tramite pagine web, social network, blog, e-mail, chat, ossia strumenti che indirizzano la comunicazione verso destinatari potenzialmente illimitati. Internet non è solo un mezzo di manifestazione del pensiero ma un ambiente dinamico e sconfinato in cui l'individuo svolge la sua personalità e coltiva la sua socialità.

Ed è proprio tale connaturata capacità diffusiva che impone la ricerca di un adeguato sistema di regole su diritti e doveri di chi la utilizza volta alla realizzazione di un

“Internet Bill of rights”¹⁷ che evidenzi la natura multilivello dei diversi interessi coinvolti dal web e ne codifichi i principi costitutivi.

È indispensabile far sì che una pluralità di attori, ai livelli più diversi, possa dialogare e mettere a punto regole comuni, secondo un modello definito appunto multistakeholder e multilevel. Soggetti diversi, a livelli diversi, con strumenti diversi negoziano e si legano con impegni reciproci per individuare e rendere effettivo un patrimonio comune di diritti. Dunque, conformemente alla natura della rete, caratterizzata *in primis* dalla massimizzazione dell’interazione, il riconoscimento di principi e diritti deve essere frutto di un processo di partecipazione *omnibus*, e dunque di una molteplicità di soggetti che grazie alla rete e alle nuove tecnologie possono comunicare e confrontarsi con facilità senza vincoli spazio-dimensionali.

L’introduzione di una “Carta costituzionale della rete” faciliterebbe un bilanciamento tra libertà e responsabilità anche in Internet, scongiurando il rischio di posizioni dominanti, di prevaricazioni dei più forti sui più deboli, di applicazione a intermittenza dei principi democratici e di soverchianti condizionamenti nella circolazione di informazioni indispensabili per la crescita del sistema Paese e per la compattezza del corpo sociale.

I primordi di un’aspirazione alla Carta dei diritti in Internet risalgono ad un’iniziativa dell’ONU che si è consolidata nell’ Internet Governance Forum¹⁸.

Una spiccata sensibilità all’argomento in esame è stata mostrata anche a livello internazionale e nell’aprile del 2014, il Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa ha assunto una Raccomandazione contenente la Guida ai Diritti Umani di Internet, con l’obiettivo di far conoscere agli internauti i diritti azionabili on-line e tutti gli strumenti a loro disposizione per difendersi in caso di violazione di tali diritti. Per quanto riguarda i rimedi giurisdizionali in caso di violazioni dei diritti

¹⁷ Stefano Rodotà, Una Costituzione per Internet?, in "Politica del diritto" 3/2010, pp. 337-352, doi: 10.1437/32850 https://www.unite.it/UniTE/Engine/RAServeFile.php/f/File_Prof/SCIANNELLA_2796/Rodota_Costituzione_Internet.pdf

¹⁸ La creazione dell’**Internet Governance Forum** (IGF) è stata uno dei risultati più significativi dell’*World Summit On Information Society* (WSIS), tenutasi a Tunisi dal 16 al 18 novembre 2005. Rappresenta uno strumento multilaterale nel quale vengono dibattuti i problemi riguardanti la Internet Governance. L’IGF non ha poteri decisionali, ma è teso in particolare a favorire la creazione di gruppi di lavoro aperti informali che elaborano proposte sulle diverse tematiche sottoposte all’attenzione dei partecipanti. L’adozione delle proposte è esclusivamente su base volontaria. In tale contesto, l’IGF quindi può quindi emanare Raccomandazioni. <http://www.isticom.it/index.php/internet-governance>

degli utenti della Rete, la Guida individua alcuni meccanismi di rivalsa nei confronti degli *Internet Service Provider* o presso i pubblici poteri o altri organi nazionali di difesa dei diritti umani. Tali ricorsi devono essere forniti a prezzi ragionevoli e accessibili a tutti ed avere una durata certa.¹⁹

Ma la svolta concreta, a livello delle singole normative nazionali si ha il 28 luglio 2014, quando l'allora presidente della Camera Laura Boldrini istituisce una Commissione²⁰ per redigere la “Carta dei diritti in Rete”²¹. L'8 ottobre 2014 viene presentata la prima bozza dell'“Internet Bill of Rights”, che viene immediatamente visionata dai 28 Stati membri dell'UE il 13 e 14 ottobre 2014 in occasione del semestre di presidenza italiana dell'UE, per il *summit* inerente i diritti fondamentali. La bozza, con l'obiettivo di promuovere una partecipazione collettiva e attingere a visioni nuove e differenti, è stata messa a disposizione della cittadinanza attraverso una vera e propria consultazione pubblica. Dopo tale indispensabile fase, il travagliato *iter* legislativo ha condotto alla stesura di 14 articoli:

1. Riconoscimento e garanzia dei diritti
2. Diritto di accesso
3. Diritto alla conoscenza e all'educazione in Rete
4. Neutralità della Rete
5. Tutela dei dati personali
6. Diritto all'autodeterminazione informativa
7. Diritto all'invulnerabilità dei sistemi, dei dispositivi e domicili informatici
8. Trattamenti automatizzati
9. Diritto all'identità
10. Protezione dell'anonimato

¹⁹ Raccomandazione CM/Rec (2014)6 e Motivazioni “I diritti umani e le libertà fondamentali si applicano in uguale misura offline e online. Tale principio comporta il rispetto dei diritti e delle libertà degli altri utenti di Internet. La presente Guida intende fornirvi informazioni e consigli per comprendere cosa significano nella pratica i vostri diritti nel contesto di Internet, come possono essere affermati ed esercitati, e come avere accesso alle vie di ricorso”

²⁰ La Commissione di studio in questione è di natura mista, composta nello specifico da 13 esperti e 10 deputati, presieduta da Stefano Rodotà. Gli esponenti chiamati a partecipare e a dare il loro contributo hanno a che fare con lo sviluppo tecnologico e con i diritti fondamentali. Tra i membri vi sono Massimo Russo direttore di Wired, Stefano Quintarelli, Antonio Palmieri, Lorella Zanardo, Luca De Biase (Il Sole 24 Ore).

²¹ Navarri Veronica, “Internet Bill of Rights”: un piccolo passo per l'uomo, un grande passo per l'umanità, <https://medium.com/argomenti-di-diritto-dei-media-digitali/internet-bill-of-rights-un-piccolo-passo-per-luomo-un-grande-passo-per-l-umanit%C3%A0-5442af2a3750>

11. Diritto all'oblio

12. Diritti e garanzie delle persone sulle piattaforme

13. Sicurezza in Rete

14. Governo della Rete

Fil rouge dei diversi articoli è la garanzia che anche nel mondo della rete siano riconosciuti, al pari di quanto enunciato dalla Carta di Nizza, diritti di dignità, libertà, uguaglianza, giustizia, che risulta lapalissiano nel momento in cui ci si sofferma ad analizzare nello specifico i diversi articoli che la compongono.²²

Assistiamo ad un primato delle libertà fondamentali della persona su quelle economiche, senza tuttavia trascurare la necessità di un bilanciamento di valori ispirato ai criteri della proporzionalità, necessità e pari dignità che la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha nel corso degli anni consolidato, di conseguenza ogni limitazione ai diritti in rete deve essere esplicitamente previsto dalla legge e attuato su ordine dell'autorità giudiziaria.

Siamo dunque di fronte a un esempio di *soft law* volta ad una definizione giuridica dei diritti e dei doveri in Rete. La Carta (prima del genere ad essere stata prodotta nel mondo a livello istituzionale) proclama i diritti dell'utente digitale: da quello di accesso fondamentale ad Internet che costituisce punto di partenza per il pieno sviluppo individuale e sociale, a quello alla conoscenza ed alla consultazione in Rete.

Il diritto all'accesso (art 2), presenterebbe le fattezze di un diritto sociale²³, ma che è al tempo stesso servizio universale al pari del diritto alla salute a all'istruzione e che le istituzioni nazionali sono tenute a garantire ai cittadini attraverso investimenti

²² Art.1: Sono garantiti in Internet i diritti fondamentali di ogni persona riconosciuti dalla Dichiarazione universale dei diritti umani delle Nazioni Unite, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, dalle costituzioni nazionali e dalle dichiarazioni internazionali in materia. 2. Tali diritti devono essere interpretati in modo da assicurarne l'effettività nella dimensione della Rete. 3. Il riconoscimento dei diritti in Internet deve essere fondato sul pieno rispetto della dignità, della libertà, dell'eguaglianza e della diversità di ogni persona, che costituiscono i principi in base ai quali si effettua il bilanciamento con altri diritti.

https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/commissione_internet/dichiarazione_dei_diritti_internet_publicata.pdf

²³ Diritto sociale ovvero obbligo incombente sui pubblici poteri, di garantire i mezzi materiali al singolo per accedere alla banda larga e alla connessione veloce, ora un'estrinsicazione del diritto alla neutralità della Rete in quanto garanzia dell'accesso ai contenuti on-line al riparo da interventi del fornitore del servizio o della pubblica autorità. Nel primo caso si potrebbe parlare di un "diritto di accesso ai servizi di Rete", nel secondo di un "diritto di accesso ai contenuti on-line"

statali, politiche sociali ed educative²⁴. Proprio perché servizio universale per accesso alla Rete non s'intende solo la possibilità di collegarsi alla medesima, bensì anche un superamento del *digital divide*²⁵ e dunque garantire sotto il profilo dell'uguaglianza un libero utilizzo di Internet.

Fondamento costituzionale di tale diritto potrebbe essere rinvenuto dall'art.2 della Costituzione, considerando la Rete alla stregua di una "formazione sociale"²⁶ ove si sviluppa la sua personalità individuale e sociale.

Un'altra parte della dottrina sottolinea che il diritto di accesso a internet costituisce una libertà fondamentale il cui esercizio è funzionale all'esercizio di altri diritti e libertà costituzionali, quali la libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost. e il diritto al «pieno sviluppo della persona umana» e «all'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» di cui all'art. 3 Cost. e alla libertà di impresa di cui all'art. 41 Cost.²⁷

Il richiamo di cui al secondo comma dell'art. 3 Cost. costituirebbe, in tal senso, uno strumento chiave a sostegno del citato superamento del digital divide e dunque strumento atto a fronteggiare il rischio di una "Rete per pochi" e di nuove disuguaglianze.

In realtà un riconoscimento del diritto all'accesso a internet si potrebbe avere attraverso un'interpretazione estensiva dell'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che prevede che in via generale ogni individuo ha diritto alla libertà di espressione, inclusa la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza ingerenze da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera.

²⁴ "Al riguardo già le disposizioni del Codice dell'amministrazione digitale delineano una sorta di statuto del cittadino digitale, che ha il diritto di pretendere dai pubblici uffici l'interazione in modalità digitale, a cui corrisponde l'obbligo dell'amministrazione di adeguarsi sotto il profilo tecnico e organizzativo per soddisfare la richiesta dell'utente" Mensi, Maurizio, P. Falletta, e Eugenio Albamonte. *Il diritto del web*. Seconda edizione. Milano: Wolters Kluwer, 2018..

²⁵ cioè il divario tecnologico fra le diverse generazioni e i contesti economici e sociali. Si tratta di un divide che evidenzia una realtà composta per lo più di analfabeti digitali, per anagrafe o censo, che attualmente non consente alla Rete di estendersi con la dovuta uniformità e generalità.

²⁶ Art.2 Cost: La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

²⁷ Rodotà, Stefano. *Il diritto di avere diritti* Roma; GLF Editori Laterza, 2012.

Sempre sotto il profilo della libertà costituzionale di manifestazione del pensiero può intendersi secondo quello che l'art. 19 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo dell'Onu ha indicato: *«cercare, ricevere, diffondere con qualunque mezzo di espressione, senza considerazione di frontiere, le informazioni e le idee»*. Con riferimento altri principi enucleati all'interno della Carta dei diritti di Internet possiamo attribuire particolare rilevanza alla *net-neutrality*, cioè il diritto alla ricerca e utilizzo di dati su Internet senza discriminazioni, restrizioni o interferenze in relazione al mittente, al ricevente, al tipo o al contenuto dei dati; la tutela della privacy intesa come protezione dei dati dei quali si è titolari; il diritto all'autodeterminazione informativa; il divieto di trattamenti automatizzati di dati personali nell'ambito di decisioni destinate a incidere nella sfera delle persone; il diritto all'identità, cioè alla libera costruzione della personalità; la protezione dell'anonimato; il diritto all'oblio, cioè alla de-indicizzazione dai motori di ricerca di link contenenti informazioni non più attuali o non più rilevanti, la sicurezza in Rete come interesse pubblico e il governo della Rete inteso quale diritto di ogni persona di vedere riconosciuti i propri diritti in Internet.

Nella Carta rimangono invece soltanto sullo sfondo i doveri connessi con l'utilizzo della Rete.

Pericoli di manipolazione, responsabilizzazione dei colossi del Web e degli utenti affinché le loro condotte siano rispettose del diritto d'autore, sono queste alcune delle sfide che la Carta dei diritti di Internet non affronta.

Soprattutto con riferimento al diritto d'autore, di fronte un variegato quadro di potenzialità applicative nel nuovo contesto sociale, sarebbe stato più idoneo un esplicito riconoscimento di tutela.

Assistiamo ad una crescita esponenziale di piattaforme di distribuzione di contenuti che contribuiscono allo sviluppo di culture partecipative, innovando le occasioni di produzione digitale che vanno dalla condivisione di informazioni a quelle che sono le nuove pratiche di intrattenimento (che si stanno con prepotenza sostituendo ai tradizionali strumenti di accesso ai contenuti) ma offrono ampio spazio di elusione del diritto d'autore.

Alla stregua di tali considerazioni possiamo capire come le nuove tecnologie, il diffondersi della Rete, i nuovi modi di comunicare ed interagire abbiano messo a dura prova lo strumentario giuridico tradizionale, ponendo problematiche complesse sulla necessità di prevedere specifiche regole in tema di proprietà intellettuale legate alle innovazioni tecnologiche.

1.3. User generated content

Il discostarsi dell'opera di ingegno da quello che è il suo supporto materiale e il proliferare di Internet quale strumento di diffusione di contenuti ha dato piede al fenomeno dell' *user generated content*, configurando così un nuovo soggetto nell'ambito del diritto d'autore.

Il passaggio dalla "read only culture" alla "read-write culture" permette a contenuti già esistenti di essere input per la creazione di nuove opere.²⁸

Tale espressione inizia a diffondersi intorno al 2005 parallelamente all'evolversi delle piattaforme online in cui viene data agli utenti l'opportunità di creare e condividere contenuti, contenuti che sono disancorati da quello che è il circuito professionale.

Il crescente diffondersi di piattaforme alternative per la distribuzione di contenuti, dagli originari YouTube, Facebook, Twitter ad oggi con il fenomeno *Twitch* e *Tik Tok*, hanno permesso l'emersione di culture partecipative. Ciò ha incentivato la sperimentazione di nuovi aggregatori sociali basati sulla condivisione di informazioni e pratiche di intrattenimento, innovando le occasioni di produzione culturale.

Gli utenti più avanzati non aspettano più che qualcuno li inviti a trasformare un prodotto in una piattaforma sulla base della quale sviluppare le proprie innovazioni. Piuttosto danno vita a community di prosumer²⁹ nell'ambito delle quali condividono

²⁸ Cfr. Scialdone, Marco. *La tutela giuridica degli user generated content* Roma: Il mio libro, 2018.

²⁹ Si tratta di una crasi dei termini *producer* e *consumer* che indica un consumatore che è a sua volta produttore o, nell'atto stesso che consuma, contribuisce alla produzione. Da enciclopedia Treccani https://www.treccani.it/enciclopedia/prosumer_%28Enciclopedia-della-Scienza-e-della-Tecnica%29/

tutte le informazioni relative ai prodotti, collaborano alla realizzazione di progetti personalizzati.

È stato tradizionalmente difficile per i commentatori dare una definizione esatta di *User generated content* (UGC) e anzi possiamo notare come nel tempo sono mutate quelle che sono le sue caratteristiche.

Nel report OCSE (Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico) del 2007 “*Participative Web: User-Generated-Content*”³⁰ sono stati evidenziati i tratti somatici degli UGC: 1) l’essere contenuti messi a disposizione del pubblico tramite la Rete Internet (sono quindi esclusi contenuti diffusi tramite posta elettronica, chat e simili.) 2) deve riflettere un certo grado di sforzo creativo, e 3) che siano creati al di fuori delle pratiche e delle routine professionali, dunque l’ e-content può essere frutto di soggetti non professionisti che operano senza l’attesa di un profitto o di una remunerazione.

La creatività rappresenta un requisito fondamentale, soprattutto al fine di distinguere il fenomeno da quello del semplice caricamento di contenuti.

Le motivazioni che spingono gli utenti a generare nuovi contenuti possono essere sottese a scopi filantropistici, autoaffermazione oppure ancora al fine di creare un vincolo di appartenenza con quella che è la community.

Nel 2013 Ofcom (Office of Communications)³¹ nel suo rapporto “The value of User-generated content” suggerisce nuove caratteristiche per l’UGC ritenendo la precedente formulazione dell’OSCE non più attuale rispetto al mutato contesto sociale. Basti pensare che all’epoca della definizione formulata dall’OCSE piattaforme social come Facebook erano appena decollate e Twitter aveva solo un anno e di vita mentre altre piattaforme come Instagram, Spotify e Netflix non erano ancora state lanciate.

Ofcom giungerà quindi a definire l’UGC come:

³⁰ DSTI/ICCP/IE (2006)7/FINAL Questo studio descrive la rapida crescita di UGC, il loro ruolo crescente nella comunicazione mondiale e evidenzia le implicazioni politiche.

³¹ Ofcom è un’ autorità indipendente competente e regolatrice per le società di comunicazione nel Regno Unito

- Uno sforzo che conduce alla creazione di un contenuto multimediale: testo, immagini, video, audio, giochi, dati / metadati o codice del computer o qualsiasi combinazione di queste.
- Contenuti disponibili al pubblico mediante piattaforme online o connesse
- L'attività di produzione del contenuto, pur non essendo prettamente amatoriale, non rappresenta la principale fonte di reddito o guadagno per l'autore

Risulta evidente come, dunque, l'attività dell'UGC non sia più circoscritta negli angusti confini dell'amatorialità ma possa essere frutto anche di un'attività professionale.

Se, infatti, per la prima metà della vita del web, la maggior parte dei contenuti è stata realizzata su base amatoriale o pro-amatoriale, fattori quali la diffusione della banda larga, di dispositivi come smartphone e tablet e l'emergere di strumenti e software economici (o gratuiti) e intuitivi per i consumatori hanno contribuito affinché “*UGC practice becoming a mainstream activity*”³².

La produzione di UGC è quindi legata all'espansione di nuove tecnologie della comunicazione, sempre più accessibili e a basso costo e di strumenti di manipolazione che consentono di trasformare opere esistenti dando luogo a “variazioni sul tema”.

A partire dal 2007, i titolari del diritto d'autore e i Service provider che forniscono contenuti audio e video caricati dagli utenti e generati dagli utenti ("Servizi UGC") hanno collaborato per identificare una serie di principi che costituissero una linea guida per gli utenti della rete e che permettessero la crescita e lo sviluppo di contenuti generati dagli utenti online e il rispetto della proprietà intellettuale dei proprietari dei contenuti. Unendosi attorno a questi Principi, i titolari del *copyright* e i servizi UGC riconoscono di condividere diversi obiettivi importanti quali: l'eliminazione di contenuti illeciti sui servizi UGC, l'incoraggiamento del caricamento di audio e video generati dall'utente completamente originali o

³² Rapporto, realizzato da Turner Hopkins, sui contenuti generati dagli utenti (UGC) online. Il rapporto prende in considerazione il valore di UGC per il Regno Unito, le opportunità che presenta e le implicazioni che ne derivano per i responsabili politici, incluso Ofcom in qualità di regolatore delle comunicazioni del Regno Unito. Lo studio è rilevante per il dovere di Ofcom di promuovere gli interessi dei cittadini e dei consumatori, e per uno scopo strategico delineato nel Piano annuale di Ofcom 2013/14 di "promuovere le opportunità di partecipazione". <https://www.ofcom.org.uk/research-and-data/internet-and-on-demand-research/internet-use-and-attitudes/user-generated-content>

autorizzati, la sistemazione di un uso corretto dei contenuti protetti da copyright sui Servizi UGC e la protezione degli interessi legittimi della privacy degli utenti.³³

Al fine di tutelare i diversi interessi in gioco le parti si impegnavano a sostenere l'implementazione di tecnologie di filtraggio all'avanguardia con l'obiettivo di eliminare i contenuti in violazione dei servizi UGC, incluso il blocco dei caricamenti illeciti prima che siano resi disponibili al pubblico e utilizzare regolarmente la tecnologia per rimuovere i contenuti illeciti caricati prima potessero essere bloccati. Dunque, l'adozione di strumenti che scorragino *ab initio* il caricamento di contenuti illeciti.

Tuttavia, risulta ancora poco chiaro il livello di apporto creativo che l'utente deve dare affinché si possa considerare il contenuto da lui creato, e quindi quale sia quella sottile linea di demarcazione per intuire quando ci si trovi di fronte o meno ad una violazione del diritto d'autore. Si pensi alle *Fan Fiction*³⁴ o agli *Anime Music Video*³⁵, *Videogames* ed in generale all'uso dei *software* di *editing* audio/video per creare nuovi contenuti. Ci si interroga se essi debbano essere considerati "atti di pirateria" oppure nuove forme di espressione da far rientrare nel novero delle eccezioni al diritto d'autore inquadrando nella libertà di manifestazione oppure di satira e critica.

Orbene, concentrandoci su un'analisi giuridica del fenomeno appare evidente come ad esso si colleghino una serie di problematiche di diritto d'autore e di potenziale conflitto con tale nuova modalità di manifestazione del pensiero.

Le difficoltà emergono soprattutto nel momento in cui si parla di tecnologie di filtraggio e dunque delle misure tecnologiche di protezione che comportano

³³ Per una più approfondita conoscenza: <https://ugcprinciples.com/>

³⁴ Una **fanfiction**, è un'opera scritta dai fan prendendo come spunto le storie o i personaggi di un'opera originale, sia essa letteraria, cinematografica, televisiva, o appartenente a un altro medium espressivo. La diffusione delle fan fiction comincia negli anni 2000 ma è tuttavia esplosa con l'arrivo di Internet grazie al basso (o nullo) costo di pubblicazione e diffusione di tali contenuti. Tali opere vengono spesso ideate dai fan per fornire una propria visione della storia, creando situazioni che si inseriscono nella continuità in un momento precedente o successivo alla trama dell'opera originale, oppure inserite nel corso della trama stessa, con l'intento di "completare" parti che non erano state approfondite dagli autori originali. In altri casi i fan si divertono anche a creare situazioni alternative alla storia, in modo da utilizzarle anche come spunti per criticare e parodiare il racconto. <https://it.wikipedia.org/wiki/Fanfiction>

³⁵ filmati di breve durata, di carattere amatoriale, costituiti da una musica montata su immagini e video tratti da anime. Attraverso il video editing l'autore del filmato combina il video con un brano musicale di sua scelta, al fine di creare un vero e proprio videoclip. Tuttavia, trattandosi di opere che manipolano altre opere audio e video originali coperte dal diritto d'autore, se non debitamente autorizzati gli AMV sono illeciti.

rimozione, oscuramento o blocco di contenuti andandosi contrapporre con quello che è il diritto di accesso, di informazione, di critica. Dunque bisognerà focalizzarsi su quali sono i limiti entro i quali l'utente si può muovere e dunque le "eccezioni" al diritto d'autore, le misure di filtraggio che l'ISP è tenuto ad adottare al fine di evitare violazioni e quale sia la sua responsabilità tanto nei confronti del titolare del diritto d'autore quanto nei confronti dell'utente, che può vedersi rimosso un contenuto lecito poiché rientrante nel novero delle eccezioni ma che una macchina non è in grado di comprendere ed elaborare.

2. L'evoluzione della tutela del diritto d'autore in ambiente digitale: la struttura multilivello delle fonti

2.1. Disamina delle principali Convenzioni internazionali

L'evoluzione tecnologia ha inevitabilmente avuto un impatto sul modo di creare e fruire delle opere, ed inevitabilmente a tale progresso evolutivo ha dovuto seguire un cambiamento di quella che è la normativa internazionale, comunitaria e nazionale.

Il diritto d'autore non può essere inquadrato alla stregua della singola normativa nazionale dato che la Rete ha permesso all'opera digitalizzata di diffondersi senza vincoli di spazio e di tempo, raggiungendo un numero illimitato di utenti. Il sistema nazionale deve dunque essere esaminato prendendo in considerazione il contesto sovranazionale delle regole derivanti dall'Unione europea e dagli obblighi assunti mediante i trattati internazionali.

L'attenzione internazionale verso il diritto d'autore *online* è risultato di due legittimi interessi: da un lato vi è l'interesse dell'autore che vuole che la sua opera sia tutelata ma anche conosciuta ed Internet incrementa tale fattore, dall'altro lato vi è l'interesse della collettività verso un libero accesso alla conoscenza e alle informazioni da sempre riconosciuto dalle Costituzioni nazionali e dai Trattati internazionali.

Il diritto d'autore non ha mai smesso di essere oggetto di continui aggiornamenti. A livello internazionale un primo riconoscimento del valore della proprietà intellettuale si ha con la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 48' ove l'art. 27 sancisce *“Ogni individuo ha diritto di prendere parte liberamente alla vita culturale della comunità, di godere delle arti e di partecipare al progresso scientifico ed ai suoi benefici. Ogni individuo ha diritto alla protezione degli interessi morali e materiali derivanti da ogni produzione scientifica, letteraria e artistica di cui egli sia autore.”* Anche in quella che è *“Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali”* firmata nel 1950 dai Paesi fondatori del Consiglio d'Europa, pur non facendosi esplicito riferimento al diritto d'autore possiamo notare come esso sia ugualmente tutelabile nel momento in cui si prende in considerazione la libertà di espressione che è fondamento per la creazione di una qualsiasi opera.³⁶

Una delle più antiche fonti del diritto d'autore può essere considerata la Convenzione di Berna³⁷(CUB) per la protezione delle opere letterarie e artistiche, accordo internazionale che stabilisce per la prima volta un riconoscimento reciproco del diritto d'autore tra le nazioni aderenti³⁸ animate dal desiderio di proteggere nel modo più efficace ed uniforme possibile i diritti degli autori sulle loro opere letterarie ed artistiche. Le Fondamenta della Convenzione sono: il principio di assimilazione o principio del trattamento nazionale (un'opera straniera deve godere della stessa protezione garantita ad un'opera nazionale), il principio dell'indipendenza e il principio della tutela automatica³⁹(non è necessario nessun

³⁶ Cfr. Sirotti Gaudenzi, Andrea, and Patrizio Menchetti. Il nuovo diritto d'autore: la tutela della proprietà intellettuale nella società dell'informazione: con formulario e giurisprudenza on line: opere letterarie, musicali, figurative, fotografie e immagini, format radiotelevisivi, software, banche dati, opere multimediali, biblioteche e istituti culturali, giornalismo, l'attività della SIAE alla luce della riforma del 2017: aggiornato alla L. 4 dicembre 2017, n. 172, di conversione del D.L. 148/2017 10. ed. Santarcangelo di Romagna (RN): Maggioli, 2018. Pag.64-66

³⁷ Il testo originario ha subito nel corso degli anni numerose modifiche, a partire dall'Atto addizionale di Parigi del 4 maggio 1896, per poi proseguire con l'Atto di Berlino del 13 novembre 1908, l'Atto di Roma del 20 marzo 1914, l'Atto di Bruxelles del 26 giugno 1948, l'Atto di Stoccolma del 14 luglio 1967 e l'Atto di Parigi del 24 luglio 1971. La Convenzione è stata ratificata nel nostro ordinamento con la legge 20 giugno 1978, n. 399.

³⁸ Prima dell'adozione della convenzione, le nazioni spesso si rifiutavano di riconoscere sul materiale di nazioni straniere il diritto d'autore. Così per esempio un lavoro pubblicato a Londra da un cittadino britannico era tutelato nel Regno Unito ma liberamente riproducibile in Francia e viceversa. La convenzione di Berna nasceva quindi con il principale intento di proteggere in maniera uniforme ed efficace i diritti degli autori

³⁹ Convenzione di Berna Art. 5: 1) Nei Paesi dell'Unione diversi da quello di origine dell'opera gli autori godono, relativamente alle opere per le quali sono protetti in forza della presente Convenzione, dei diritti che le rispettive leggi

adempimento formale, ad es. la registrazione, benché i singoli Stati siano comunque liberi di richiederle). La Convenzione affronta il tema centrale dei diritti esclusivi da riconoscersi agli autori e le ipotesi nelle quali essi debbano incontrare specifiche limitazioni in ragione delle esigenze della collettività alla fruizione dell'informazione e del sapere⁴⁰.

Successivamente nel settembre del '52 venne firmata a Ginevra la Convenzione universale del diritto d'autore⁴¹ (CUA), che rappresenta il primo passo verso un'uniformità globale delle norme regolatrici del diritto d'autore affinché la loro valenza si estendesse anche verso Stati che non avevano abbracciato la Convenzione di Berna.

La Convenzione disciplinava un sistema di protezione delle opere letterarie, scientifiche ed artistiche di tutti i paesi, caratterizzato da una valenza universale, per assicurare il rispetto della persona e per rendere più facile la divulgazione delle opere dell'ingegno. Tutto questo affiancato ovviamente dai sistemi internazionali già in vigore, per assicurare lo sviluppo di discipline letterarie, scientifiche ed artistiche e per una migliore comprensione internazionale.

Alla luce di tale convenzione risulta ancora più evidente come la disciplina autoriale sia espressione di interessi contrapposti, coerentemente alla sua triplice funzione culturale, distributiva e sociale⁴².

attualmente conferiscono o potranno successivamente conferire ai nazionali, nonché dei diritti conferiti specificamente dalla presente Convenzione. 2) Il godimento e l'esercizio di questi diritti non sono subordinati ad alcuna formalità e sono indipendenti dall'esistenza della protezione nel Paese d'origine dell'opera. Per conseguenza, al di fuori delle clausole della presente Convenzione, l'estensione della protezione e i mezzi di ricorso assicurati all'autore per salvaguardare i propri diritti sono regolati esclusivamente dalla legislazione del Paese nel quale la protezione è richiesta. 3) La protezione nel Paese di origine è regolata dalla legislazione nazionale. Tuttavia l'autore, allorché non appartenga al Paese d'origine dell'opera per la quale è protetto dalla presente Convenzione, avrà, in questo Paese, gli stessi diritti degli autori nazionali

⁴⁰ In particolare un'ipotesi di eccezione è costituita dall'art 10: Sono lecite le citazioni tratte da un'opera già resa lecitamente accessibile al pubblico, nonché le citazioni di articoli di giornali e riviste periodiche nella forma di rassegne di stampa, a condizione che dette citazioni siano fatte conformemente ai buoni usi e nella misura giustificata dallo scopo.

2) Restano fermi gli effetti della legislazione dei Paesi dell'Unione e degli accordi particolari tra essi stipulati o stipulandi, per quanto concerne la facoltà d'utilizzare lecitamente opere letterarie o artistiche a titolo illustrativo nell'insegnamento, mediante pubblicazioni, emissioni radiodiffuse o registrazioni sonore o visive, purché una tale utilizzazione sia fatta conformemente ai buoni usi e nella misura giustificata dallo scopo. 3) Le citazioni e utilizzazioni contemplate negli alinea precedenti dovranno menzionare la fonte e, se vi compare, il nome dell'autore.

⁴¹ Fu introdotta principalmente come alternativa alla Convenzione di Berna per gli Stati che non vi aderivano, in particolare rappresentò un importante punto di incontro con gli Stati Uniti d'America e l'Unione Sovietica.

⁴² A tal fine si dedichi una lettura all'art 5 bis-ter-quarter dedicati ai Paesi in Via di Sviluppo per permettere in tali regioni del mondo la diffusione della conoscenza e del sapere

Per quanto riguarda i diritti connessi, fu firmata a Roma, nel 1961, la Convenzione internazionale relativa alla protezione degli artisti interpreti o esecutori, dei produttori di fonogrammi e degli organismi di radiodiffusione a cui seguirà la Convenzione per la protezione dei produttori di fonogrammi contro la riproduzione non autorizzata dei loro fonogrammi, stipulata a Ginevra nel 1971. Infatti, oltre la categoria dei diritti d'autore, che riconoscono all'autore facoltà esclusive di utilizzazione economica dell'opera, esistono una serie di diritti strettamente collegati attribuiti a chi, con la sua attività di impresa o con la propria creatività, interviene sull'opera medesima. Questi diritti, chiamati appunto "connessi" perché legati al diritto d'autore.

Alcuni precisi eventi hanno fatto sì che la Convenzione firmata a Ginevra fungesse da trampolino di lancio per il superamento della stessa a favore di un'importante evoluzione globale.

In seguito alla stipulazione di Convenzioni come CUB e CUA , nel 1967 a Stoccolma fu firmata la Convenzione istitutiva dell' «Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale» la WIPO meglio nota in Italia come OMPI (Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale), che nel '74 divenne un'agenzia specializzata presso l'Organizzazione delle Nazioni Unite, e successivamente, nel 1996, firmò un patto di cooperazione con la World Trade Organization (WTO)⁴³, espandendo il proprio ruolo e sottolineando sempre più la crescente importanza della proprietà intellettuale nel commercio internazionale.⁴⁴

Nata con lo scopo di incentivare l'attività creativa e promuovere la tutela della proprietà intellettuale nel mondo⁴⁵, nel '96 sarà promotrice di due importantissimi

⁴³ L'**Organizzazione mondiale del commercio** è un'organizzazione internazionale avente lo scopo di supervisionare gli accordi commerciali multilaterali a livello internazionale, in ambiti che si estendono non solo al commercio di beni ma anche ai servizi e agli aspetti commerciali della proprietà intellettuale.

⁴⁴Cfr. Sirotti Gaudenzi, Andrea, and Patrizio Menchetti. Il nuovo diritto d'autore: la tutela della proprietà intellettuale nella società dell'informazione: con formulario e giurisprudenza on line: opere letterarie, musicali, figurative, fotografie e immagini, format radiotelevisivi, software, banche dati, opere multimediali, biblioteche e istituti culturali, giornalismo, l'attività della SIAE alla luce della riforma del 2017: aggiornato alla L. 4 dicembre 2017, n. 172, di conversione del D.L. 148/2017 10. ed. Santarcangelo di Romagna (RN): Maggioli, 2018. Pg 64-73

⁴⁵ Art.3: L'Organizzazione si propone: i) di promuovere la protezione della proprietà intellettuale nel mondo attraverso la cooperazione tra gli Stati, collaborando, ove occorra, con qualsiasi altra organizzazione internazionale, ii) di realizzare la cooperazione amministrativa tra le Unioni

Art 4:Al fine di conseguire lo scopo definito nell'articolo 3, l'Organizzazione, mediante i suoi organi competenti e riservata la competenza di ciascuna Unione: i) si adopera a promuovere l'adozione di provvedimenti intesi a migliorare la

trattati il *WIPO Copyright Treaty (WCT)* e il *WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT)*, frutto del costante sforzo dell'OMPI di ricercare soluzioni normative in materia di proprietà intellettuale condivisibili da un numero crescente di soggetti ma in particolare volte ad un adeguamento della materia per rispondere alle nuove sfide e rischi connessi alla società dell'informazione.

Infatti, è con l'avvento della società dell'informazione che le possibilità di sfruttamento delle opere dell'ingegno nell'ambiente digitale non conoscono confini nazionali con la conseguenza che diventerà impellente la necessità di un'uniformazione giuridica. A tali problematiche cercheranno dunque di dare risposta i due trattati OMPI.

2.2. Dai Trattati OMPI del 1996 alla Direttiva 2001/29 CE

La continua espansione della Rete e lo sviluppo incalzante delle nuove tecnologie ha aperto un dibattito circa l'interazione di tali strumenti con quello che era il diritto d'autore. La Rete infatti aveva originato una nuova modalità di interazione con i contenuti autoriali che aveva condotto al proliferare di nuova creatività. Si ravvisano dunque due diversi approcci al diritto d'autore: da un lato si mette in evidenza come questo sia impellente e fondamentale per gli autori poiché la consapevolezza di essere tutelati sprona l'estro creativo e dunque la produzione letteraria ed artistica ma al tempo stesso si riconosce l'esigenza di permettere ad altri soggetti di utilizzare tali opere quali *input* di nuova creatività.

protezione della proprietà intellettuale nel mondo e ad armonizzare le legislazioni nazionali in questo campo; ii) cura i servizi amministrativi dell'Unione di Parigi, delle Unioni particolari costituite in relazione alla medesima e dell'Unione di Berna; iii) può accettare di assumere l'amministrazione relativa all'attuazione di qualsiasi altro impegno internazionale, inteso a promuovere la protezione della proprietà intellettuale, o di partecipare a tale amministrazione; iv) incoraggia la conclusione di qualsiasi impegno internazionale inteso a promuovere la protezione della proprietà intellettuale; v) offre la sua cooperazione agli Stati che le domandano un'assistenza tecnico-giuridica nel campo della proprietà intellettuale; vi) riunisce e diffonde le informazioni sulla protezione della proprietà intellettuale, effettua e incoraggia gli studi in questo campo e ne pubblica i risultati; vii) cura i servizi che facilitano la protezione internazionale della proprietà intellettuale e, se è il caso, procede alle pertinenti registrazioni e pubblica le indicazioni relative alle medesime; viii) prende ogni altro opportuno provvedimento.

L'esigenza di un nuovo punto di equilibrio tra il diritto autoriale e altri diritti parimenti meritevoli di tutela spingerà⁴⁶ nel 1996 l'OMPI verso una modernizzazione della Convenzione di Berna ormai divenuta insufficiente dato il coinvolgimento crescente di un numero maggiore di Stati portatori di interessi diversi e talvolta confliggenti.

La convenzione di Berna risulta infatti di difficile adeguamento al mutato contesto sociale data la presenza dell'art 27 comma 3 il quale prevede l'unanimità delle parti firmatarie per apportare modifiche alla Convenzione.

Un escamotage sarà dunque costituito dall'art 20⁴⁷ della Convenzione medesima. Se infatti per apportare modifiche è necessaria l'unanimità ciò non toglie agli Stati la possibilità di adottare nuovi accordi multilaterali e sarà proprio sulla base dell'art 20 che verrà adottato il *WIPO Copyright Treaty (WCT)*.

Il WCT, lascia impregiudicata Berna e i diritti e obblighi da essa derivanti, diventando espressione di un miglioramento ed evoluzione della stessa.

Il trattato riprende in molti punti quella che è la normativa dei *TRIPs*⁴⁸

Motivi ispiratori di tale trattato sono la consapevolezza di andare alla ricerca e creazione di nuovi rimedi più adatti a fronteggiare le nuove forme di aggressione del diritto d'autore correlate all'evoluzione tecnologica.

L'art 2 del WCT va dunque a sancire quella che è la definizione dell'oggetto del diritto d'autore "*La protezione del diritto d'autore copre le espressioni e non le idee, i procedimenti, i metodi di funzionamento o i concetti matematici in quanto tali*".

Ad essi poi grazie l'artt. 4 e 5 si aggiungeranno anche i programmi per elaboratore

⁴⁶ Cfr. Preambolo trattato WIPO Copyright Treaty (WCT)

⁴⁷ I Governi dei Paesi dell'Unione si riservano il diritto di concludere tra loro accordi particolari, in quanto questi conferiscano agli autori diritti più estesi di quelli concessi dalla Convenzione, ovvero contengano altre stipulazioni che non siano in contrasto con la presente Convenzione. Rimangono applicabili le disposizioni degli accordi esistenti che soddisfino le condizioni precitate.

⁴⁸ Accordo concluso nel quadro dell'Uruguay Round, ufficializzato dal GATT nel 1994, quale allegato all'accordo istitutivo della World Trade Organization (WTO/OMC). L'accordo ha il fine di armonizzare le disposizioni in materia di proprietà intellettuale tra i vari Paesi aderenti alla WTO. Nello specifico, estende l'applicazione dei principi fondamentali del GATT alla protezione dei diritti di proprietà intellettuale e rinvia, per la disciplina sostanziale, ai principali accordi internazionali già vigenti in materia. detta disposizioni specifiche per i singoli diritti di proprietà intellettuale, allo scopo di creare un quadro normativo di riferimento comune, che permetta di evitare le distorsioni sul commercio internazionale, provocate dall'esistenza di una pluralità di legislazioni nazionali e di livelli differenti di protezione di tali diritti. Ai contraenti spetta inoltre l'obbligo di fornire adeguati rimedi, nelle rispettive legislazioni nazionali, per assicurare l'effettivo rispetto di tali diritti in favore sia dei propri cittadini sia degli stranieri. Dall'Enciclopedia Treccani, alla voce Accordi TRIPs https://www.treccani.it/enciclopedia/trips_%28Dizionario-di-Economia-e-Finanza%29/

e le banche dati. Il trattato cerca dunque, almeno a livello concettuale, di creare uniformità tra gli Stati aderenti.⁴⁹ La parte centrale rappresenta il contenuto del diritto che ricomprende il diritto di distribuzione⁵⁰, noleggio (limitato a determinate opere), comunicazione e messa a disposizione del pubblico ovvero il diritto di autorizzare ogni forma di comunicazione al pubblico via filo o via etere, ricomprendendo attraverso un'interpretazione estensiva anche la Rete, e quindi i servizi on-demand e i servizi di comunicazione interattiva, in modo tale che *"chiunque possa liberamente accedervi da un luogo o in un momento di sua scelta"*.

Ad ogni diritto esclusivo sono poi collegate eccezioni e limitazioni dando possibilità agli Stati di introdurne di nuove a condizione che siano in ogni modo rispettose del principio del *"three step test"* introdotto dall'art 9 della Convenzione di Berna. Ma la parte sicuramente più innovativa sarà quella degli obblighi gravanti sulle parti firmatarie di garantire gli appena menzionati diritti. Alla luce di ciò risulta particolarmente avanguardistico l'art 11 dove per la prima volta fanno ingresso le *"misure tecnologiche di protezione"* intendendosi per tali tutte quelle tecnologie, dispositivi o componenti che sono destinati a impedire o limitare atti non autorizzati dai titolari dei diritti sull'opera o dalla legge.

L'articolo lascia ampi margini di manovra agli stati vincolandoli esclusivamente sul risultato da conseguire.

Al Trattato OMPI sul diritto d'autore si affianca il *WIPO Performances and Phonograms Treaty* (WPPT), il trattato sui diritti degli artisti interpreti ed esecutori e dei produttori di fonogrammi, finalizzato all'aggiornamento della Convenzione di Roma. Possiamo considerare la WCT e WPPT complementari tra di loro, cosa che si evince dal combinato disposto dell'art. 1 e 2 WPPT laddove si afferma che *"nessuna disposizione del presente trattato potrà essere interpretata come lesiva della protezione accordata al diritto d'autore sulle opere letterarie ed artistiche"*.

⁴⁹ l'art. 22 WPC, esclude espressamente l'apponibilità di riserve al trattato

⁵⁰Marzano, Paolo. *Diritto d'autore e digital Technologies: il digital copyright nei Trattati OMPI, nel DMCA e nella normativa comunitaria* Milano: Giuffrè, 2005. L'Autore descrive dettagliatamente il percorso evolutivo del diritto d'autore dalle prime convenzioni al D.lgs. 68/2003 che ha attuato in Italia la Direttiva 2001/29.

L'avanzamento tecnologico ha avuto un impatto considerevole sulla produzione e utilizzazione delle interpretazioni, esecuzioni e dei fonogrammi, necessitando tali elementi di una più attenta tutela da andare a bilanciare con il generale interesse pubblico temi quali: insegnamento, ricerca e accesso all'informazione.

Portata innovativa è costituita dall'art. 2 WPPT che introduce una nuova definizione di "artisti interpreti ed esecutori" più ampia rispetto a quella della Convenzione di Roma, che non fa ad esempio menzione delle espressioni folcloristiche. Vi è poi l'introduzione della definizione di "fissazione" non menzionata dalla Convenzione di Roma, dove per tale si intende l'incorporazione di un suono o rappresentazione su un supporto che ne consenta la riproduzione o comunicazione al pubblico. Anche in tale trattato trova applicazione il principio del cd. trattamento nazionale.

Al II capo del WPPT troviamo disciplinati i "diritti degli artisti interpreti e degli artisti esecutori", ai quali vengono riconosciuti diritti morali⁵¹, con conseguente obbligo di essere menzionati nelle utilizzazioni e possibilità di opporsi a deformazioni, mutilazioni o modificazioni che arrechino pregiudizio alla loro reputazione.

L'art. 6 concerne invece i diritti patrimoniali ovvero il diritto esclusivo di autorizzare la radiodiffusione dell'interpretazione dal vivo o di autorizzarne la registrazione. Al pari di quanto avviene nel WCT anche qui abbiamo il riconoscimento di diritto di distribuzione, noleggio e comunicazione al pubblico.

Al capo III rinveniamo i diritti del produttore di fonogrammi che costituisce un corpus identico a quello del capo II fatta eccezione per i diritti morali.

Ciononostante possiamo vedere come tali Trattati puntano ad una certezza del diritto d'autore nel medio tempore, configurandosi come "reazione" alle tecnologie digitali e non come nuova base normativa data la portata generale delle formulazioni utilizzate dovuta al *gap* di conoscenze nel nuovo contesto digitale i cui confini all'epoca non erano ancora ben chiari e non si sapeva quale portata avrebbero potuto assumere nel futuro. Tali trattati verranno poi recepiti rispettivamente negli Stati Uniti con il *Digital Millenium Copyright act*, mentre in Europa con la Direttiva 29

⁵¹ Art 5 WPPT

del 2001, *sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione*.

Quest'ultima in particolare rappresenta il primo intervento normativo adottato dall'Unione per regolare la materia del diritto d'autore e i diritti connessi in relazione allo sviluppo di Internet e dei nuovi servizi digitali e rappresenta un punto di svolta all'interno di un lungo e laborioso processo iniziato nel 1998, con un primo Libro Verde "Il diritto d'autore e le sfide tecnologiche" e poi, successivamente, con il Libro Verde del 1995 sul diritto d'autore e sui diritti connessi nella società dell'informazione.

2.3. Verso un processo di armonizzazione: direttive 2000/31 CE e 2001/29 CE

Affinché il diritto d'autore potesse trovare una protezione effettiva nel contesto della società dell'informazione si è avvertita la necessità di interventi di armonizzazione volti ad un *enforcement* del diritto in questione. Saggiamente il legislatore non si limitò a predisporre esclusivamente un quadro uniforme sul diritto d'autore nel nuovo contesto sociale (direttiva 2001/29) ma consapevole degli accresciuti rischi connessi all'utilizzo della Rete iniziò parallelamente alla direttiva in esame a predisporre una disciplina comunitaria sulla cd. responsabilità online⁵²(direttiva 2000/31) che non si limitasse alla disciplina autoriale ma si estendesse orizzontalmente a tutti gli illeciti perpetuati mediante i nuovi canali di comunicazione.⁵³

I materiali protetti da copyright abbracciano una vasta gamma di prodotti dell'informazione e dell'intrattenimento costituendo uno dei più preziosi oggetti del commercio elettronico. Il considerando 16 della direttiva 29/2001 CE sottolinea come "*la responsabilità per le attività in rete riguarda, oltre al diritto d'autore e ai*

⁵² Marzano, Paolo. *Diritto d'autore e digital Technologies: il digital copyright nei Trattati OMPI, nel DMCA e nella normativa comunitaria* Milano: Giuffrè, 2005.

⁵³ Considerando n. 50 direttiva 31/2000: È importante che la proposta di direttiva sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione e la presente direttiva entrino in vigore secondo un calendario simile, per creare un quadro normativo chiaro a livello comunitario sulla responsabilità degli intermediari per le violazioni dei diritti d'autore e dei diritti connessi.

diritti connessi, una serie di altri ambiti, come la diffamazione, la pubblicità menzognera o il mancato rispetto dei marchi depositati, ed è trattata in modo orizzontale nella direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, che chiarisce ed armonizza vari aspetti giuridici riguardanti i servizi della società dell'informazione, compresi quelli riguardanti il commercio elettronico”.

Le direttive 29/2001 e 31/2000 CE, in maniera speculare incoraggiano lo sviluppo dell'*Information Technology* e contribuiscono alla regolamentazione del fenomeno Internet. La *ratio* fondamentale di tali interventi era quella di creare ad un quadro normativo armonizzato, onde evitare che la produzione legislativa nazionale dei diversi Stati membri volta a rispondere alle sfide tecnologiche, potesse generare differenze significative e conseguentemente avere effetti distorsivi sul mercato comune, ostacolando la realizzazione di economie di scala per i nuovi prodotti e servizi contenenti diritti d'autore e diritti connessi.

La direttiva 2000/31/CE dell'8 giugno è volta così a promuovere la creazione di un mercato unico interno in cui siano garantiti la libera circolazione delle merci e dei servizi della società dell'informazione.

Lo sviluppo dei servizi della società dell'informazione è “*uno strumento essenziale per eliminare le barriere che dividono i popoli europei*” prefiggendosi il fine di garantire un elevato livello di integrazione giuridica comunitaria, instaurando un vero e proprio “*spazio senza frontiere interne*” per i servizi della società dell'informazione.⁵⁴ Nel considerando numero 5 della direttiva in esame si sottolinea tuttavia come siano proprio le divergenze normative tra i singoli stati ad ostacolare lo sviluppo di un mercato così configurato andando conseguentemente a perdere grandi opportunità di occupazione.

Nonostante una definizione di servizi della società dell'informazione già esistesse a livello comunitario⁵⁵, il legislatore al fine di sottolinearne maggiormente la portata

⁵⁴ Considerando 1 e 3, direttiva 2000/31 CE

⁵⁵ La definizione di «servizi della società dell'informazione» già esisteva nel diritto comunitario, nella direttiva 98/34/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 giugno 1998, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche (3), e nella direttiva 98/84/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 novembre 1998, sulla tutela dei servizi ad accesso condizionato e dei servizi di accesso condizionato.

va nuovamente ad introdurre una definizione di “servizi” che ricopre *“qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica, mediante apparecchiature elettroniche di elaborazione (compresa la compressione digitale) e di memorizzazione di dati, e a richiesta individuale di un destinatario di servizi”*⁵⁶. I servizi abbracciano dunque una vasta gamma di attività economiche svolte online di cui il considerando 18 offre un esaustivo elenco escludendo tuttavia dal novero la radiodiffusione televisiva e sonora poiché si tratta di servizi che non vengono erogati su richiesta individuale. I servizi della società dell’informazione sono quelli che comprendono la trasmissione di informazioni mediante una rete di comunicazione, la fornitura di accesso a una rete di comunicazione o lo stoccaggio di informazioni fornite da un destinatario di servizi. Sono servizi della società dell’informazione anche quelli trasmessi “da punto a punto”, quali i servizi video a richiesta o l’invio di comunicazioni commerciali per posta elettronica. La direttiva si concentra su chi offre la possibilità di accedere a tali servizi ISP⁵⁷ concentrandosi sulla responsabilità di tali soggetti poiché le *“divergenze tra le normative e le giurisprudenze nazionali, nel campo della responsabilità dei prestatori di servizi che agiscono come intermediari, impediscono il buon funzionamento del mercato interno, soprattutto ostacolando lo sviluppo dei servizi transnazionali e introducendo distorsioni della concorrenza.”*⁵⁸ Fine ultimo è dunque l’introduzione di una disciplina armonica sulla materia, che sia punto di incontro tra diversi principi in gioco, e permetta mediante un processo evolutivo verso il digitale di creare un mercato unico europeo.

La *ratio* sottostante sarà la medesima anche con riferimento alla direttiva 2001/29 CE, l’obiettivo è quello di creare, mediante l’armonizzazione del diritto d’autore e diritti connessi, l’instaurazione di un mercato interno e la creazione di un sistema che garantisca l’assenza di distorsioni della concorrenza nel mercato, affinché ciò possa avvenire è correlativamente necessario la predisposizione un quadro giuridico

⁵⁶ Considerando 20, La definizione di "destinatario di servizi" copre ogni tipo di impiego dei servizi della società dell’informazione, sia da parte di persone che forniscono informazioni su reti aperte quali Internet, sia da parte di persone che cercano informazioni su Internet per motivi privati o professionali.

⁵⁷ Sulla responsabilità di tali soggetti si discernerà nei capitoli successivi

⁵⁸ Considerando 40

generale e flessibile a livello comunitario che favorisca lo sviluppo della società dell'informazione.⁵⁹

Tale processo di armonizzazione deve avvenire avendo riguardo i principi fondamentali del mercato interno in primis quello della proprietà, tra cui la proprietà intellettuale, della libertà d'espressione e dell'interesse generale.⁶⁰

L'art.1 circoscrive l'ambito di applicazione della direttiva al diritto d'autore e i diritti connessi in specifica relazione alla società dell'informazione.

La società dei flussi è infatti caratterizzata da un crescente sviluppo tecnologico che è alla base della di nuovi vettori della creazione, della produzione e dello sfruttamento con la conseguenza che si avverte la necessità di modellare e integrare le normative attuali sul diritto d'autore e sui diritti connessi, alla luce di tali nuovi strumenti al fine di rispondere adeguatamente alle realtà economiche, quali le nuove forme di sfruttamento.⁶¹ La rivoluzione digitale porta con sé luci ed ombre che non possono non essere considerate. In particolare è proprio l'*empowerment* della Rete che contribuisce ad un proliferare sempre maggiore del fenomeno della cd. pirateria dovuto a nuovi meccanismi di riproduzione e distribuzione che danno la possibilità di eludere la tutela accordata agli autori. La normativa sul commercio elettronico e quella sul diritto d'autore si sviluppa dunque parallelamente, rappresentando le opere tutelate dal diritto d'autore la parte di rilevante del commercio elettronico in cui viene definita la responsabilità degli *Internet Service Provider*.

La mancanza di un'adeguata regolamentazione permette alla tecnologia digitale di minare i principi di base del diritto d'autore e dei diritti connessi.

Infatti, le vecchie tecnologie di riproduzione, quali la stampa e la registrazione su nastro consentivano ai consumatori di avere copie ma in quantità limitate, che richiedevano molto tempo per la riproduzione e avevano qualità inferiore rispetto all'originale, ma soprattutto per essere acquisite era necessario spostarsi.

Su Internet, invece, si possono generare virtualmente un numero illimitato di copie istantaneamente, senza abbassarne la risoluzione e la qualità. Queste copie, a loro volta possono essere trasmesse in tutto il mondo in pochi minuti, ed è proprio per

⁵⁹ Considerando 1-2-3 direttiva 2001/29 CE

⁶⁰ Considerando 3 Direttiva 2001/29 CE

⁶¹ Ibidem considerando 5 Direttiva 2001/29 CE

tale motivo che Internet è stato descritto come "la fotocopiatrice più grande del mondo. " Ovviamente ciò comporta un rischio ingente per i mercati musicali, dell'arte, libri e film.⁶²

Risulta necessario un intervento generalizzato al fine di bilanciare i diversi interessi in gioco, ovvero: l'importanza della circolazione delle informazioni e della diffusione delle opere dell'ingegno e la necessità di un'adeguata protezione della proprietà intellettuale e definizione dell'ambito di responsabilità dei *provider*.

È sulla base di tali interessi che deve evolversi la nuova disciplina autoriale, che se da un lato deve essere volta ad una protezione sufficiente ed efficace dei diritti di proprietà intellettuale ciò non deve andare ad ostacolare il libero accesso alle informazioni e la libertà di espressione.

Filo conduttore tra esigenze di tutela ed eccezioni è l'articolo 151 del Trattato di Roma, dove, la Comunità Europea ha sancito il suo impegno verso un pieno sviluppo delle culture degli Stati membri e incoraggia la cooperazione tra gli stessi, al fine di contribuire alla diffusione della cultura e della storia dei Paesi europei e di integrare la loro azione nel settore della creazione artistica e letteraria.

Un *alto livello di protezione* del diritto d'autore e connessi è essenziale per dare impulso e salvaguardare la creazione intellettuale permettendo di preservare la dignità di creatori, interpreti ed esecutori.

La direttiva riconosce altresì che autori, interpreti o esecutori, per poter continuare la loro attività creativa ed artistica, devono ricevere un adeguato compenso per l'utilizzo delle loro opere, così come i produttori per poter finanziare tale creazione, prendendo atto degli ingenti investimenti necessari a fabbricare prodotti quali riproduzioni fotografiche, pellicole o prodotti multimediali e servizi su richiesta (*on-demand*)⁶³.

La protezione degli interessi dei creatori risulta fondamentale, poiché è proprio la consapevolezza di essere tutelati a dare impulso alla creazione di nuove opere

⁶² The Digital Agenda: Implementation of the WIPO Copyright Treaty (WCT) and the WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT)
https://translate.google.com/translate?hl=it&sl=en&u=https://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp%3Fdoc_id%3D2239&prev=search&pto=aue

⁶³ considerando 10

dell'ingegno, producendo indirettamente un vantaggio per l'intera collettività, che vedrebbe arricchito il patrimonio scientifico e culturale a propria disposizione.⁶⁴

Tali elementi normativi suggeriscono come il diritto d'autore, in una prospettiva socioeconomica, sia volto a garantire agli autori i necessari incentivi per la creazione di opere dell'ingegno. L'estro creativo si trova in un rapporto di dipendenza con i costi di produzione (c.d. *cost of expression*), cui fa da contrappeso un basso costo di riproduzione, che tenderà allo zero quanto più sofisticata sarà la tecnologia riproduttiva. A scopo esemplificativo si prendano in considerazione gli ingenti investimenti per le produzioni cinematografiche o i costi necessari per lo sviluppo di nuovi software. Orbene il sostegno di tali costi non sempre viene ripagato poiché spesso risulta più semplice ed economico reperire tali opere, illecitamente riprodotte e diffuse, in *streaming* (senza dover pagare il biglietto per andare al cinema), o scaricare la versione craccata del *software* aggirando le protezioni e utilizzandolo anche senza averlo pagato⁶⁵. Messo di fronte una tale realtà in assenza di tutele nessuno sarebbe incentivato a creare ed è per questo che la direttiva in esame punta ad un *enforcement* dei diritti esclusivi (diritto di riproduzione, comunicazione al pubblico, distribuzione).

Tuttavia, un *overprotection* del diritto d'autore potrebbe comportare una limitazione nella circolazione di idee, informazioni, conoscenze, configurandosi come un problema per la collettività nel suo insieme. Proprio per tali motivi la direttiva individua limiti ed eccezioni al diritto d'autore e connessi.

Si cerca dunque di raggiungere un bilanciamento tra un'adeguata protezione e remunerazione del diritto d'autore, che rappresentano incentivi alla creazione, e sull'altro versante tutelare la libertà nell'accesso, nella fruizione, nel riuso delle altrui creazioni intellettuali, funzionale a proteggere interessi di varia natura che sono contrapposti a quelli degli autori. *Deve essere garantito un giusto equilibrio tra i diritti e gli interessi delle varie categorie di titolari nonché tra quelli dei vari titolari e quelli degli utenti dei materiali protetti*⁶⁶

⁶⁴ Cfr. Spedicato Giorgio, Principi di diritto d'autore, il Mulino, 2020 Pg 22

⁶⁵ Sulla rete è facile trovare in formato apk numerose app a pagamento che vanno da Spotify a Netflix

⁶⁶ Considerando 31

Equilibrio che tuttavia non è facile raggiungere nonostante dai considerando della direttiva si evinca la volontà del legislatore comunitario di dare luogo ad un *corpus legis* che sia espressione di tali interessi contrapposti. Aspirazione principale rimane quella di armonizzare il più possibile le legislazioni dei singoli Stati e nel fare ciò viene introdotto un elenco tassativo ed esaustivo di eccezioni.

Gli Stati hanno l'obbligo di applicare le eccezioni e le limitazioni previste nella direttiva e la facoltà di aggiungerne delle nuove che però non devono essere applicate in modo da arrecare pregiudizio agli interessi legittimi dei titolari dei diritti o da essere in contrasto con la normale utilizzazione economica delle loro opere o materiali protetti. L'introduzione di tali eccezioni o limitazioni da parte degli Stati membri deve in particolare tenere debitamente conto dell'accresciuto impatto economico che esse possono avere nel contesto del nuovo ambiente elettronico.

Di conseguenza viene prevista la possibilità che la portata di alcune eccezioni o limitazioni debba essere ulteriormente limitata nel caso di taluni nuovi utilizzi di opere e materiali protetti.

Il capo III ha poi introdotto la disciplina della “tutela delle misure tecnologiche e delle informazioni sul regime dei diritti” che obbliga gli Stati membri di *prevedere un'adeguata protezione giuridica contro l'elusione di efficaci misure tecnologiche svolta da persone consapevoli o che si possano ragionevolmente presumere consapevoli di perseguire tale obiettivo.*

Il considerando 48 statuisce che *la protezione giuridica dovrebbe essere accordata a quelle misure tecnologiche che limitino in modo efficace atti non autorizzati dai titolari del diritto d'autore, dei diritti connessi o del diritto sui generis sulle banche dati, senza tuttavia impedire il normale funzionamento delle attrezzature elettroniche ed il loro sviluppo tecnologico.[...] Tale protezione giuridica dovrebbe rispettare il principio della proporzionalità e non dovrebbe vietare i dispositivi o le attività che hanno una finalità commerciale significativa o un'utilizzazione diversa dall'elusione della protezione tecnica; segnatamente, non dovrebbe costituire un ostacolo alla ricerca sulla crittografia.*

La combinazione di tali fattori: sistema chiuso delle eccezioni, misure tecnologiche e la protezione a quest'ultime accordata ha portato dottrina e giurisprudenza a

parlare di *overprotection* dei diritti di proprietà intellettuale che la corte di giustizia europea con una serie di pronunce ha cercato di temperare, come ad esempio con la decisione Nintendo (C-355/12), ma di tali tematiche si tratterà in maniera più approfondita nei capitoli successivi, basti ora sottolineare come proprio l'interesse della corte di giustizia europea verso un giusto punto di incontro tra i diversi interessi in gioco ha influenzato la più recente direttiva comunitaria sul diritto d'autore la 2019/790 CE.

Nonostante l'emanazione delle direttive menzionate, la celerità con cui vi evolve la Rete e si sviluppano nuove tecnologie ha nuovamente modificato il contesto entro il quale si muove il diritto d'autore con la conseguenza che la normativa europea e le normative nazionali non risultano più attuali necessitando pertanto di una nuova opera di modernizzazione nella quale risulta necessario un dialogo con gli stakeholders.

Nella Comunicazione al Parlamento europeo sui contenuti creativi online nel mercato unico del gennaio 2008 (COM (2007) 836) la Commissione ha posto l'accento sul problema della pirateria *online* e sulla necessità di chiarire il confine tra lecito e illecito, che risulta primario per trarre i massimi benefici delle nuove tecnologie.⁶⁷ Importanza fondamentale in tale panorama sarà il "Libro Verde sul diritto d'autore nell'economia della conoscenza" dove vengono affrontate una serie di tematiche relative alle eccezioni e limitazioni ai diritti esclusivi che assumono rilevanza per la diffusione della conoscenza e ponendo dunque l'interrogativo sull'opportunità che tali eccezioni siano modificate nell'epoca della comunicazione digitale.⁶⁸⁶⁹

⁶⁷ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni sui contenuti creativi online nel mercato unico. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007DC0836&from=IT>

⁶⁸ Libro verde 2008 sul diritto d'autore nell'economia della conoscenza https://librari.beniculturali.it/export/sites/dgbid/it/documenti/Servizio_III/18.5_Libro_verde_2008.pdf

⁶⁹ Al centro del presente Libro verde vi sono le eccezioni al diritto di autore che assumono maggior rilievo ai fini della diffusione della conoscenza, ed in particolare: - l'eccezione per le biblioteche e gli archivi; - l'eccezione che consente la diffusione delle opere per scopi didattici e di ricerca; - l'eccezione nell'interesse dei portatori di handicap; - l'eventuale eccezione per i contenuti creati dagli utenti.

In particolare, verrà richiesto agli stakeholder la loro opinione circa la possibile introduzione di un'eccezione *ad hoc* per i contenuti generati dagli utenti, possibilità che tuttavia non verrà mai attuata.

Nel 2009 verrà invece emanata dalla Commissione Europea la Comunicazione su il diritto d'autore nell'economia della conoscenza (COM (2009) 532), che ha condotto ad una riflessione sulla necessità di una nuova normativa al fine rapportare i nuovi interessi di titolari del diritto d'autore, dei consumatori e gli utenti nell'ambito di nuovo mercato unico digitale⁷⁰.

3. Il mercato unico digitale

Per superare le sfide poste dall'evoluzione digitale nel 2010 il Consiglio dell'Unione Europea approva la comunicazione della Commissione «Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva.»⁷¹ Tra le diverse azioni avanzate da tale strategia particolare attenzione deve essere data all' «Agenda digitale»⁷² che

⁷⁰Terraciano Bianca, Il diritto d'autore online: quale regolamentazione?, Amministrazione in cammino,

<https://www.yumpu.com/it/document/read/16196803/il-diritto-dautore-on-line-amministrazione-in-cammino>

⁷¹Tale strategia europea è volta all'espansione dell'economia digitale e alla crescita delle imprese europee. Il ruolo dell'Europa come guida verso un Digital Single Market le è attribuito dall'articolo 4, par. 2 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, il quale sancisce che l'Unione ha una competenza concorrente con quella degli Stati membri nel settore del mercato interno. Quest'ultimo è disciplinato sempre nel TFUE agli articoli 26 e 27 in virtù dei quali «L'Unione adotta le misure destinate all'instaurazione o al funzionamento del mercato interno, conformemente alle disposizioni pertinenti dei trattati. Il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni dei trattati. Il Consiglio, su proposta della Commissione, definisce gli orientamenti e le condizioni necessari per garantire un progresso equilibrato nell'insieme dei settori considerati.» (Art. 26 TFUE) «Nella formulazione delle proprie proposte intese a realizzare gli obiettivi dell'articolo 26, la Commissione tiene conto dell'ampiezza dello sforzo che dovrà essere sopportato, per l'instaurazione del mercato interno, da talune economie che presentano differenze di sviluppo e può proporre le disposizioni appropriate. Se queste disposizioni assumono la forma di deroghe, esse debbono avere un carattere temporaneo ed arrecare meno perturbazioni possibili al funzionamento del mercato interno.» (Art. 27 TFUE)

⁷² L'agenda digitale aveva quale obiettivo quello trarre vantaggi socioeconomici sostenibili da un mercato unico del digitale basato sull'internet veloce e superveloce. A livello dell'UE, la Commissione si adoperava per:

- creare un quadro giuridico stabile tale da incentivare gli investimenti in un'infrastruttura aperta e competitiva per l'internet ad alta velocità e nei servizi collegati;
- definire una politica efficiente in materia di spettro radio;
- agevolare l'uso dei fondi strutturali dell'UE per la realizzazione dell'agenda; creare un vero e proprio mercato unico per i contenuti e i servizi online (mercati europei sicuri e senza frontiere per i servizi web e i contenuti digitali, caratterizzati da alti livelli di fiducia, un quadro normativo equilibrato con regimi chiari in materia di diritti, promozione delle licenze multi territoriali, tutela e remunerazione adeguate per i titolari di diritti e attivo sostegno per la digitalizzazione del ricco patrimonio culturale dell'Europa) e regolamentare la Governance globale di internet;

ha quale obiettivo di accelerare la diffusione dell'internet ad alta velocità e sfruttare i vantaggi e le potenzialità di un mercato unico del digitale.

Alla luce dell'impatto che la tecnologia ha quotidianamente nella società il 6.5.2015, il presidente della Commissione Jean Claude Juncker, insieme al commissario Guenther Oettinger, Commissario per l'Economia e la società digitale, e Andrus Ansip, Vicepresidente responsabile per il Mercato unico digitale, presentarono la nuova strategia per il Digital Single Market della Commissione Ue, sottolineando la necessità di sfruttare le nuove tecnologie sotto la guida dell'Europa, favorendo la crescita e massimizzazione dell'economia digitale in cui le reti e i servizi innovativi – compresi i contenuti – hanno un ruolo fondamentale.

"Credo che dobbiamo fare un uso migliore delle grandi opportunità offerte dal digitale e dalle nuove tecnologie, che non conoscono confini. Per farlo, dovremo avere il coraggio di rompere e ridurre i silos nazionali nella regolamentazione delle telecomunicazioni, nella legislazione sul diritto d'autore e sulla protezione dei dati, nel gestione delle onde radio e nell'applicazione del diritto della concorrenza" [...]
Un mercato unico digitale è quello in cui la libera circolazione di merci, persone, servizi e capitale è garantito e dove gli individui e le imprese possono accedere ed esercitare senza problemi attività online in condizioni di concorrenza leale , ampliando il mercato a nuovi consumatori e garantendo loro la protezione dei dati personali, indipendentemente dalla nazionalità o dal luogo di residenza."⁷³

E proprio alla luce di ciò, tale strategia è volta a coinvolgere i diversi Stati membri, Parlamento europeo e stakeholder alla ricerca del connubio tra esigenze di

– riformare i fondi per la ricerca e l'innovazione e aumentare il sostegno nel settore delle TIC onde accentuare la forza tecnologica dell'Europa nei settori strategici principali e creare condizioni che permettano alle PMI ad alto potenziale di crescita di assumere un ruolo guida sui mercati emergenti e di stimolare l'innovazione in materia di TIC in tutti i settori aziendali;

– promuovere l'accesso a internet e il suo uso da parte di tutti i cittadini europei, in particolare mediante azioni a sostegno dell'alfabetizzazione digitale e dell'accessibilità.

A livello nazionale, gli Stati membri avevano il compito di : – elaborare strategie operative per l'internet ad alta velocità e orientare i finanziamenti pubblici, compresi i fondi strutturali, verso settori non totalmente coperti da investimenti privati; – creare un quadro legislativo che permetta di coordinare i lavori pubblici in modo da ridurre i costi di ampliamento della rete; – promuovere la diffusione e l'uso dei moderni servizi online (e-government, servizi sanitari online, domotica, competenze digitali, sicurezza, ecc.) Riunione dei Presidenti delle Commissioni economia e finanze Madrid, 15 aprile 2010 n. 92/AP 13 aprile 2010 <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00736759.pdf>

⁷³ COM (2015) 192 final <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52015DC0192>

salvaguardia degli interessi nazionali, e quelli dell'Unione Europea e dei grandi protagonisti del mercato economico digitale.

Un processo efficiente di Governance della rete necessita del coinvolgimento di tutte le parti interessate - governi, aziende e utenti finali della rete - e deve essere basato su un confronto aperto di idee e di ragioni, in modo da produrre cambiamenti condivisi, distribuiti ed ottenuti in base all'autorevolezza, anziché in base all'autorità. La rete è di fatto un prodotto della collettività ma al tempo stesso espressione di interessi individuali, un dialogo tra soggetti diversi risulta fondamentale per adottare una normativa che possa essere condivisa, al fine di orientare nella stessa direzione tale eterogeneità.

Tre sono i pilastri fondanti della strategia per il Mercato unico digitale⁷⁴ che a loro volta si ramificano in 16 iniziative. Elementi portanti sono dunque:

- “Access”: migliorare l’accesso per consumatori e imprese ai beni e servizi online in tutta Europa;
- “Environment”: creare condizioni favorevoli e paritarie per lo sviluppo di reti e servizi digitali;
- “Economy and Society”: massimizzare il potenziale di crescita della nostra economia digitale europea.

Con riferimento all’ *access* sono otto le azioni che debbono favorire l’accesso ai beni e ai servizi digitali:

1. Introdurre norme volte ad agevolare il commercio elettronico transfrontaliero
2. Revisione del regolamento sulla cooperazione per la tutela dei consumatori
3. Assicurare servizi di consegna dei pacchi più efficiente e a prezzi accessibili ⁷⁵
4. Eliminare il blocco geografico ingiustificato ⁷⁶

⁷⁴Un mercato unico digitale per l'Europa: la Commissione definisce 16 iniziative per realizzarlo
https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/IP_15_4919

⁷⁵ I prezzi di consegna transfrontaliera dei pacchi sono in media da 3 a 5 volte superiori ai prezzi di consegna nazionali per tutti i prodotti. Il 62% delle aziende che desiderano vendere online identifica i costi di consegna elevati come un problema. Da maggio 2018 sono in vigore [nuove norme sui servizi di consegna transfrontaliera dei pacchi online](https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/new-eu-rules-e-commerce), volte a garantire la trasparenza dei prezzi e la concorrenza. In questo modo sarà più facile trovare il modo più economico per inviare un pacco da uno Stato membro all'altro. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/new-eu-rules-e-commerce>

⁷⁶ Il 6 febbraio 2018 il Parlamento europeo ha approvato il regolamento che mette fine ai blocchi geografici. Il regolamento impedirà la discriminazione dei consumatori e delle imprese in materia di accesso a prezzi e condizioni di vendita o di pagamento negli acquisti di prodotti e servizi in un altro paese UE.

5. Individuare potenziali problemi relativi alla concorrenza che possono incidere sui mercati europei del commercio elettronico
6. Aggiornare la legislazione sul diritto d'autore rendendola più moderna
7. Rivedere la direttiva sulla trasmissione via satellite e via cavo
8. Ridurre gli oneri amministrativi che derivano alle imprese dai diversi regimi Iva

Per quanto riguarda il secondo pilastro “l’*Environment*” per sviluppare reti e servizi innovativi è necessario:

1. Revisione della regolamentazione europea in materia di telecomunicazioni
2. Un riesame della direttiva sui servizi di media audiovisivi al fine di adattarla ai nuovi modelli commerciali per la distribuzione di contenuti⁷⁷
3. Effettuare un’analisi dettagliata del ruolo delle piattaforme online dunque motori di ricerca, social media App Store nel mercato⁷⁸
4. Una revisione sulla disciplina del trattamento dei dati personali⁷⁹
5. Proporre un partenariato con industria sulla sicurezza informatica nell'ambito delle tecnologie e delle soluzioni per la sicurezza delle reti

<https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2018/02/27/geo-blocking-council-adopts-regulation-to-remove-barriers-to-e-commerce/>
<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-64-2017-INIT/en/pdf>

⁷⁷La direttiva sui servizi di media audiovisivi (direttiva AVMS) dell’UE regola il coordinamento a livello dell’Unione della legislazione nazionale su tutti i media audiovisivi, per le trasmissioni televisive tradizionali così come per i servizi di media audiovisivi su richiesta. La direttiva (UE) [2018/1808](#) modifica e aggiorna la direttiva AVMS, nell’ambito della strategia per il mercato unico digitale, al fine di: estendere alcune regole audiovisive alle piattaforme di condivisione video e ai contenuti audiovisivi condivisi su determinati servizi di social media; introdurre flessibilità sulle restrizioni applicabili alle trasmissioni televisive; rafforzare la promozione dei contenuti europei; proteggere i bambini e affrontare il tema dell’odio in modo più efficace; rafforzare l’indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=legissum:am0005#:~:text=La%20direttiva%20sui%20servizi%20di%20media%20audiovisivi%20su%20richiesta.>

⁷⁸ Tale esame verterà su aspetti quali la mancanza di trasparenza dei risultati di ricerca e delle politiche in materia di prezzi, le modalità di utilizzo delle informazioni ottenute, le relazioni tra piattaforme e fornitori e la promozione dei propri servizi a scapito dei concorrenti, nella misura in cui tali aspetti non siano già trattati nell’ambito del diritto della concorrenza. Esaminerà inoltre i modi migliori per contrastare i contenuti illeciti su Internet

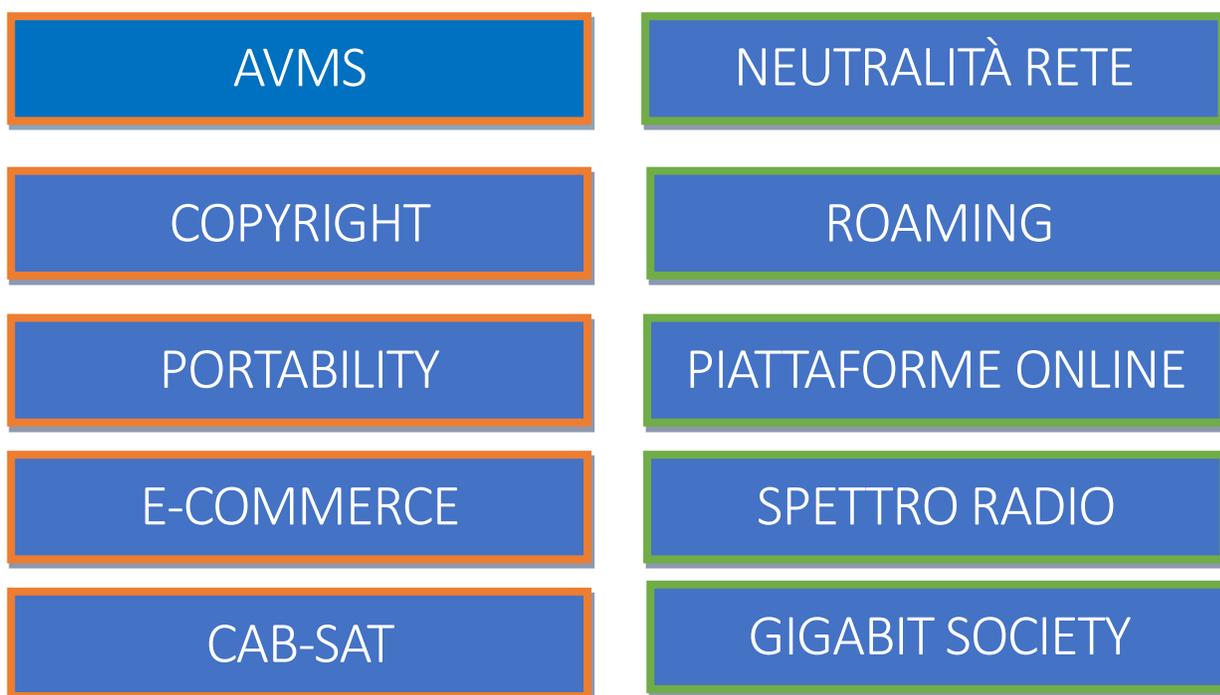
[file:///C:/Users/elena/Downloads/Un_mercato_unico_digitale_per_l_Europa_la_Commissione_definisce_16_iniziative_per_realizzarlo%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/elena/Downloads/Un_mercato_unico_digitale_per_l_Europa_la_Commissione_definisce_16_iniziative_per_realizzarlo%20(1).pdf)

⁷⁹ La riforma della protezione dei dati è un pacchetto legislativo che comprende un regolamento generale sulla protezione dei dati e una direttiva sulla protezione dei dati personali trattati a fini di contrasto in campo penale. Il regolamento generale sulla protezione dei dati è entrato in vigore il 24 maggio 2016 e **si applica dal 25 maggio 2018**, mentre la direttiva sulla protezione dei dati personali trattati a fini di contrasto in campo penale è entrata in vigore il 5 maggio 2016.

Infine, sono necessarie tre azioni per massimizzare il potenziale di crescita dell'economia digitale:

1. Promuovere la libera circolazione dei dati nell'Unione europea⁸⁰
2. Individuare le priorità per l'elaborazione di norme e l'Interoperabilità in settori fondamentali per il mercato unico digitale quali la sanità elettronica, la pianificazione dei trasporti e l'energia
3. Promuovere una società digitale inclusiva e dunque promuovere un nuovo piano d'azione per l'e-Government.

Analizzando i diversi interventi che risultano necessari è facile individuare una dicotomia tra interventi nel settore contenuti e dall'altro lato gli interventi principali in materia di telecomunicazioni.



⁸⁰ Il 19 giugno 2018, Parlamento, Consiglio e Commissione europea hanno raggiunto un accordo politico sulle nuove norme che permetteranno l'archiviazione e il trattamento dei dati non personali ovunque nell'Ue senza restrizioni ingiustificate. La riforma vieta le restrizioni alla localizzazione dei dati imposte dagli Stati membri per quanto riguarda l'ubicazione geografica della conservazione o del trattamento dei dati non personali, a meno che tali restrizioni siano giustificate da motivi di sicurezza pubblica. Le autorità degli Stati membri continueranno ad avere accesso ai dati anche se ubicati in un altro paese. L'accesso ai dati può essere necessario, ad esempio, ai fini di un controllo regolamentare o di vigilanza. Il regolamento incoraggia inoltre l'elaborazione di codici di condotta affinché sia più agevole per gli utenti di servizi di trattamento dati cambiare fornitore o ritrasferire i propri dati verso i propri sistemi informatici.

<https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2018/11/09/free-flow-of-data-eu-adopts-new-rules/>

<https://www.agendadigitale.eu/cittadinanza-digitale/libera-circolazione-dei-dati-nellue-cosa-cambia-con-le-nuove-norme/>

Questo è il contesto entro il quale ci muoviamo e nel quale si pone il tema del diritto d'autore che si trova in stretta correlazione con la trasformazione del mercato dei contenuti.

L'evoluzione ha infatti determinato cambiamenti alle modalità di accesso ai contenuti, inizialmente basate prevalentemente su sistemi *peer to peer*, mentre oggi sono focalizzate sullo *streaming*, che ha condotto alla creazione di piattaforme *ad hoc* per la visualizzazione *on-demand* di contenuti quali film, serie tv e altri contenuti d'intrattenimento mediante il pagamento di un abbonamento a prezzi inferiori rispetto a quanto avveniva in passato sotto il modello analogico.

La propensione al risparmio dell'utente medio conduceva quest'ultimo a prediligere l'utilizzo di sistemi illegali che risultavano molto più convenienti rispetto all'acquisto o al noleggio di un dvd. Oggi invece non si può non prendere la considerazione che il diffondersi di tali piattaforme abbia avuto un impatto sul mercato della pirateria, poiché un'offerta legale e conveniente non induce (o quantomeno non dovrebbe) l'utente alla ricerca di escamotage.

3.1. Regolamento sulla portabilità transfrontaliera: Il superamento del geoblocking

Il primo problema che si frappone tra le intenzioni del legislatore Europeo e il mercato reale dei beni e servizi è dovuto alla mancanza di garanzie di libero accesso ai contenuti diffusi online coperti da copyright. Nel dicembre del 2015 la Commissione comincia a muovere i primi passi per superare il geoblocking⁸¹ e dunque ampliare l'accesso ai contenuti online e prospettare una modernizzazione

⁸¹ Il geoblocking è una pratica che limita l'accesso ai contenuti internet in base alla posizione geografica del consumatore, rilevabile tramite l'indirizzo IP. Le lamentele degli acquirenti di contenuti digitali derivano dal fatto che l'applicazione di tali pratiche in un Mercato di beni e servizi che si presuppone essere unico finisce per limitare i diritti dei consumatori stessi nella fruizione di contenuti legittimamente acquistati.

<https://www.helpconsumatori.it/primo-piano/geoblocking-raggiunto-laccordo-per-vedere-online-film-e-tv-in-altri-paesi-ue/>

delle norme UE in materia di diritto d'autore, attraverso anche una proposta di regolamento sulla portabilità transfrontaliera dei servizi di contenuti online che verrà attuata nel 2017 con il Regolamento UE 2017/1128 sulla portabilità transfrontaliera (noto anche come regolamento Netflix⁸²).

Internet è ormai diventato uno dei canali principali in tema di distribuzione di contenuti online, grazie anche la costante crescita tecnologica ed in particolar modo grazie alla diffusione delle connessioni a banda larga.⁸³

La proposta di regolamento metteva in luce le nuove esigenze dei consumatori, che una volta acquisiti legalmente nel proprio paese di origine contenuti online, fossero essi: film, trasmissioni sportive, musica giochi oppure ebook, questi non erano più fruibili nel momento in cui si usciva dal paese di origine in cui erano stati acquistati. È proprio su tali mosse che prende piede il regolamento sulla portabilità, che ha come obiettivo principale quello di permettere ai cittadini europei di accedere senza restrizioni ai contenuti che hanno pagato o per i quali hanno sottoscritto un abbonamento, garantendo al tempo stesso, alla luce di una necessità di bilanciamento tra gli interessi in gioco, una migliore protezione e remunerazione per gli autori e ai titolari di tali diritti.

L'idea di base è dunque permettere agli utenti di viaggiare con i "contenuti" ma al tempo stesso tutelare il diritto d'autore.

La portabilità transfrontaliera dei contenuti online viene vista come un vero e proprio nuovo diritto per i consumatori dell'UE. Tale regolamento viaggia insieme a quelli che sono gli sviluppi tecnologici, ed è espressione degli stessi, è la proliferazione di dispositivi portatili come laptop, tablet e smartphone che incrementa sempre più l'uso di servizi di contenuti online, contenuti che i consumatori vogliono avere modo di visualizzare anche nel momento in cui viaggiano nel territorio dell'unione.

⁸² Nel 2015 Un abbonato olandese che viaggiava in Francia potrà poteva guardare solo i film offerti da Netflix ai consumatori francesi. Se visitava la Polonia, non sarebbe stato in grado di guardare film su Netflix in quanto Netflix non era disponibile in Polonia.

⁸³ Per connessione a banda larga (b.l.) si intende generalmente la trasmissione di dati via cavo a una velocità superiore a 1,544 Mbps. La trasmissione a b.l. può avvenire attraverso vari canali (tra i più comuni l'ADSL e la fibra ottica); può essere utilizzata per la navigazione su Internet, ma anche per ricevere programmi televisivi o effettuare chiamate telefoniche.

Nel considerando n 1 del Regolamento sulla portabilità si sottolinea *come l'accesso senza ostacoli in tutta l'Unione ai servizi di contenuti online prestati legittimamente ai consumatori nel loro Stato membro di residenza è importante per il corretto funzionamento del mercato interno e per l'effettiva applicazione dei principi di libera circolazione delle persone e dei servizi. Poiché il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne fondato, tra l'altro, sulla libera circolazione delle persone e dei servizi, è necessario garantire che i consumatori possano fruire di servizi di contenuti online portabili che offrono accesso a contenuti quali musica, giochi, film, programmi di intrattenimento o eventi sportivi, non soltanto nel loro Stato membro di residenza ma anche quando sono temporaneamente presenti in un altro Stato membro per motivi di svago, viaggio, lavoro o studio. Pertanto, in casi come questi dovrebbero essere eliminate le barriere che impediscono l'accesso a tali servizi di contenuti online e la loro fruizione.*⁸⁴

L'intento è dunque quello di traslitterare i principi propri del mercato comune europeo anche sul digitale e dunque in un mercato che è dematerializzato.

Il regolamento si rivolge ai servizi di contenuti online in cui l'applicazione delle norme sul copyright è più rilevante. Questi possono essere piattaforme video *on demand* (Netflix, HBO Go, Amazon Prime, Mubi, Chili TV), servizi tv online (Viaplay di Viasat, Now TV di Sky, Voyo), servizi di streaming musicale (Spotify, Deezer, Google Music) o mercati online di gioco (Steam, Origin). La caratteristica principale di questi servizi è fornire l'accesso ai contenuti protetti da copyright e diritti correlati, nonché servizi multimediali audiovisivi.

Una più ampia disponibilità dei contenuti è sicuramente un espediente fondamentale per combattere la pirateria, poiché in assenza di alternative legali la pirateria risulta il primo e più facile strumento a cui ricorrere.

Se l'intento è quello di ampliare il mercato dei contenuti non bisogna trascurare i titolari del diritto d'autore e dunque migliorare la portata dei provvedimenti ingiuntivi transfrontalieri e la cooperazione tra Stati membri in caso di violazioni.

⁸⁴ Regolamento (UE) 2017/1128 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2017
<https://eurlex.europa.eu/legalcontent/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017R1128&from=DA>

3.2. Il diritto d'autore nel mercato unico digitale: direttiva 2019/790 UE

Ogni processo evolutivo dovrebbe essere graduale e costante, in maniera tale che giunti ad una data realtà si passi ad una fase successiva e più evoluta della stessa mediante una serie di cambiamenti intermedi. Tuttavia, l'evoluzione tecnologica corre più velocemente di quello che ci si possa aspettare con la conseguenza che il diritto esistente non riesce a mantenere il passo della tecnologia e dunque essere espressione di quella che è la nuova società. Così, dopo una prima proposta attinente l'adozione del Regolamento sulla portabilità emanato poi nel 2017, viene presentata il 14 settembre del 2016 dalla Commissione un pacchetto di proposte per andare nuovamente a adattare il diritto a quello che è il mercato unico digitale.

Già nella "Strategia Europa 2020" si sottolineava la necessità di superare le differenze fra i diversi regimi nazionali sul diritto d'autore e aprire maggiormente agli utenti l'accesso online alle opere in tutta l'UE. I contenuti digitali sono espressione di una nuova economia di cui non si riesce a cogliere pienamente la portata positiva a causa delle diverse policies nazionali.

La riforma avrebbe infatti incentivato la diffusione della cultura in Europa in un'ottica di avvicinamento delle diversità culturali tra popoli dell'Unione, facilitando l'accesso ai contenuti online transfrontalieri.

In particolare, la proposta prende in considerazione il regime delle eccezioni interrogandosi, visti i nuovi tipi di utilizzo di contenuti recentemente emersi, se esse siano ancora idonee a realizzare un giusto equilibrio tra i diritti e gli interessi degli autori e di altri titolari di diritti, da un lato, e degli utenti, dall'altro.⁸⁵

Nella proposta la Commissione individua in particolare tre settori di intervento:

1. utilizzi digitali e transfrontalieri nel settore dell'istruzione, supportando nuovi modi di insegnare e apprendere mediante i contenuti online;

⁸⁵ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market COM/2016/0593 final - 2016/0280 (COD)
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52016PC0593>

2. estrazione di testo e di dati per scopi di ricerca scientifica, e dunque garantire alle organizzazioni di ricerca che agiscono nell'interesse pubblico (come le università e gli istituti di ricerca) di effettuare operazioni di estrazione di testo e dati di contenuti protetti dal diritto d'autore, a cui hanno legalmente accesso, senza necessità di autorizzazione preventiva;
3. la conservazione del patrimonio culturale, infatti biblioteche, archivi, musei e altre istituzioni conservano il patrimonio culturale presso di sé, tuttavia al fine di preservare tali opere è spesso necessario effettuare una copia delle medesime, la Commissione propone dunque l'introduzione di un'eccezione obbligatoria a livello di UE che dia a tali istituzioni il diritto di copiare le opere in modo da renderle fruibili anche nel mondo digitale e permettendo in tal modo una più ampia diffusione della cultura.⁸⁶

Diversi sono dunque i fini a cui la proposta auspicava:

- semplificazione dei contratti di licenza inerenti le opere audiovisive su piattaforme VOD (video on demand) e facilitare la diffusione di opere fuori commercio;
- nuove eccezioni e limitazioni che permetterebbero di combattere la pirateria;
- introdurre un diritto di riproduzione e comunicazione al pubblico esclusivo in capo agli editori di giornali;
- obblighi di conclusione di contratti di licenza in capo a certi prestatori di servizi della società dell'informazione e un generale obbligo di monitoraggio dei contenuti per tutte le piattaforme ospitanti contenuti creativi⁸⁷

La necessità di introdurre anche per gli editori diritti di esclusiva è scaturita dal proliferare di servizi quali “aggregatori di notizie”, social media, e altri *provider* che permettono “l'indicizzazione”⁸⁸ e dunque raccogliere una vasta quantità di articoli

⁸⁶ European Commission – Fact Sheet, State of the Union 2016: Questions and answers on the modernization of EU copyright rules for the digital age, Strasbourg, 14 September 2016. (Pdf salvato)

⁸⁷ Un prestatore di servizi di condivisione di contenuti online deve ottenere un'autorizzazione dai titolari dei diritti per rendere disponibili al pubblico le opere caricate dai suoi utenti, ad esempio mediante la conclusione di un accordo di licenza. Qualora non sia concessa alcuna autorizzazione, le piattaforme interessate beneficiano di un meccanismo di mitigazione della responsabilità, ma devono compiere i «massimi sforzi» per assicurarsi che i contenuti non autorizzati non siano disponibili sui loro siti web. Devono compiere tali sforzi sulla base delle informazioni pertinenti e necessarie fornite dai titolari dei diritti. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/LSU/?uri=CELEX:32019L0790>

⁸⁸ Indicizzazione di un sito internet è il modo in cui il sito viene acquisito e interpretato dai motori di ricerca e quindi compare nelle loro pagine in risposta alle ricerche che gli utenti effettuano

e di informazioni che vengono mostrati all'utente nella pagina di ricerca sottoforma di frammenti i cd "*snippet*". Ciò permette agli utenti una ricerca più veloce e intuitiva grazie agli estratti di testo che vengono mostrati indirizzando in maniera più facile la ricerca, dall'altro lato comporta ovviamente perdite in termini economici per gli editori, poiché l'utente anziché recarsi sul sito editoriale e cercare l'informazione desiderata, utilizza canali che gli permettono uno scorrimento veloce di informazioni, cliccando poi solo su quella desiderata, e ovviamente ogni click in meno sul sito dell'editore equivale a una perdita di entrate.

Con riferimento invece alla scelta di imporre obblighi di conclusione di contratti licenza e di controllo alle piattaforme online risiede nel problema del value gap, ovvero della differenza tra il valore economico di ogni singolo brano/opera e l'incasso riconosciuto ai produttori/artisti. Si cerca di responsabilizzare ancora di più gli *Internet service provider* dando loro l'onere di un controllo generalizzato sugli utenti che usufruiscono delle loro piattaforme e caricano contenuti, inducendoli a adottare strumenti di filtraggio al fine di prevenire o "curare" le violazioni poste in essere.

Il 15 aprile 2019, nonostante i *rumors* e le critiche che avevano accompagnato la proposta, il Consiglio dell'Unione Europea ha approvato in via definitiva la direttiva 2019/790 UE sul diritto d'autore nel mercato unico digitale. Questo passo sancisce l'approvazione dei controversi articoli 15 e 17 (nella proposta erano rispettivamente l'art 11 e 13). Da un lato infatti, come già prospettava la bozza della direttiva, viene chiesto agli Stati membri di riconoscere agli editori i diritti di cui agli artt. 2 e 3 della direttiva 2001/29/CE, dunque riconoscere in capo tali soggetti un diritto esclusivo di riproduzione, nonché quello di autorizzare o vietare qualsiasi comunicazione al pubblico, in maniera tale da riuscire ad ottenere una *quota del compenso previsto per gli utilizzi dell'opera*. Le conseguenze più rilevanti interesseranno quindi gli aggregatori di notizie, che dovranno remunerare autori ed editori per poter pubblicare sulle loro piattaforme *snippet* di notizie e tale remunerazione dovrebbe avvenire attraverso l'introduzione di una "*link tax*". Ciò potrebbe comportare il venir meno del pluralismo dell'informazione online poiché le grandi piattaforme al fine di evitare il pagamento del compenso potrebbero smettere di indicizzare e

aggregare contenuti, con ripercussioni sui piccoli editori che perderebbero gran parte della loro visibilità e sarebbero condannati al fallimento.

L'art 17 ha invece previsto per gli *hosting provider* di grandi dimensioni l'onere di monitorare gli utenti e di filtrare i contenuti che vengono caricati in modo da prevenire violazioni del diritto d'autore.

Numerosi sono i dubbi connessi alle procedure di *notice and take down* le quali potrebbero finire col travolgere anche contenuti legali. I *Provider* gravati da tali nuove responsabilità e dalle ripercussioni in caso di violazioni da parte degli utenti potrebbero facilmente introdurre misure estremamente rigide per il caricamento di contenuti o un'eliminazione automatica degli stessi.

I colossi del web vengono lasciati troppo liberi nel definire i meccanismi di controllo generale dei materiali caricati dagli utenti con ingenti ripercussioni sulla tutela del diritto di espressione degli utenti online. Infatti, l'art 17 prevede che *“Gli Stati membri provvedono affinché gli utenti in ogni Stato membro possano avvalersi delle seguenti eccezioni o limitazioni esistenti quando caricano e mettono a disposizione contenuti generati dagli utenti tramite i servizi di condivisione di contenuti online: a) citazione, critica, rassegna; b) utilizzi a scopo di caricatura, parodia o pastiche.”*

Tali eccezioni potranno essere diverse da Stato a Stato con la conseguenza che nel dubbio i *Provider* preferiscano adottare misure più restrittive.

Il dibattito intorno tali articoli ha suscitato grande interesse e paure poiché da una parte c'è chi vi vede un bavaglio alla libera informazione e alla diffusione della cultura sul web, mentre dall'altro c'è chi vi ravvisa un doveroso bilanciamento di interessi tra la libera iniziativa sul web e i diritti degli autori e dei proprietari delle opere.⁸⁹

L'interrogativo alla luce della nuova normativa è: Può un'eccessiva tutela e prevenzione rischiare di fluire in privazione di diritti? Tuttavia, al fine di una risposta bisognerà esclusivamente attendere il recepimento della direttiva da parte dei diversi Stati attesa entro il 7 giugno 2021.

⁸⁹ Cit. Daga Maria Cristina, De Gaetano Alessandro, Direttiva Ue sul diritto d'autore, gli impatti in Italia: pro e contro, in Agenda Digitale <https://www.agendadigitale.eu/cultura-digitale/direttiva-ue-sul-diritto-dautore-gli-impatti-in-italia-pro-e-contro/>

3.3. La normativa italiana sul diritto d'autore e il recepimento delle direttive europee

La disciplina autoriale è regolata nel nostro ordinamento dalla legge n. 633 del 1941, che disciplina il regime delle opere intellettuali, nonché da alcune norme contenute nel Codice civile agli art. 2575 c.c. - 2583 c.c.

Dal combinato disposto degli articoli 1 L.d.A e 2575 c.c. si evince l'ambito di applicazione della tutela, *sono infatti protette ai sensi di questa legge le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro ed alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione*. In virtù del recepimento della convenzione di Berna la tutela ricomprende anche i programmi per elaboratore, considerati alla stregua di opere letterarie, e le banche dati che costituiscono invece creazione intellettuale dell'autore.

L'art 2 rappresenta invece un elenco specifico delle diverse opere tutelate, che va a ricomprendere ad esempio l'opera fotografica⁹⁰ ma anche l'industrial design⁹¹ e dunque quelle opere del disegno industriale che presentino di per sé carattere creativo ma anche valore artistico.

Tuttavia, nonostante il lungo elenco di opere tutelate, queste non devono essere considerate un *numerus clausus*, avendo tale elenco carattere esemplificativo e non tassativo.⁹² Il legislatore utilizza l'espressione "in particolare"⁹³ focalizzandosi su

⁹⁰ L'espressa previsione di una tutela ad hoc dell'opera fotografica risulta particolarmente importante poiché permette a quest'ultima di essere distinta dalla semplice fotografia alla quale è dedicata una tutela differente di cui al capo V del titolo II. Nel caso di un'opera fotografica si dà infatti rilievo alla capacità espressiva dell'autore e dunque di capacità artistiche proprie e determinate.

⁹¹ D.lgs. febbraio 2001 n.95

⁹² Auteri, Paolo, *Diritto d'autore*, in AA.VV. *Diritto industriale*, Torino, 2005, p. 491.

⁹³ Art.2 L.d.A. "In particolare sono comprese nella protezione: 2 1) le opere letterarie, drammatiche, scientifiche, didattiche, religiose, tanto se in forma scritta quanto se orale; 2) le opere e le composizioni musicali, con o senza parole, le opere drammatico-musicali e le variazioni musicali costituenti di per sé opera originale; 3) le opere coreografiche e pantomimiche, delle quali sia fissata la traccia per iscritto o altrimenti; 4) le opere della scultura, della pittura, dell'arte del disegno, della incisione e delle arti figurative similari, compresa la scenografia; 5) i disegni e le opere dell'architettura; 6) le opere dell'arte cinematografica, muta o sonora, sempreché non si tratti di semplice documentazione protetta ai sensi delle norme del capo quinto del titolo secondo; 7) le opere fotografiche e quelle espresse con procedimento analogo a quello della fotografia sempre che non si tratti di semplice fotografia protetta ai sensi delle norme del capo V del titolo II; 8) i programmi per elaboratore, in qualsiasi forma espressi purché originali quale risultato di creazione intellettuale dell'autore. Restano esclusi dalla tutela accordata dalla presente legge le idee e i principi che stanno alla base di qualsiasi elemento di un programma, compresi quelli alla base delle sue interfacce. Il termine programma comprende anche il materiale

determinati tipi opere ma senza che ciò vada a limitare i modi di espressione della creatività.⁹⁴ La norma infatti vuole offrire tutela a tutte quelle opere che siano frutto della creatività, e che quindi abbiano un *quid novi* che sia tale da contraddistinguerle dalle opere preesistenti. Con riferimento al concetto giuridico di creatività questo assume particolare rilievo poiché è tale caratteristica che consente di configurare un diritto esclusivo in capo all'autore e una conseguente restrizione della libertà dei terzi. Bisogna dunque capire in cosa consista tale "creatività", specificando come tale concetto nulla abbia a che vedere con la percezione estetica dell'opera.⁹⁵

Affinché si possa parlare di creatività non è necessario che l'opera costituisca una novità assoluta. Un'opera dell'ingegno riceve protezione a patto che sia riscontrabile in essa un atto creativo, seppur minimo, suscettibile di manifestazione nel mondo esteriore. La creatività non può essere esclusa soltanto perché l'opera consiste in idee e nozioni semplici, ricomprese nel patrimonio intellettuale di persone aventi esperienza nella materia.⁹⁶

preparatorio per la progettazione del programma stesso; 9) Le banche di dati di cui al secondo comma dell'articolo 1, intese come raccolte di opere, dati o altri elementi indipendenti sistematicamente o metodicamente disposti ed individualmente accessibili mediante mezzi elettronici o in altro modo. La tutela delle banche di dati non si estende al loro contenuto e lascia impregiudicati diritti esistenti su tale contenuto; 10) Le opere del disegno industriale che presentino di per sé carattere creativo e valore artistico."

⁹⁴ Nel predisporre tale elenco di carattere esemplificativo il nostro legislatore si va a distaccare dalle scelte operate in altri ordinamenti ad esempio: "dall'102(a) del *Copyright Act* statunitense prevede che la protezione sia accordata, in generale, a tutti gli *original works of authorship*, cui fa seguito un elenco solo esemplificativo degli stessi. Analogamente, l'art. L112-1 del *Code de la propriété intellectuelle* francese prende in considerazione, ai fini della protezione autoriale, «toutes les tubres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination», ricadendo all'interno di tale ampia categoria, «notamment» le opere indicate al successivo art. L112-2 CP". Spedicato Giorgio, *Principi di diritto d'autore*, il Mulino, 2020 Pg 40

⁹⁵ "È opportuno iniziare col dire che tale caratteristica nulla ha a che vedere con il pregio estetico o con il merito artistico dell'opera. Non occorre dunque che un'opera dell'ingegno sia bella, piacevole, interessante, per poter godere della tutela autoriale, potendo ricevere protezione anche creazioni brutte, scandalose o inutili" Spedicato Giorgio, *Principi di diritto d'autore*, il Mulino, 2020. Sempre del medesimo orientamento: Sirotti Gaudenzi, Andrea, and Patrizio Menchetti. *Il nuovo diritto d'autore: la tutela della proprietà intellettuale nella società dell'informazione: con formulario e giurisprudenza on line : opere letterarie, musicali, figurative, fotografie e immagini, format radiotelevisivi, software, banche dati, opere multimediali, biblioteche e istituti culturali, giornalismo, l'attività della SIAE alla luce della riforma del 2017 : aggiornato alla L. 4 dicembre 2017, n. 172, di conversione del D.L. 148/2017* 10. ed. Santarcangelo di Romagna (RN): Maggioli, 2018." Neppure è necessario che l'opera intellettuale esprima elementi di gradevolezza, né tantomeno di bellezza" Pg 47.

⁹⁶ è sufficiente un grado minimo di creatività e ciò vale soprattutto per le creazioni di carattere tecnico, rispetto alle quali le scelte di contenuto sono in parte obbligate dalle soluzioni che si propongono e che non possono che essere quelle che conducono al risultato voluto. Ciò che può essere variato, secondo la scelta discrezionale dell'autore, sono le modalità espressive Trib. Bologna, 14 ottobre 2013, n. 12773, la creatività e l'originalità sussistono anche qualora l'opera sia composta da idee e nozioni semplici, comprese nel patrimonio intellettuale di persone aventi esperienza nella materia propria dell'opera stessa, purché formulate ed organizzate in modo personale ed autonomo rispetto alle precedenti Cass. civ., sez. I, 12 gennaio 2007, n. 581. "L'opera dell'ingegno riceve protezione a condizione che in essa sia riscontrabile un atto creativo, seppur minimo, suscettibile di manifestazione nel mondo esteriore, con la conseguenza che la creatività non

La creatività assume dunque una valenza imprescindibile poiché è soltanto all'opera che presenti tali requisiti di originalità quella a cui viene concessa tutela e dunque riconosciuti in capo all'autore una serie di diritti morali e patrimoniali su di essa.

La normativa italiana riconosce all'autore sia diritti morali che economici.

Regolati dagli art.20 a 24 L.d.A., i diritti morali sono indipendenti dai diritti economici, con la conseguenza che anche nel momento in cui quest'ultimi vengono ceduti i diritti morali continuano a sopravvivere in capo all'autore. Essi sono considerati:

- Inalienabili⁹⁷, L'art.20 sottolinea infatti il rapporto indissolubile tra l'opera e l'autore. Si possono cedere i diritti di utilizzazione economica dell'opera pur restando titolari del diritto morale. Ex art. 21 l'autore dell'opera anonima o pseudonima ha sempre il diritto di rivendicarla facendone riconoscere la paternità, oppure ancora all'art. 22 stabilisce espressamente l'inalienabilità del diritto morale.⁹⁸
- Irrinunciabili e indisponibili
- Imprescrittibili, essendo un diritto indisponibile è sempre esercitabile ex art.2934 c.c. senza limiti di tempo.
- Illimitati, sopravvivendo sempre la volontà dell'autore anche dopo la sua morte.⁹⁹

I diritti morali ricomprendono: il diritto alla paternità dell'opera, all'integrità dell'opera, il diritto di inedito ed infine il diritto al cd pentimento.

può essere esclusa allorché l'opera consista in idee o nozioni semplici ricomprese nel patrimonio intellettuale di persone aventi esperienza in materia."Cass.civ.sez I, 23 marzo 2017, n 7477

⁹⁷ Tale caratteristica differenzia il nostro sistema da quello di common law che offre l'opportunità di cedere i diritti morali. Si pensi anche agli accordi TRIPs che prevedono esclusivamente diritti economici e non anche morali

⁹⁸ Unica deroga è quella prevista dall'art.22 secondo comma L.A. che ammette la cessione contrattuale del diritto di modificare l'opera. In questo caso l'autore non è più ammesso ad agire per impedire l'esecuzione dell'opera o chiederne la sua soppressione.

⁹⁹ Art 24 L.d.A: Il diritto di pubblicare le opere inedite spetta agli eredi dell'autore o ai legatari delle opere stesse, salvo che l'autore abbia espressamente vietata la pubblicazione o l'abbia affidata ad altri. Qualora l'autore abbia fissato un termine per la pubblicazione, le opere inedite non possono essere pubblicate prima della sua scadenza. Quando le persone indicate nel primo comma siano più e vi sia tra loro dissenso, decide l'autorità giudiziaria, sentito il pubblico ministero. È rispettata, in ogni caso, la volontà del defunto, quando risulti da scritto. Sono applicabili a queste opere le disposizioni contenute nella Sezione II del Capo II del Titolo III.

Con riferimento al diritto alla paternità si intende il diritto a far identificare o rivendicare l'opera come propria. Può assumere due vesti, da un lato prevede una "facoltà di identificazione" ovvero l'autore ha la libertà di scegliere se restare anonimo o essere identificato con il proprio nome o uno pseudonimo autore dell'opera, dall'altro versante "la facoltà di rivendicazione", infatti così come a quest'ultimo è data l'opportunità di agire sotto diverso nome e restare anonimo può in qualsiasi momento cambiare idea e svelare la sua identità rivendicando di essere autore dell'opera, inoltre ciò permette all'autore di impedire che altri si identifichino come autore della sua opera.

Nell'alveo dei diritti morali abbiamo poi il diritto all'integrità dell'opera, che viene garantita in primis attribuendo all'autore l'esclusività di modificare l'opera¹⁰⁰, ma anche nel momento in cui cedessero i diritti economici sulla medesima avrebbe comunque la possibilità di ottenere tutela ex art. 20 L.d.A. che sancisce espressamente il diritto dell'autore di opporsi a qualsiasi deformazione, mutilazione o altra modificazione dell'opera, se ciò può arrecare pregiudizio al suo onore e reputazione.¹⁰¹

Il diritto di inedito è il diritto dell'autore di decidere se pubblicare o meno una sua opera. Egli, infatti ha la possibilità di recedere ed opporsi ai contratti che abbiano autorizzato la pubblicazione. Se l'autore ha espressamente deciso di lasciare l'opera inedita gli eredi non potranno opporsi alla volontà del *de cuius*, che potrà essere sovrastata esclusivamente per ragioni di interesse dello Stato¹⁰².

Il diritto di inedito, che non deve essere confuso con il cd. diritto di pentimento, si esaurisce con la prima pubblicazione dell'opera. Mentre, il diritto di pentimento ovvero, il ritiro dell'opera dal commercio, è un diritto personalissimo che viene meno con la morte dell'autore. Tale figura ricorre in circostanze particolari quando sussistono "gravi ragioni morali" tali da indurre l'autore a recedere dai contratti di cessione dei diritti patrimoniali, salvo l'obbligo di indennizzare coloro che hanno

¹⁰⁰ Diritto garantito dall'art 18 L.d.A che rientra nella sezione I dedicata ai diritti economici/patrimoniali dell'autore

¹⁰¹ Art 2577 cc: L'autore ha il diritto esclusivo di pubblicare l'opera e di utilizzarla economicamente in ogni forma e modo, nei limiti e per gli effetti fissati dalla legge. L'autore, anche dopo la cessione dei diritti previsti dal comma precedente, può rivendicare la paternità dell'opera e può opporsi a qualsiasi deformazione, mutilazione o altra modificazione dell'opera stessa, che possa essere di pregiudizio al suo onore o alla sua reputazione.

¹⁰² Artt. 24 e 112 L.d.A.

acquistato il diritto di riprodurre, diffondere, eseguire, rappresentare o spacciare l'opera medesima.¹⁰³

I diritti autoriali espandono quindi a dismisura il potere dell'autore soprattutto con riferimento all'esclusività lui riconosciuta circa quelle che possono essere trasformazioni o rielaborazioni delle sue opere, potendo quindi opporre un vero e proprio veto laddove queste possano andare a ledere la sua persona.

Risulta quindi difficile andare ad individuare gli esatti confini entro cui si possono inserire le elaborazioni creative e quindi quelli che possono essere i nuovi contenuti generati dagli utenti che traggono ispirazione da opere già esistenti e tutelate dal diritto autoriale. Infatti per tali tipi di opere non possiamo parlare di una vera e propria rielaborazione creativa con la conseguenza che gli utenti laddove vogliano caricare contenuti "derivati" avranno sempre bisogno del consenso dell'autore.

L'autore ha sull'opera anche una serie di diritti di utilizzazione economica, tali diritti sono disciplinati nella sezione I della L.d.A. agli artt.12-19, e sono fra loro indipendenti, in quanto l'esercizio di uno di essi non esclude l'esercizio esclusivo di ciascuno degli altri diritti. Essi hanno per oggetto l'opera nel suo insieme ed in ciascuna delle sue parti. Dal combinato disposto dell'art. 2577c.c. e dell'art 12 L.d.A si ricava che i diritti patrimoniali sono i diritti esclusivi dell'autore di utilizzare economicamente la sua opera in ogni forma e modo, originale o derivato e di percepire un compenso per ogni tipo di utilizzazione della stessa.

Con riferimento alla natura giuridica il diritto d'autore rientra nell'ambito dei diritti assoluti, esso è infatti una forma del diritto di proprietà, dunque può essere esercitato erga omnes. Tuttavia a differenza dei diritti morali che sono irrinunciabili e illimitati, i diritti di utilizzazione economica sono rinunciabili, possono essere

¹⁰³ Aart.143 L.d.A.: L'Autorità giudiziaria, se riconosce che sussistono gravi ragioni morali invocate dall'autore, ordina il divieto della riproduzione, diffusione, esecuzione, rappresentazione o spaccio dell'opera, a condizione del pagamento di una indennità a favore degli interessati, fissando la somma dell'indennizzo e il termine per il pagamento. L'Autorità giudiziaria può anche pronunciare provvisoriamente il divieto con decreto su ricorso, se sussistono ragioni di urgenza, prima della decadenza del termine indicato nell'ultimo comma dell'articolo precedente, previo, occorrendo, il pagamento di una idonea cauzione. Se l'indennità non è pagata nel termine fissato dall'Autorità giudiziaria cessa di pieno diritto la efficacia della sentenza. La continuazione della riproduzione, diffusione, esecuzione, rappresentazione o spaccio dell'opera, dopo trascorso il termine per ricorrere all'Autorità giudiziaria, previsto nell'ultimo comma dell'articolo precedente, dopo dichiarato sospeso il commercio dell'opera, è soggetta alle sanzioni civili e penali comminate da questa legge per le violazioni del diritto di autore

oggetto di cessione a terzi¹⁰⁴ e hanno una durata limitata nel tempo “ *durano tutta la vita dell'autore e sino al termine del settantesimo anno solare dopo la sua morte*” mentre “*Nelle opere anonime o pseudonime, [...]la durata dei diritti di utilizzazione economica è di settanta anni a partire dalla prima pubblicazione, qualunque sia la forma nella quale essa è stata effettuata.*” se l'autore esercita il diritto di rivendicazione allora troverà applicazione l'art 25 L.d.A.

Nell'ambito dei diritti di utilizzazione economica distinguiamo:

- il diritto di riproduzione inerente le modalità, qualunque sia il tipo di procedimento, mediante le quali l'opera può essere moltiplicata e dunque creare più esemplari della stessa;
- il diritto di esecuzione, interpretazione e recitazione;
- i diritti di tradurre, elaborare, modificare, trasformare, pubblicare in raccolta l'opera;
- il diritto di distribuzione, intendendosi per tale la messa in commercio o in circolazione, o altra modalità di messa a disposizione del pubblico, qualunque sia il mezzo o il titolo;
- i diritti di prestito e noleggio, ovvero le modalità di fruizione temporanea dell'opera, sia essa a scopo di lucro o meno;
- il diritto di comunicazione al pubblico;
- il diritto di messa a disposizione del pubblico;

Sono proprio alcuni dei diritti di utilizzazione economica che saranno interessati dalla direttiva 2001/29 , che verrà recepita in Italia con il D.lgs. n. 68 del 2003, che va ad aggiornare la L. 633/41 sul diritto d'autore con il fine di un' armonizzazione della materia nell'Unione Europea e adeguamento alla nuova società dell'informazione, andando ad inserire disposizioni inerenti alle misure tecnologiche di protezione, il diritto di messa a disposizione del pubblico, e andando ad apportare alcune modifiche ai diritti di riproduzione, distribuzione nonché

¹⁰⁴ L'art 2581cc prevede infatti la trasferibilità dei diritti di utilizzazione a condizione che il trasferimento avvenga per atto tra vivi e forma scritta ad probationem, mentre l'art 107 L.d.A prevede che “diritti di utilizzazione spettanti agli autori delle opere dell'ingegno, nonché i diritti connessi aventi carattere patrimoniale, possono essere acquistati, alienati o trasmessi in tutti i modi e forme consentiti dalla legge, salva l'applicazione delle norme contenute in questo capo”

rivalutando il quadro delle eccezioni con l'obbiettivo di adattarli alle nuove tecnologie.

Con riferimento al diritto di riproduzione l'art.1 del D.lgs. 68/2003 va a modificare l'art 13 della L.d.A:

“Il diritto esclusivo di riprodurre ha per oggetto la moltiplicazione in copie diretta o indiretta, temporanea o permanente, in tutto o in parte dell'opera, in qualunque modo o forma, come la copiatura a mano, la stampa, la litografia, l'incisione, la fotografia, la fonografia, la cinematografia ed ogni altro procedimento di riproduzione.”

Attraverso la nuova formulazione il diritto di riproduzione non solo può ricadere solo su una parte dell'opera, ma riesce a ricomprendere tutti i mezzi di trasmissione andando a risolvere il problema della digitalizzazione dell'opera che dunque è considerata riproduzione. Mentre prima affinché si parlasse di riproduzione era necessario un collegamento al supporto fisico (riproduzione su CD-DVD ecc.), oggi invece la riproduzione può essere anche immateriale (servizi cloud) poiché anche le attività di *upload* e *download* costituiscono riproduzione dell'opera.

Con riferimento al diritto di distribuzione, per tale si intende il modo in cui l'autore può rendere l'opera accessibile al pubblico. Egli, può decidere se commercializzare la medesima, oppure prestarla o farla noleggiare.

Il diritto di distribuzione, in origine non era un diritto esclusivo dell'autore ma appendice del diritto di riproduzione. Esso verrà per la prima volta riconosciuto dalla Convenzione di Berna, limitando tuttavia tale diritto all'atto di prima messa in circolazione dell'opera. Per quanto riguarda il nostro ordinamento tale diritto era già riconosciuto dalla legge del 41' ed era considerato autonomo rispetto al diritto di riproduzione, conseguentemente nel momento in cui veniva data la possibilità dall'autore di riprodurre l'opera, essa non comportava anche dalla possibilità di distribuirlo e dunque commercializzarlo. La novella del 68' ha apportato modifiche al diritto in questione regolato all'art 17 L.d.A.¹⁰⁵ introducendo novità il principio di esaurimento del diritto.

¹⁰⁵ Art.17 L.d.A.: Il diritto esclusivo di distribuzione ha per oggetto la messa in commercio o in circolazione, o comunque a disposizione del pubblico, con qualsiasi mezzo ed a qualsiasi titolo, dell'originale dell'opera o degli esemplari di essa e comprende, altresì, il diritto esclusivo di introdurre nel territorio degli Stati della Comunità europea, a fini di distribuzione,

Come sappiamo tale principio opera nel momento della prima messa in circolazione dell'opera tuttavia per quelle che sono le opere messe a disposizione del pubblico "on demand" non vige il principio dell'esaurimento¹⁰⁶ e quindi il diritto di distribuzione sulle reti telematiche non si esaurisce con il primo atto di messa in circolazione.

Nel 1982 alla luce delle nuove tecnologie si configurava l'ipotesi di introdurre il concetto di "messa a disposizione del pubblico" al fine di inquadrare il fenomeno della trasmissione a distanza di materiale digitalizzato.¹⁰⁷

L'evoluzione dirompente delle nuove tecnologie di trasmissione stava avendo dunque un impatto negativo sui diritti di riproduzione e distribuzione, di conseguenza anziché ampliare i diritti appena menzionati, si preferì introdurre un nuovo diritto quello di comunicazione al pubblico, con lo scopo di ricomprende la trasmissione interattiva.

La messa a disposizione al pubblico dell'opera non è altro che una differente modalità di diffusione. Mentre solitamente abbiamo un soggetto (fornitore) che offre alla massa un determinato contenuto che questa può visionare solo su un determinato canale ad un'ora prefissata, con gli strumenti digitali si cominciano a diffondere meccanismi *peer to peer*, dove l'invio di dati, la trasmissione, avviene su richiesta di un singolo soggetto che visiona il contenuto nel luogo e nel momento che più preferisce, in tal modo la res può essere trasmessa all'infinito ad un numero indeterminato di soggetti in danno al diritto di distribuzione dell'autore.

Alla luce di tali considerazioni, come abbiamo visto non solo viene modificato l'articolo 17, in maniera tale da non subordinare la trasmissione digitale al principio di esaurimento del diritto, ma viene modificato anche l'art 16 L.d.A¹⁰⁸ "il diritto

le riproduzioni fatte negli Stati extracomunitari. 2. Il diritto di distribuzione dell'originale o di copie dell'opera non si esaurisce nella Comunità europea, se non nel caso in cui la prima vendita o il primo atto di trasferimento della proprietà nella Comunità sia effettuato dal titolare del diritto o con il suo consenso. 3. Quanto disposto dal comma 2 non si applica alla messa a disposizione del pubblico di opere in modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente, anche nel caso in cui sia consentita la realizzazione di copie dell'opera. 4. Ai fini dell'esaurimento di cui al comma 2, non costituisce esercizio del diritto esclusivo di distribuzione la consegna gratuita di esemplari delle opere, effettuata o consentita dal titolare a fini promozionali, ovvero di insegnamento o di ricerca scientifica.

¹⁰⁶ Ex art 16.2 e 17 commi 2 e 3 Legge diritto d'autore

¹⁰⁷ Cfr. Marzano, Paolo. *Diritto d'autore e digital Technologies: il digital copyright nei Trattati OMPI, nel DMCA e nella normativa comunitaria* Milano: Giuffrè, 2005. Pg 167-172

¹⁰⁸ Tali modifiche vengono apportate al fine di recepire l'art 3 direttiva 2001/29

esclusivo di comunicazione al pubblico su filo o senza filo dell'opera ha per oggetto l'impiego di uno dei mezzi di diffusione a distanza, quali il telegrafo, il telefono, la radio, la televisione ed altri mezzi analoghi e comprende la comunicazione al pubblico via satellite, la ritrasmissione via cavo, nonché le comunicazioni al pubblico codificate con condizioni particolari di accesso; comprende altresì la messa a disposizione del pubblico dell'opera in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente“. In tal modo il legislatore ricomprende tra gli strumenti che permettono la comunicazione col pubblico anche quella che è la rete telematica. Il diritto di comunicazione al pubblico non si esaurisce con i relativi atti di esercizio, ma per ogni diffusione è necessaria la relativa autorizzazione degli autori e deve essere corrisposto il compenso stabilito ai titolari dei diritti connessi (art. 73 e 73-bis L.d.A.).

La novella del 68', in attuazione degli art. 6 e 7 Direttiva 2001/29, ha portato all'introduzione nella L.d.A. del Titolo II-ter "*Misure tecnologiche di protezione. Informazioni sul regime dei diritti*" costituendo una delle principali novità della *subiecta materia*.

In particolare, l'art 102quarter attribuisce ai titolari del diritto d'autore e diritti connessi la possibilità di apporre sulle loro opere misure tecnologiche al fine di impedire o limitare l'utilizzo illecito delle stesse.¹⁰⁹

Le misure si considerano efficaci nel caso in cui l'uso dell'opera o del materiale protetto sia controllato dai titolari tramite l'applicazione di un dispositivo di accesso o di un procedimento di protezione, quale la cifratura, la distorsione o qualsiasi altra trasformazione dell'opera o del materiale protetto, ovvero sia limitato mediante un meccanismo di controllo delle copie che realizzi l'obiettivo di protezione. A sua volta il successivo art. 102-*quinquies* L.d.A. prevede che i titolari dei diritti possano inserire informazioni elettroniche sul regime dei diritti sulle opere o sui materiali protetti o possono essere fatte apparire nella comunicazione al pubblico degli stessi.

Le informazioni elettroniche sul regime dei diritti identificano l'opera o il materiale

¹⁰⁹ Marzano, Paolo. *Diritto d'autore e digital Technologies: il digital copyright nei Trattati OMPI, nel DMCA e nella normativa comunitaria* Milano: Giuffrè, 2005.

protetto, nonché l'autore o qualsiasi altro titolare dei diritti. Tali informazioni possono altresì contenere indicazioni circa i termini o le condizioni d'uso dell'opera o dei materiali, nonché qualunque numero o codice che rappresenti le informazioni stesse o altri elementi di identificazione. In tal modo dando attuazione a tali misure tecnologiche di protezione, i Trattati OMPI e dunque la Direttiva 2001/29, riconoscono implicitamente la possibilità agli autori di controllare l'accesso alle proprie opere. Il riconoscimento di un diritto d'accesso ha dato luogo ad un acceso dibattito, che oggi più che mai alla luce della nuova direttiva europea risulta più che attuale.

Insieme l'introduzione di norme inerenti "misure tecnologiche di protezione" un'altra importante novità si ha in tema di eccezioni e limitazioni.

Come sappiamo ex art 12 L.d.A l'autore ha il diritto esclusivo di utilizzare economicamente l'opera, tuttavia la legge individua limiti ed eccezioni al contenuto patrimoniale del diritto d'autore per esigenze di pubblica informazione, di libera discussione delle idee, di diffusione della cultura e di studio. Il legislatore va dunque a contemperare quelle che sono le esigenze di tutela dell'autore, introducendo eccezioni o limitazioni, che risultano giustificate da un interesse sociale. Il D.lgs. 68/2003 va dunque a modificare il Capo V del Titolo I della L.d.A. al fine di adeguarlo all'art 5 della direttiva europea 2001/29 affinché sia *garantito un giusto equilibrio tra i diritti e gli interessi delle varie categorie di titolari nonché tra quelli dei vari titolari e quelli degli utenti dei materiali protetti.*

All'esito dell'opera di adattamento, le norme in tema di eccezioni potevano essere suddivise in due categorie. Una prima che ricomprende di articoli da 65 a 71 L.d.A. aventi ad oggetto ipotesi di specifiche di usi consentiti dell'opera altrui, siano essi usi del tutto liberi o subordinati al pagamento di un'equa remunerazione, sulle quali la novella del 68' non ha avuto un forte impatto.

Nella seconda categoria invece rientrano nuove disposizioni che sono espressione di un allineamento del diritto d'autore con la nuova società dell'informazione e dunque del tutto estranee rispetto la normativa precedente, vengono così introdotti l'art 71 ter-quarter-quinquies-sexies-septies-nonies e diecies.

Tuttavia la più recente direttiva 2019/790 UE, di cui è atteso il recepimento per il 7 giugno 2021, va a modificare alcuni aspetti della direttiva 2001/29, andando in particolare ad apportare importanti modifiche in tema di eccezioni e misure tecnologiche di protezione. Dell'evoluzione quindi in tema di subjecta materia si discernerà nei capitoli successivi, al fine di comprenderne la ratio evolutiva, le criticità e il ruolo in tali dinamiche degli Internet service provider nella circolazione delle opere creative.

Capitolo II: Il quadro evolutivo delle eccezioni

SOMMARIO:

Prologo – 4. Eccezioni e limitazioni a livello internazionale: La Convenzione di Berna e la clausola “*three step test*” – 4.1. Eccezioni e limitazioni determinate – 4.1.2. Clausola “*three step test*” – 4.2. Eccezioni e limitazioni nella Direttiva 2001/29 CE – 4.3. Misure tecnologiche di protezione – 4.4. Uno spiraglio di apertura per gli UGC – 4.5. Il regime delle Libere utilizzazioni nell’ordinamento nazionale – 4.5.1. Il diritto di cronaca – 4.5.2. La citazione e riassunto per fini di critica, insegnamento e ricerca e la pubblicazione sulla rete di opere a bassa risoluzione – 4.6. Eccezione *ad hoc* per gli Ugc – 4.7. Le eccezioni nella nuova direttiva europea.

Prologo

La presente trattazione vuole focalizzarsi e prendere in considerazione non solo il diritto d’autore *ex se* ma anche l’impatto che questo ha sulla nuova società frutto del web 2.0. Come abbiamo avuto modo di analizzare nel capitolo precedente la Rete ha dato vita ad una nuova società la cd. “società dell’informazione” caratterizzata da un flusso continuo di interazioni e connessioni tra i suoi consociati. Gli utenti hanno cercato di sfruttare al massimo le potenzialità della Rete dando sfogo al loro estro creativo e diventando essi stessi creatori di contenuti e non più meri spettatori. Oggi ognuno di noi con il proprio smartphone è in grado di proiettarsi su una realtà sconfinata che è quella dell’Internet e interagire con altri milioni di utenti grazie alle piattaforme social. Sono proprio tali piattaforme che hanno incentivato il diffondersi di una nuova cultura e conoscenza mettendo in atto una vera e propria rivoluzione i cui principi cardine sono stati “interazione”, “connessione” e “condivisione” caratteristiche che hanno segnato il passaggio dal web statico a quello dinamico/partecipativo.

Assistiamo infatti ad una commistione tra fruizione e creazione che è punto cardine delle piattaforme social che inglobano al loro interno una pluralità di servizi molto diversi tra loro, accomunati da un elemento: lo sfruttamento dei contenuti prodotti dagli utilizzatori, o user-generated content (UGC).

Oggi ognuno di noi nel suo piccolo può essere infatti considerato un creator content, tuttavia è necessario tenere sempre presente che “la mia libertà finisce ove comincia il diritto altrui” dove per diritto altrui in questo caso intendiamo il diritto d’autore.

Le nuove tecnologie hanno infatti contribuito a rendere più facile e agevole non solo la diffusione di contenuti protetti dal diritto autoriale ma anche la loro manipolazione, integrazione andando quindi a incidere su quelli che sono tanto i diritti morali che patrimoniali riconosciuti da sempre agli autori. Come sappiamo la normativa internazionale, comunitaria e nazionale hanno sempre previsto dei limiti a quello che è il diritto autoriale al fine di riuscire a bilanciare quelli che sono i diversi interessi in gioco, ovvero quelli degli autori e quelli della collettività in virtù dell’esigenza di tutelare l’interesse comune alla diffusione di idee, conoscenze e informazioni. Ci si domanda tuttavia se ad oggi quell’insieme di eccezioni sia idoneo a tutelare anche gli utenti che generano contenuti in particolar modo se sia possibile per quest’ultimo creare opere derivate senza la necessità di un consenso da parte dell’autore dell’opera derivata.

Risulta dunque essenziale soffermarci nel dettaglio e prendere in considerazione il percorso evolutivo delle eccezioni partendo dalla nota convenzione di Berna 1886 per arrivare ai giorni nostri.

4. Eccezioni e limitazioni a livello internazionale: La Convenzione di Berna e la clausola “three step test”

4.1. Eccezioni e limitazioni determinate

Se da un lato risulta essenziale prevedere dei diritti esclusivi in capo agli autori di opere dell’ingegno al tempo stesso non si può dimenticare l’esigenza sociale di utilizzare liberamente tali opere onde ampliare la conoscenza umana. Prendiamo ad esempio in considerazione l’art. 41 della Costituzione. Come noto l’art. 41 sancisce la libertà del diritto di iniziativa economica privata che tuttavia non può svolgersi in contrasto con quelle che sono le esigenze di utilità sociale, libertà e dignità umana.

Dunque, tale diritto non è assoluto ma deve tener conto dei limiti di legge ed essere esercitato in un'ottica solidaristica. Essendo il diritto d'autore oggetto dell'azione economica anche tale diritto deve essere esercitato in un'ottica solidale e mitigato con quelle che sono le esigenze della collettività. Si deve dunque tenere presente la funzione sociale che l'opera può assumere e in virtù di ciò renderla accessibile a tutti. La ricerca di un equilibrio tra interessi individuali e collettivi è da sempre punto di partenza per le normative internazionali in materia di diritto d'autore così come testimoniano l'art. 7 TRIPS ed il OMPI Copyright Treaty, nel cui preambolo si può leggere “[...] *la necessità di salvaguardare un equilibrio tra i diritti degli autori ed il più ampio interesse pubblico, in particolare istruzione, ricerca ed accesso all'informazione*”.

Ancor prima tale esigenza di bilanciamento era stata oggetto della Convenzione di Berna del 1886 che aveva preso atto dell'esigenza di tutelare il diritto d'autore e di trovare un equilibrio con altri diritti ugualmente degni di nota. Se un'adeguata tutela e remunerazione è alla base della creazione di nuove opere (l'autore sentendosi tutelato è incentivato a creare) al tempo stesso è la creazione di nuove opere ad esserne stimolo di nuove, concetto che può essere riassunto con l'antico brocardo “*ex libris libri fiunt*”. Affinché tali fattori vengano garantiti è dunque essenziale che alla tutela autoriale sia affiancata una disciplina concernente le eccezioni e i limiti a siffatta materia.

Con riferimento alla disciplina delle eccezioni e limitazioni la Convenzione di Berna opera una bipartizione: abbiamo una prima categoria di eccezioni al diritto autoriale esattamente individuate e giustificate da finalità socialmente rilevanti e una seconda categoria riferita esclusivamente al diritto di riproduzione contenuta all'art 9 della Convenzione di Berna subordinato alla sussistenza di determinate condizioni.

Prendiamo in considerazione la prima categoria che secondo Sam Ricketson ¹¹⁰può essere a sua volta suddivisa in:

- Limiti alla protezione;
- Eccezioni alla protezione;

¹¹⁰WIPO Study on Limitations, Exceptions of Copyright, and Related Rights in the Digital Environment prepared by Mr. Sam Ricketson, Professor of Law, University of Melbourne and Barrister, Victoria, Australia.
https://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=16805

- Licenze obbligatorie e *minor exceptionis*;

Con riferimento alla prima categoria rientrano al loro interno gli articoli 2.4 e 2.8 e 2bis della Convenzione di Berna.

L'art 2.4 lascia liberi gli Stati di accordare o meno una tutela a quelli che sono i testi legislativi, amministrativi e giudiziari e decidere quindi se essi debbano cadere o meno in pubblico dominio. L'art 2.8 esclude invece una qualsiasi protezione alle notizie del giorno o a fatti di cronaca che assumono la veste di semplici informazioni di stampa. In tal caso per comprendere tale eccezione bisogna prendere in considerazione la dicotomia tra idee ed espressioni. Il diritto d'autore, infatti, non tutela quelle che sono le semplici idee, che sono alla portata di tutti e da tutti percepibili, ma oggetto della tutela sono le "espressioni" ovvero la concreta forma dell'opera e non le idee che questa sottende.¹¹¹

È il modo in cui tali idee prendono vita, il particolare modo di esprimerle ed elaborarle e dunque l'apporto creativo fornito che viene tutelato non l'idea *ex se*.

Di conseguenza poiché gli eventi e i fatti della realtà quotidiana sono percepibili da qualsiasi uomo, tali notizie non possono essere tutelate dal diritto d'autore ma al contrario devono essere accessibili *erga omnes* al fine di garantire il libero flusso delle informazioni. Tali notizie e fatti potranno godere della tutela autoriale nel momento in cui costituiranno una originale organizzazione di dati della realtà empirica.

Infine, l'art 2bis attribuisce agli Stati la possibilità di escludere in tutto o in parte una tutela a quelli che sono i discorsi politici e quelli pronunciati nei dibattiti giudiziari prevedendo tuttavia che debba essere riconosciuto in capo all'autore il diritto esclusivo di effettuare una raccolta/compilazione di tali opere.

Con riferimento alle eccezioni alla protezione rinveniamo gli art. 10 e 10 bis della Convenzione di Berna. L'art. 10 prevede la possibilità di effettuare citazioni di opere¹¹² che sono state già legalmente messe a disposizione del pubblico, la norma

¹¹¹ Cfr. Marzano, Paolo. Diritto d'autore e digital Technologies: il digital copyright nei Trattati OMPI, nel DMCA e nella normativa comunitaria Milano: Giuffrè, 2005, Pg 265

¹¹² Art 2.1 Convenzione di Berna: L'espressione «opere letterarie e artistiche» comprende ogni produzione del dominio letterario, scientifico o artistico, qualunque sia il modo o la forma d'espressione, come: libri, opuscoli e altri scritti; conferenze, allocuzioni, sermoni e altre opere della stessa natura; le opere drammatiche o drammatico-musicali, le opere coreografiche e le pantomime, la cui messa in scena sia fissata per iscritto o altrimenti; le composizioni musicali, con o

non prevede dei limiti quantitativi o qualitativi alla loro fruizione ma sono liberamente utilizzabili a condizione che la loro realizzazione sia conforme agli usi e in misura giustificata dallo scopo.

Bisogna dunque capire cosa si debba intendere per “conformità agli usi” e “in misura giustificata allo scopo”. Con riferimento al primo requisito possiamo dire che la citazione è conforme agli usi e dunque giusta nel momento in cui ciò non vada ad arrecare pregiudizio al normale sfruttamento dell’opera e ledere i legittimi interessi dell’autore. L’articolo 10.1 non menziona la possibilità che tali usi abbiano luogo in virtù di una licenza obbligatoria ma orientativamente quando un uso a titolo di citazione è remunerato e rientra nell’ambito dello scopo giustificato questo dovrebbe soddisfare più prontamente il requisito della conformità agli usi.¹¹³

Il secondo criterio “in misura giustificata allo scopo” si possono prendere in considerazione a titolo esemplificativo le citazioni per "scopi scientifici, critici, informativi o educativi". Altri esempi sono citazioni di opere storiche e di altri studiosi con lo scopo di illustrare o spiegare un particolare punto di vista o argomento.

La Commissione incaricata non ritenne opportuno andare ad elencare nello specifico tutte quelle ipotesi che giustificherebbero l’utilizzo di citazioni poiché sarebbe risultato troppo limitativo e riduttivo. Bisogna infine sottolineare che tale eccezione è di natura obbligatoria e non permissiva.

A differenza delle altre eccezioni che lasciano liberi gli Stati di adottare o meno la deroga andando esclusivamente ad individuare i limiti entro il quale possono operare, in tal caso il legislatore internazionale impone agli Stati l’obbligo di prevedere il libero utilizzo delle citazioni legittimamente effettuate.

Il secondo comma dell’art. 10 prevede un’eccezione per gli utilizzi a scopi didattici di opere letterarie o artistiche a titolo illustrativo, fissando i limiti entro i quali le

senza parole; le opere cinematografiche e quelle ottenute mediante un processo analogo alla cinematografia; le opere di disegno, pittura, architettura, scultura, incisione e litografia; le opere fotografiche e quelle ottenute mediante un processo analogo alla fotografia; le opere delle arti applicate; le illustrazioni, le carte geografiche; i piani, schizzi e lavori plastici relativi alla geografia, alla topografia, all’architettura o alle scienze.

¹¹³ WIPO Study on Limitations, Exceptions of Copyright, and Related Rights in the Digital Environment prepared by Mr. Sam Ricketson, Professor of Law, University of Melbourne and Barrister, Victoria, Australia.

https://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=16805

legislazioni nazionali possono operare. In tal caso sono infatti gli Stati a regolare mediante accordi le eccezioni per scopi didattici limitandosi la Convenzione di Berna a statuire che in ogni caso tale utilizzazione dovrà essere effettuata conformemente ai buoni usi e nella misura giustificata dallo scopo.

Sia per le citazioni che per le utilizzazioni per fini didattici è necessario che sia sempre indicata la fonte e il nome dell'autore.

L'ultima eccezione rientrante nella seconda categoria è quella all'art. 10 bis in base al quale è riservato agli Stati la facoltà di permettere la riproduzione mediante qualsiasi mezzo di diffusione¹¹⁴ di articoli di attualità su argomenti economici, politici, religiosi a condizione che la fonte sia sempre chiaramente individuata. Se da un lato dunque amplia la portata dei mezzi di diffusione a cui si può riferire l'eccezione dall'altro lato essa cade solo su articoli aventi un oggetto determinato (economico-politico-religioso) e caratterizzati dall'attualità e dunque articoli che non si riferiscono ad eventi ormai passati.

In conclusione, il paragrafo 2 dell'art.10 bis si sofferma sull'attività di reportage che può essere corredata da elementi fotografici, cinematografici, di radiodiffusione degli eventi narrati, in tal caso spetterà sempre agli Stati prevedere eccezioni per le loro utilizzazioni a condizione che ciò sia conforme all'esigenza della diffusione di informazioni.¹¹⁵

Con riferimento all'ultima categoria rinveniamo le cd. *Minor exceptionis* e alcune licenze obbligatorie espressamente previste dalla Convenzione di Berna.

L'articolo 11.2bis e l'articolo 13.1 della Convenzione di Berna forniscono la base giuridica per la concessione di licenze obbligatorie a livello internazionale che tuttavia devono essere tali da non pregiudicare il diritto dell'autore ad un equo compenso.

¹¹⁴ Art. 10bis Convenzione di Berna: 1) È riservata alle legislazioni dei Paesi dell'Unione la facoltà di permettere la riproduzione per mezzo della stampa, la radiodiffusione o la trasmissione per filo al pubblico di articoli di attualità su argomenti economici, politici, religiosi, pubblicati in giornali o riviste periodiche, oppure di opere radiodiffuse aventi lo stesso carattere, nei casi in cui la riproduzione, la radiodiffusione o la predetta trasmissione non ne siano espressamente riservate. Tuttavia, la fonte deve essere sempre chiaramente indicata; la sanzione di questo obbligo è stabilita dalla legislazione del Paese dove la protezione è richiesta.

¹¹⁵ Art. 10 bis Convenzione di Berna: 2) È del pari riservato alla legislazione dei Paesi della Unione di stabilire le condizioni alle quali, nei resoconti di avvenimenti di attualità mediante la fotografia, la cinematografia, la radiodiffusione o la trasmissione per filo al pubblico, le opere letterarie od artistiche viste o udite durante l'avvenimento possono, nella misura giustificata dalle finalità informative, essere riprodotte e rese accessibili al pubblico.

L'articolo 11bis, paragrafo 2, sancisce il diritto di comunicazione al pubblico mediante qualsiasi mezzo di diffusione¹¹⁶ all'autore di opere letterarie o artistiche ma i Paesi dell'Unione possono tuttavia determinare condizioni per l'esercizio di tale diritto senza che ciò possa arrecare pregiudizio ai diritti morali dell'autore né al suo diritto ad ottenere un'equa remunerazione.

L'articolo 13 prevede invece licenze obbligatorie in relazione alla registrazione di opere musicali, l'articolo parla infatti di riserve e condizioni che gli Stati possono opporre a tale diritto esclusivo degli autori che tuttavia dovrà sempre essere rispettose del diritto dell'autore ad ottenere un equo compenso.

Oltre alle eccezioni espresse contenute nella Convenzione ve ne sono alcune implicite non espressamente menzionate all'interno della Convenzione.

4.1.2. Clausola Three-step-test

Dopo una prima disamina sulle eccezioni e limitazioni avente carattere puntuale, la nostra attenzione si deve soffermare su un'attenta analisi dell'art. 9 della Convenzione di Berna, adottato nell'ambito della Conferenza di Revisione di Stoccolma del 1967, che lascia liberi gli Stati di adottare limitazioni ed eccezioni al diritto di riproduzione a condizione del superamento di un triplice vaglio: il cd. *Three-step-test*.

Il meccanismo introdotto svolgerà una funzione primaria nel processo di armonizzazione della disciplina, soprattutto alla luce delle diverse tradizioni giuridiche ma anche socio-culturali fra gli Stati membri, diventando parametro di riferimento nella ricerca di un punto di intersezione fra interessi contrapposti: quelli ad un'adeguata remunerazione per gli autori e dall'altro lato la libertà di espressione.

Tali eccezioni e limitazioni devono:

¹¹⁶ Art. 11bis Convenzione di Berna: 1) Gli autori di opere letterarie ed artistiche hanno il diritto esclusivo di autorizzare: 1° la radiodiffusione delle loro opere o la comunicazione al pubblico di esse mediante qualsiasi altro mezzo atto a diffondere senza filo segni, suoni od immagini; 2° ogni comunicazione al pubblico, con o senza filo, dell'opera radiodiffusa, quando tale comunicazione sia eseguita da un ente diverso da quello originario; 3° la comunicazione al pubblico, mediante altoparlante o qualsiasi altro analogo strumento trasmettitore di segni, suoni od immagini dell'opera radiodiffusa.

1. trovare applicazione solo in determinati casi speciali,
2. non devono arrecare danno al normale sfruttamento dell'opera,
3. non causare un pregiudizio ingiustificato agli interessi legittimi dell'autore.

La clausola nasce esclusivamente per limitare il diritto alla riproduzione.

All'epoca dell'emanazione della Convenzione di Berna molti Paesi presentavano infatti già delle eccezioni *ad hoc* per il diritto in questione con la conseguenza che se si fosse adottato quale strumento giuridico quella dell'elencazione esaustiva delle singole eccezioni si sarebbe ingiustificatamente svuotato il diritto degli autori, di conseguenza si preferì introdurre una clausola di portata generale che fungesse da principio guida onde capire quando l'eccezione fosse legittima o meno.

Col tempo tale meccanismo dapprima con gli accordi TRIPs e successivamente con i Trattati OMPI del 96' ha espanso sempre di più la sua portata diventando metodo generale di giudizio di legittimità di qualsiasi norma che comporti una limitazione al diritto d'autore e ai diritti connessi.

Il *three-step test* opera mediante una continua interazione dei suoi tre principi che permette poi di stabilire quali sono quelle ipotesi eccezionali in cui il diritto patrimoniale dell'autore deve essere ritenuto inopponibile all'utente legittimo oppure deve essere ridotto a mero diritto di credito.¹¹⁷

La clausola amplierà il suo ambito di applicazione in seguito alla stipulazione dell'accordo TRIPs¹¹⁸ che ha come conseguenza l'adesione da parte degli Stati aderenti anche alle disposizioni 1-21 della Convenzione di Berna in virtù dell'art.9 par 1 TRIPs.

In tal modo la clausola *Three-step-test* è incorporata sia in maniera indiretta dall'Accordo TRIPs, sia in maniera diretta nel momento in cui ne fa espressa menzione all'art.13 TRIPs “ *i Membri possono imporre limitazioni o eccezioni ai diritti esclusivi soltanto in taluni casi speciali che non siano in conflitto con un*

¹¹⁷ Cit. Marzano, Paolo. Diritto d'autore e digital Technologies: il digital copyright nei Trattati OMPI, nel DMCA e nella normativa comunitaria Milano: Giuffrè, 2005, Pg 255 e 257

¹¹⁸ Negoziato come parte del c.d. Uruguay Round di revisione del GATT (General Agreement on Tariffs and Trade), tale mira ad eliminare barriere al commercio con riguardo ai diritti della proprietà intellettuale ed incorpora le principali disposizioni delle convenzioni internazionali in materia di proprietà intellettuale in particolar modo la Convenzione di Berna. Inoltre, dà la possibilità agli Stati membri di invocare il sistema di risoluzione di controversie del GATT, ora Organizzazione Mondiale del Commercio OMC/WTO nel caso di violazione di una qualsiasi delle sue disposizioni.

normale sfruttamento dell'opera e non comportino un ingiustificato pregiudizio ai legittimi interessi del titolare”.

Il meccanismo contemplato all'art 13 ha una portata più ampia di quello previsto dalla Convenzione di Berna, esso può essere infatti utilizzato come parametro di carattere generale per valutare la legittimità dell'eccezione e pertanto limitare uno qualsiasi dei diritti esclusivi economici riconosciuti all'autore e non solamente quello di riproduzione, ulteriore differenza è che in tal caso il rispetto di tali condizioni ha carattere obbligatorio. Mediante l'art 13 TRIPs osserviamo una vera e propria evoluzione della clausola che diventa un istituto di carattere generale che permette di creare eccezioni anche con riferimento agli altri diritti di utilizzazione economica e non più limitatamente al solo diritto di riproduzione.

Cerchiamo ora di analizzare nello specifico i tre elementi in cui si articola il three-step-test che sono stati oggetto di interpretazione da parte del collegio arbitrale in seno all'WTO¹¹⁹ in seguito ad una controversia sorta tra l'Unione Europea e gli Stati Uniti.

Nella controversia in esame si imputava agli USA la violazione dell'art 13 TRIPs in virtù di alcune disposizioni contenute nel “*Fairness in Music Licensing Act*” del 1998 che aveva modificato la Sec. 110, par. 5, lett. (a) e (b) del *Copyright Act* statunitense andando in tal modo ad esentare alcuni esercizi di vendita al dettaglio e ristoranti che riproducevano musica mediante mezzi radiofonici o televisivi dal pagamento di *royalty* ai cantautori ed editori musicali.

In particolare si aveva:

1. “*Business exemption*”: prevista nel sottoparagrafo (B) della Sezione 110 (5), consente la diffusione di trasmissioni musicali, senza autorizzazione e pagamento di *royalties*, da parte dei servizi di ristorazione e degli esercizi commerciali di vendita al dettaglio a condizione che non superassero determinate dimensioni.
2. “*Homestyle exemption*”: prevista al sottoparagrafo (A) della Sezione 110 (5), che consente a piccoli ristoranti e punti vendita di diffondere trasmissioni musicali senza l'autorizzazione dei titolari dei diritti e senza il pagamento di

¹¹⁹ Oppure anche OMC

royalties a condizione che utilizzino solo apparecchiature casalinghe (cioè apparecchiature utilizzerebbero nelle loro abitazioni private).¹²⁰

A detta della Commissione CE gli Stati Uniti avevano violato gli accordi internazionali discendenti dall'Accordo TRIPs, poiché le eccezioni introdotte risultavano in contrasto con i diritti minimi garantiti agli autori ex artt. 11, par. 1, n. 2 e 11-bis, par. 1, n. 3 della Convenzione di Berna che sarebbero dovuti essere rispettati in virtù dell'art.9(1) TRIPs e non trovavano giustificazione in virtù di alcuna eccezione espressa o implicita o limitazione consentita dalla Convenzione di Berna (1971) o dall'accordo TRIPs.

Il WTO Panel al fine di risolvere la controversia si soffermò dunque ad esaminare l'art 13 sottolineando in primis il rapporto di interdipendenza tra le tre condizioni che dunque si applicano su base cumulativa, essendo ciascuna autonoma e indipendente con la conseguenza che basterà il mancato rispetto di una sola delle condizioni affinché l'eccezione sia considerata illegittima.¹²¹

Bisogna dunque capire ora cosa bisogna intendere per "taluni casi speciali".

Gli aggettivi "certo" e "speciale" suggeriscono che l'utilizzo delle eccezioni deve essere fatto con parsimonia e dunque deve essere limitato.

Il WTO Panel in particolare sostenne che *"Un'eccezione o una limitazione nel diritto nazionale deve essere chiaramente definita. Tuttavia, non è necessario identificare in modo esplicito ogni possibile situazione a cui l'eccezione potrebbe applicarsi, a condizione che l'ambito dell'eccezione sia noto e dettagliato. Ciò garantisce un grado sufficiente di certezza del diritto"*.¹²²

¹²⁰ DS160: United States — Section 110(5) of US Copyright Act

http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds160_e.htm

¹²¹ United States - Section 110(5) of US Copyright Act - Report of the Panel Pg 31 par 6.97

[https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds160/r*%20not%20rw*\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds160/r*%20not%20rw*)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#)

¹²² Cit. United States - Section 110(5) of US Copyright Act - Report of the Panel Pg 33 par 6.108

[https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds160/r*%20not%20rw*\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds160/r*%20not%20rw*)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#), per una migliore comprensione di veda anche WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment prepared by Mr. Sam Ricketson, Professor of Law, University of Melbourne and Barrister, Victoria, Australia. Nota 50 https://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=16805

Dunque, l'eccezione deve essere identificata in tutti i suoi elementi. Tale eccezione ormai identificata in tutti i suoi elementi non deve interferire con quello che è il "normale sfruttamento dell'opera" secondo criterio di cui si compone il TST.

Si tratta forse della condizione di più complessa interpretazione.

Secondo una prima esegesi l'utilizzazione dell'opera in virtù dell'eccezione esistente è valida nel momento in cui viene utilizzata in un contesto estraneo al suo mercato di riferimento, cioè quel mercato in cui presumibilmente si potrebbe commercializzare l'opera.¹²³

Lo sfruttamento, infatti, è normale nel momento in cui si ha un utilizzo ordinario dell'opera che non devii rispetto allo standard comune.¹²⁴

Limitazioni ed eccezioni non confliggono con il normale sfruttamento delle opere tutelate nel momento in cui supportano validi interessi sociali oppure quando hanno l'effetto di controbilanciare irragionevoli restrizioni alla concorrenza.¹²⁵

L'uso dell'altrui opera, effettuato in forza di un'eccezione o limitazione, non deve porsi in concorrenza con le modalità attraverso le quali il titolare dei diritti generalmente ricava o possa in futuro ricavare una percentuale significativa del proprio profitto.¹²⁶

Infine, tale eccezione identificata nei suoi elementi e conforme al normale uso non deve "arrecare pregiudizio ingiustificato ai legittimi interessi dell'autore". Bisogna dunque capire quando l'interesse dell'autore è legittimo, sottolineando come in tal caso ciò che non deve essere leso non è l'interesse economico dell'autore ma quell'interesse che una volta confrontato con gli interessi di altri soggetti risulti preminente. È innegabile di fatto che laddove sussiste un'eccezione il titolare del diritto d'autore subisca un pregiudizio, poiché vede limitati i suoi poteri di

¹²³ Marzano, Paolo. Diritto d'autore e digital Technologies: il digital copyright nei Trattati OMPI, nel DMCA e nella normativa comunitaria Milano: Giuffrè, 2005 Pg 260

¹²⁴ Senftleben, Martin. (2004). Copyright, Limitations and the Three-step test. An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law. Pg 164

¹²⁵ Margoni, Thomas. Il Three-Step Test nel diritto d'autore: tra necessità di bilanciamento e mancanza di ragionevolezza pg 11. Per capire meglio quando opera tale bilanciamento possiamo prendere in considerazione a scopo esemplificativo l'art.68 L. 633/1941 che prevede un'eccezione assoluta alla riproduzione nel momento in cui questa è fatta per uso personale a mano o con mezzi di riproduzione non idonei a spaccio o diffusione dell'opera nel pubblico. In tal caso dunque rinveniamo un bilanciamento con gli interessi degli utenti e quello dell'autore poiché tale utilizzo difficilmente potrebbe incidere sul mercato dell'opera.

¹²⁶ Spedicato, Giorgio. Principi di diritto d'autore. Mulino, 2020, Pg 195

sfruttamento economico sull'opera. Tuttavia, tale limitazione è legittima poiché è necessario un bilanciamento con altri diritti ugualmente degni di tutela, che altrimenti verrebbero soffocati non potendo negare l'interferenza che di volta in volta la tutela autoriale ha su diritti ugualmente meritevoli di protezione.

Ad essere determinante, dunque, sarà la circostanza che il pregiudizio arrecato agli interessi del titolare non sia ingiustificato e irragionevole e che dunque non comporti un eccessivo sacrificio degli interessi patrimoniali dell'autore.

Sono dunque queste le tre condizioni che gli Stati sono obbligati a rispettare nel momento in cui vogliono introdurre nuove eccezioni.

Anche i due Trattati OMPI del 1996 hanno recepito al loro interno, rispettivamente all'art.10 WCT e 16 WPPT, la presente clausola senza tuttavia apportare modifiche di particolare rilievo, limitandosi a prevedere come questa possa essere utilizzata quale parametro per introdurre nuove eccezioni anche riferite alla nuova realtà digitale.

Dunque, il meccanismo TST diventa non solo l'esame che è fondamentale per ridimensionare il diritto autoriale e dunque guida per i legislatori nazionali per l'introduzione di sospensioni ai diritti degli autori, ma anche criterio interpretativo che i giudici dovranno tenere presente per valutare la legittimità di eccezioni e limitazioni già esistenti.¹²⁷

Tale meccanismo di conformità verrà successivamente introdotto all'art. 11 del Trattato di Marrakech¹²⁸ e all'art. 13 del Trattato di Pechino sulle interpretazioni ed esecuzioni audiovisive, lasciando intuire come ormai a livello internazionale sia diventata una vera e propria regola di normazione.

¹²⁷ Di Lazzaro Francesca, Fenomenologia del three-step test : evoluzione sistematica dell'istituto, approfondimenti del rapporto con le limitazioni ed eccezioni nei sistemi chiusi , cenni comparativi con il fair use e valutazioni sull'applicazione di sistemi complementari, in *Il Diritto di autore*, 2019, fasc. 1-2, pp. 51-54

¹²⁸ Introdotto nel 2013, il Trattato di Marrakech introduce delle eccezioni all'accesso di opere tutelate per persone cieche, con incapacità visive o altre difficoltà ad accedere al testo stampato, onde assicurare anche a tali soggetti la possibilità di accedere a parità di condizioni (sostanziali) al sapere e all'informazione.

4.2.Eccezioni e limitazioni nella Direttiva 2001/29 CE

La normativa internazionale in tema di diritto d'autore adotta dunque un approccio elastico andando sì a prevedere alcune determinate eccezioni ma lasciando al contempo liberi gli Stati di adottarne di nuove a condizione che siano confacenti al *three-step-test*.

Il legislatore Comunitario, al contrario, si andrà a discostare da tale impostazione ricorrendo ad un duplice approccio in tema armonizzazione della proprietà intellettuale: verticale e orizzontale.¹²⁹

Nel corso degli anni Novanta, con l'intento di avvicinare le legislazioni nazionali in specifici settori nel campo della proprietà intellettuale, vennero emanate una serie di direttive con l'intento di superare gli ostacoli che si frapponivano alla realizzazione di un mercato unico europeo.

Fra gli interventi in tema di proprietà intellettuale vengono ricompresi dunque:

- la direttiva 91/250/CEE del Consiglio, del 14 maggio 1991, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore, sostituita in seguito dalla direttiva 2009/24/CE;
- la direttiva 92/100/CEE del Consiglio, del 19 novembre 1992, concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto di autore in materia di proprietà intellettuale, anche essa in seguito modificata dalla direttiva 2006/115/CE;
- la direttiva 93/83/CEE del Consiglio, del 27 settembre 1993, per il coordinamento di alcune norme in materia di diritto d'autore e diritti connessi applicabili alla radiodiffusione via satellite e alla ritrasmissione via cavo;
- la direttiva 93/98/CEE del Consiglio, del 29 ottobre 1993, concernente l'armonizzazione della durata di protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi, che verrà sostituita dalla direttiva 2006/116/CE;
- nonché, da ultima, la direttiva 96/9/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 1996, relativa alla tutela giuridica delle banche di dati.

¹²⁹ Tale impostazione è sottolineata dal documento della Commissione Europea Commission Staff Working Paper on the review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights, Brussels, 19 luglio 2004 SEC(2004) 99

I diversi regimi di eccezioni e limitazioni ai diritti esclusivi sulle opere dell'ingegno introdotti da tali direttive sono il frutto di un primo processo di ravvicinamento delle legislazioni nazionali in materia di proprietà intellettuale, operato sulla scorta di un approccio «verticale» (diversificato, cioè, per singoli settori d'intervento)¹³⁰.

Invece, con l'introduzione della direttiva n. 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione (di seguito "direttiva Infosoc") assistiamo ad un approccio di carattere orizzontale, poiché essa opera trasversalmente nella materia della proprietà intellettuale, incidendo su più settori d'intervento.

Il legislatore comunitario ha introdotto così un sistema ben definito di eccezioni e limitazioni mediante un'elencazione esaustiva¹³¹ ¹³² contenuto all'art. 5 della direttiva Infosoc con l'obiettivo di avvicinare e armonizzare il più possibile le normative nazionali degli Stati membri dell'Unione Europea onde garantire il corretto funzionamento del mercato interno, anche alla luce delle nuove esigenze che derivano dall'uso delle opere in ambito digitale.¹³³

In tale contesto la clausola *three-step-test* da regola normativa si riduce a mero strumento di interpretazione per l'implementazione a livello nazionale.

Il legislatore tenendo presente le differenti normative e tradizioni degli Stati membri prevede dunque all'art 5 un elenco di 21 eccezioni che sono a loro volta distinguibili in due categorie: eccezioni e limitazioni facoltative ed una sola eccezione avente invece carattere obbligatorio e vincolante per tutti i legislatori nazionali.

¹³⁰ Cit. Mezzanotte Francesco, Le "eccezioni e limitazioni" al diritto d'autore UE, Relazione al Convegno "Un bilancio del diritto d'autore UE. I fondamentali del diritto primario", in *AIDA*, Milano, 9-10 settembre 2016, pp.491

¹³¹ Considerando 32 Dir 2001/29: La presente direttiva fornisce un elenco esaustivo delle eccezioni e limitazioni al diritto di riproduzione e al diritto di comunicazione al pubblico. Talune eccezioni o limitazioni si applicano, se del caso, solo al diritto di riproduzione. Tale elenco tiene debito conto delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri e mira, allo stesso tempo, a garantire il funzionamento del mercato interno. Gli Stati membri dovrebbero arrivare ad applicare in modo coerente tali eccezioni e limitazioni e ciò dovrebbe essere valutato al momento del riesame futuro della legislazione di attuazione.

¹³² Circa il carattere esaustivo e tassativo di tale elenco si vada :7 agosto 2018, Renckhoff, C-161/17, EU:C:2018:634, punto 16

¹³³ Considerando 31 Dir 2001/29: [...] Le differenze esistenti nelle eccezioni e limitazioni relative a determinati atti hanno effetti negativi diretti sul funzionamento del mercato interno nel settore del diritto d'autore e dei diritti connessi. Tali differenze potrebbero facilmente accentuarsi con l'ulteriore sviluppo dell'utilizzazione economica transfrontaliera di opere e delle attività transfrontaliere. Onde garantire il corretto funzionamento del mercato interno, tali eccezioni e limitazioni dovrebbero essere definite in modo più uniforme. Il grado di armonizzazione di dette eccezioni dovrebbe dipendere dal loro impatto sul corretto funzionamento del mercato interno.

L'art 5 della direttiva Infosoc è dunque suddiviso in cinque paragrafi ognuno dei quali prende in considerazione un determinato regime di eccezioni e limitazioni, statuendo al primo comma l'unica eccezione di carattere obbligatorio concernente il diritto alla riproduzione nel caso di atti di riproduzione temporanei privi di rilievo economico, transitori o accessori, costituenti parte integrante delle tecnologie digitali e delle trasmissioni di dati sulla Rete. Tali copie temporanee, come ad esempio le copie nella RAM¹³⁴ o le copie *cache*¹³⁵, si configurano come indispensabili per un effettivo utilizzo dell'opera.

Ai sensi dell'art. 5, n. 1, della direttiva 2001/29, un atto di riproduzione è esente dal diritto di riproduzione previsto dall'art. 2 della medesima solo qualora soddisfi cinque requisiti:

- tale atto sia temporaneo;
- sia transitorio o accessorio;
- costituisca parte integrante ed essenziale di un procedimento tecnologico;
- il procedimento sia eseguito all'unico scopo di consentire la trasmissione in rete tra terzi con l'intervento di un intermediario o un utilizzo legittimo di un'opera o di altri materiali,
- tale atto sia privo di rilievo economico proprio.

Si deve anzitutto rilevare che tali requisiti hanno carattere cumulativo, nel senso che la mancata osservanza di uno solo di essi implica che l'atto di riproduzione non è esente, ai sensi dell'art. 5, n. 1, della direttiva 2001/29 CE, dal diritto di riproduzione previsto dall'art. 2 della stessa.¹³⁶

Il secondo comma dell'art. 5 della direttiva Infosoc prevede invece 5 eccezioni facoltative al diritto di riproduzione, come ad esempio quelle concernenti la copia privata per fini non commerciali e con equo compenso per il titolare dei diritti

¹³⁴ La RAM (Random Access Memory) è la parte di memoria centrale dell'elaboratore caratterizzata da un enorme flusso di dati che variano in posizione e contenuto ad altissima velocità. Essa è ben nota per la sua volatilità, ossia la perdita dati (dopo alcuni secondi) che consegue dal suo spegnimento elettrico.

¹³⁵ La memoria cache in informatica, è una memoria veloce relativamente piccola, non visibile al software e completamente gestita dall'hardware, che memorizza i dati più recentemente usati della memoria principale (MM - Main Memory) La funzione della memoria cache è di velocizzare gli accessi alla memoria principale aumentando le prestazioni del sistema. Da Wikipedia https://it.wikipedia.org/wiki/Memoria_cache

¹³⁶ CGUE, 16 luglio 2009, causa C-5/08, Infopaq International/Danske Dagblades Forening punto 54-55 [CURIA - Documents \(europa.eu\)](#)

autoriali o gli atti di riproduzione specifici effettuati da biblioteche, istituti di istruzione, musei o archivi.

Il terzo comma dell'art. 5 individua altri 15 eccezioni e limitazioni opzionali afferenti i diritti di riproduzione, di comunicazione al pubblico e di messa a disposizione del pubblico. Tra queste eccezioni confacenti al nostro campo di indagine sono art.5(3) lettera c) relativo alla facoltà offerta agli stati membri di introdurre un'eccezione avente a riguardo l'attività di informazione a mezzo stampa, disposizione che era già originariamente compresa nella Convenzione di Berna negli artt. 10(1) e 10-bis.

Nello specifico la norma prevede un'eccezione nel caso di riproduzione a mezzo stampa, comunicazione al pubblico o messa a disposizione di articoli pubblicati su argomenti di attualità economica politica o religiosa o di opere radiotelevisive o di altri materiali dello stesso carattere, se tale utilizzo non è espressamente riservato, sempreché si indichi la fonte, incluso il nome dell'autore. In più prevede la possibilità

di operare resoconti di avvenimenti attuali nei limiti di quanto giustificato dallo scopo informativo indicando anche in tale ipotesi, salvo impossibilità, la fonte, compreso il nome dell'autore.

Rilevanti sono anche le disposizioni alle lett. d) ed f) riguardanti rispettivamente il diritto citazione e rassegna per fini di critica e la riproduzione di allocuzioni politiche e pubbliche conferenze, infine la previsione ex lett. k) attribuisce agli Stati l'opportunità di introdurre un'eccezione nei casi di parodia, critica, e satira senza indicare determinati canoni ermeneutici da seguire lasciando ampia discrezionalità agli stati sull'*an* e *quomodo*.

Libertà scaturente dalla stretta connessione a diritti fondamentali quali la libertà di espressione o di informazione.

In virtù dell'art. 5(4) è possibile disporre un'eccezione o limitazione al diritto di distribuzione nella misura giustificata dallo scopo della riproduzione quando gli Stati membri possono disporre un'eccezione o limitazione al diritto di riproduzione ai sensi dei commi 2 e 3 del medesimo articolo.

Come sappiamo l'ultimo comma è dedicato al *three step test* che limita ancora di più la discrezionalità dei legislatori nazionali poiché tali eccezioni potranno essere applicate esclusivamente in determinati casi speciali che non siano in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali e non arrechino ingiustificato pregiudizio agli interessi legittimi del titolare. Il *three-step test* perde, per evidenti ragioni, il primo dei suoi passaggi (divenendo in tal modo, si potrebbe dire, un *two-step test*): la valutazione dei singoli «casi speciali» in cui appare necessario od opportuno prevedere un'eccezione o una limitazione ai diritti esclusivi è infatti già effettuata a monte dal legislatore comunitario o domestico, e l'interprete, sia esso la Corte di giustizia UE o i singoli giudici nazionali, non può certamente discostarsene.¹³⁷

Gli Stati sono dunque liberi di decidere quali fra le eccezioni tassativamente ed esaustivamente annoverate introdurre nei propri ordinamenti nazionali con la conseguenza che anziché armonizzare la materia delle libere utilizzazioni ci si ritrova in un panorama ancora più variegato ed eterogeneo, raggiungendo un livello di armonizzazione minimo rispetto agli obiettivi prefissati dalla Direttiva Infosoc per la realizzazione di un mercato unico europeo.

Infatti, gli Stati non hanno l'obbligo ma la mera facoltà di decidere quali delle eccezioni indicate dall'art. 5 della Direttiva Infosoc introdurre all'interno del proprio ordinamento stabilendo liberamente termini e condizioni delle stesse, che saranno poi soggette all'ulteriore vincolo del *three step test*.

Dunque, mentre a livello internazionale il rispetto dei tre criteri è fondamentale per l'introduzione di nuove eccezioni, nel contesto comunitario costituiscono i parametri di riferimento che i legislatori nazionali dovranno sempre prendere in considerazione per la giusta trasposizione ed interpretazione delle eccezioni già individuate dalla Direttiva Infosoc.

In tal modo, mentre prima la clausola serviva a dare maggiore flessibilità alle norme di legge, permettendo loro di adeguarsi con maggiore celerità alle mutazioni ed evoluzioni del contesto sociale e tecnologico, con la direttiva 29/2001 CE si giunge a risultati diametralmente opposti conferendo maggior rigidità al sistema poiché

¹³⁷ Cit. Spedicato, Giorgio. Principi di diritto d'autore. Mulino, 2020, Pg 197

ciascuno Stato Membro non solo potrà introdurre esclusivamente le eccezioni rientranti nell'elenco ma nel farlo dovrà rispettare l'ulteriore vincolo dell'art 5(5) della Direttiva Infosoc.

Come i “considerando” della direttiva mettono in evidenza, l'intervento del legislatore comunitario in tema di eccezioni e limitazioni è animato da una duplice finalità: «*armonizzare la disciplina, ridefinendo nel contempo un assetto più moderno ed equilibrato, in grado di rispondere alla crescente domanda di conoscenza e di sapere della collettività*»¹³⁸ Armonizzazione e flessibilità sono dunque punti chiave della Direttiva che di fatto tuttavia non vengono attuati.

Al contrario, in una delle relazioni triennali¹³⁹ che la Commissione è tenuta a presentare al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico ex art.12¹⁴⁰ della Direttiva Infosoc, è stato messo in evidenza l'inadeguatezza del quadro normativo in materia di eccezioni e limitazioni sia per i minimi livelli di armonizzazione che la Direttiva è riuscita ad operare, quanto per la sua scarsa “flessibilità” e capacità di adeguamento al mutato contesto digitale.

Con riferimento allo scarso livello di armonizzazione, ciò è dovuto al particolare strumento di regolamentazione prescelto ovvero un *numerus clausus* di eccezioni che gli Stati possono facoltativamente recepire. Alla luce di questo, il quadro normativo risulta estremamente eterogeneo poiché non sussiste in capo agli Stati alcun obbligo di recepimento, fatta eccezione dell'ipotesi ex art.5(1) della Direttiva Infosoc. Gli Stati infatti hanno in maniera disomogenea recepito il regime delle eccezioni e limitazioni, dando luogo a particolarismi nazionali. Basti pensare che ad esempio in Italia l'eccezione prevista all'art.5(3) lett k) della Direttiva, inerente la

¹³⁸Cit. Abriani, Niccolò. Le utilizzazioni libere nella società dell'informazione: considerazioni generali, AIDA. Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo, 2002, fascicolo 1 pg.103-104.<https://www.iusexplorer.it/Riviste/ShowPdfDocument?&codice=957&anno=2002&numeroFascicolo=1&filename=R957A2002F01.pdf&pagina=1&numeroPagine=929&idDatabank=152&idDocMaster=6009&isAddenda=&isSupplemento=#>

¹³⁹ Guibault, L. and Westkamp, Guido and Rieber-Mohn, Thomas, Study on the Implementation and Effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society (February 16, 2012). Report to the European Commission, DG Internal Market, February 2007, Amsterdam Law School Research Paper No. 2012-28, Institute for Information Law Research Paper No. 2012-23, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2006358>

¹⁴⁰ Art 12 Infosoc: Entro il 22 dicembre 2004, e in seguito ogni tre anni, la Commissione presenta al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale una relazione sull'applicazione della presente direttiva, nella quale esamina, tra l'altro, in particolare, in base alle informazioni specifiche fornite dagli Stati membri, l'applicazione degli articoli 5, 6 e 8, alla luce dello sviluppo del mercato digitale [...]

parodia, non sussiste poiché essa è considerata legittima non in virtù di un'eccezione bensì perché qualificata secondo la giurisprudenza maggioritaria come opera autonoma e indipendente¹⁴¹ e ciò a differenza di altri paesi europei, come la Francia¹⁴², il Belgio¹⁴³, i Paesi Bassi¹⁴⁴, o la Germania.

Non solo il regime delle eccezioni e limitazioni risulta inadeguato sotto il punto di vista dell'armonizzazione della legislazione degli Stati membri, ma presenta anche scarse capacità di adeguamento all'evoluzione socio-culturale.

La scarsa flessibilità è dovuta non solo all'impostazione chiusa prescelta (cara ai sistemi di *civil law* poiché comporta una minore discrezionalità del giudice), ma anche per l'utilizzo che fa del *three step test*, che da strumento utilizzato quale parametro per verificare la legittimità di nuove norme limitative dei diritti economici autoriali rispetto a quelle già esistenti, nell'ambito comunitario è intesa come regola di interpretazione cumulativa, un meccanismo di filtraggio per verificare ulteriormente il corretto recepimento nazionale delle eccezioni.

Tale impostazione, se pur conforme al considerando 9 della direttiva Infosoc e dunque volto a garantire nel processo di armonizzazione una massima tutela e protezione ai diritti d'autore e diritti connessi, risulta eccessivamente vincolante, configurando un *overprotection* del diritto d'autore rispetto a quelli che sono altri diritti parimenti meritevoli tutelati a più livelli tanto dalle Costituzioni nazionali quanto dalla Carta fondamentale dei diritti dell'uomo. Non bisogna dimenticare infatti l'ulteriore finalità della direttiva, ovvero tendere ad un giusto bilanciamento e temperamento tra le posizioni dei diversi soggetti coinvolti e dunque «*un giusto equilibrio tra i diritti e gli interessi delle varie categorie di titolari nonché tra quelli dei vari titolari e quelli degli utenti dei materiali protetti*»¹⁴⁵. Il diritto d'autore è del

¹⁴¹ Durante i primi del '900 la giurisprudenza italiana consolida il suo orientamento a favore della parodia non come semplice "eccezione" bensì come un vero e proprio diritto in quello che è stato il noto caso Scarpetta avente ad oggetto l'elaborazione parodistica dell'opera "La figlia di Jorio" di Gabriele D'Annunzio compiuta da Eduardo Scarpetta. Trib. Penale di Napoli, 27 maggio 1908 in Giur. It., 1909, n. 2

¹⁴² Cfr., art. L122-5, Code de la Propriété Intellectuelle: "Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire (...) 4. La parodie, le pastiche et la caricature, compte tenu des lois du genre".

¹⁴³ Cfr. art. 22, par. 1, punto 6, legge 30 giugno 1994 sul diritto d'autore e i diritti connessi (Wet betreffende het auteursrecht en de naburige rechten): "Lorsque l'œuvre a été licitement publiée, l'auteur ne peut interdire: (...) 6. La caricature, la parodie ou le pastiche, compte tenu des usages honnêtes"

¹⁴⁴ Cfr. art. 18 del Dutch Copyright Act del 23 settembre 1912, modificato con legge del 6 luglio 2004 in recepimento della Direttiva 2001/29 CE

¹⁴⁵ Considerando 31 Infosoc

resto da sempre frutto di un intreccio dialettico e osmotico tra le prerogative accordate ai creatori delle opere e ai loro aventi causa e dall'altro lato i diritti di libera utilizzazione riconosciuti alla comunità.¹⁴⁶

Pertanto, le finalità sottese all'intervento comunitario: (i) Armonizzazione, necessaria per la realizzazione di un mercato unico europeo; (ii) Flessibilità, per un pronto adeguamento del diritto ai nuovi contesti sociali; (iii) Bilanciamento tra diritti d'autore e diritti degli utenti delle opere; non sono risultate adeguatamente soddisfatte.

L'armonizzazione avrebbe dovuto contribuire alla realizzazione di un mercato ispirato al rispetto dei principi fondamentali del diritto e segnatamente della proprietà, tra cui la proprietà intellettuale, della libertà d'espressione e dell'interesse generale e dunque agevolare la fruizione di informazioni e conoscenza dell'arte della collettività, elementi chiave della nuova società dell'informazione.

Innegabile, infatti, è la particolare valenza che assume il diritto d'autore e il riconoscimento della sua importanza a più livelli. Si prenda ad esempio in considerazione l'art 27 (2) della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani che sancisce il diritto a favore dell'autore *“alla protezione degli interessi morali e materiali derivanti da ogni produzione scientifica, letteraria e artistica”*, oppure ancora l'art 15 (1) lettera c) del Patto internazionale sui diritti economici sociali e culturali che non fa altro che riprendere per intero la disposizione della Dichiarazione Universale appena menzionata. La rilevanza della proprietà intellettuale si evince anche dall'art 17 della Carta di Nizza, che dopo aver sancito che *“Ogni persona ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquisito legalmente”* fa rientrare espressamente all'interno della tutela il pieno godimento della proprietà intellettuale. Uguale esplicito riferimento è inoltre contenuto nel Considerando 9 della Direttiva Infosoc, ove la proprietà intellettuale costituisce parte integrante del diritto di proprietà.

Tale diritto è tuttavia destinato a scontrarsi con i diritti di libertà di informazione, di espressione, manifestazione del pensiero, diffusione di conoscenza per promuovere

¹⁴⁶ Cit. Abriani, Niccolò. Le utilizzazioni libere nella società dell'informazione: considerazioni generali, AIDA. Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo, 2002, fascicolo 1 pg.100

costituendo esse una deroga alla regola generale della tutela autoriale. In tale prospettiva “il diritto d’autore diventa una costrizione insopportabile per il pubblico, per le nuove generazioni di creatori e per lo stesso tasso di apertura democratica”¹⁴⁹.

Col tempo, tuttavia, la Corte di giustizia ha tentato di allontanarsi da tale rigida applicazione delle norme europee.

A tale cambiamento ha sicuramente contribuito anche la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo (EDU) con le note sentenze Ashby Donald¹⁵⁰ e Pirate Bay¹⁵¹, assumendo una posizione opposta rispetto quella prospettata nell’Infopaq.

Mentre nella sentenza Infopaq il regime delle libere utilizzazioni è considerato un’ipotesi speciale ed eccezionale rispetto alla garanzia accordata al diritto autoriale dalla Corte di Giustizia dell’UE, la Corte EDU configura il diritto d’autore come eccezione alla libertà di espressione e informazione. È competenza delle Corti nazionali verificare quando nell’interferenza fra diritto d’autore e libertà d’espressione, la prima debba prevalere sulla seconda prendendo in considerazione come strumenti di analisi il *three step test*.¹⁵²

La costante interferenza fra diritto d’autore e la libertà di espressione è stata ribadita anche nella sentenza Pirate Bay.¹⁵³

Nel caso di specie la Corte svedese nel bilanciare interessi contrapposti, la cui pari dignità è riconosciuta loro rispettivamente all’art 10 CEDU per libertà di espressione e art. 1 Protocollo n 1 CEDU per la protezione della proprietà intellettuale, non avrebbe fatto altro che esercitare quel "margine di apprezzamento particolarmente ampio" nella mediazione fra tali diritti.

¹⁴⁹ Ricolfi, Marco. Il diritto d’autore, 2001. Pg 471

¹⁵⁰ Donald Ashby e a./Francia, Corte di giustizia europea, 10 gennaio 2013, n. 36769/08 [ASHBY DONALD ET AUTRES c. FRANCE \(coe.int\)](#)

¹⁵¹ CEDU, Fredrik Neij e Peter Sunde Kolmisoppic. Svezia, ric. 40397/12

¹⁵² Donald Ashby e a./Francia, Corte di giustizia europea, 10 gennaio 2013, n. 36769/08 punti 39-40-41 [ASHBY DONALD ET AUTRES c. FRANCE \(coe.int\)](#)

¹⁵³ Per un’analisi approfondita Di Todaro ,Andrea Aurelio . Il caso «The Pirate Bay» tra libertà di espressione e diritto d’autore In Giurisprudenza costituzionale, 2014. Fascicolo 6 Pg 4786

Nella stessa direzione si è mossa anche la Corte di giustizia europea con una serie di decisioni che rispecchiano un modo più liberale di interpretare limiti ed eccezioni.¹⁵⁴

Tra queste meritano di essere menzionate la sentenza *Johan Deckmyn e Vrijheidsfonds VZW contro Helena Vandersteen* dove la Corte di giustizia ha sottolineato “*che l’applicazione, in una situazione concreta, dell’eccezione per parodia, ai sensi dell’articolo 5, paragrafo 3, lettera k), della direttiva 2001/29, deve rispettare un giusto equilibrio tra, da un lato, gli interessi e i diritti delle persone indicate agli articoli 2 e 3 di tale direttiva e, dall’altro, la libertà di espressione dell’utente di un’opera protetta, il quale si avvalga dell’eccezione per parodia ai sensi del citato articolo 5, paragrafo 3, lettera k)*”¹⁵⁵

Oppure ancora il caso *Football Association Premier League*, ove la Corte, pur rispettando la giurisprudenza precedente¹⁵⁶ in merito ad un’interpretazione restrittiva, è giunta a considerare che l’applicazione delle norme in tema di libera utilizzazione deve comunque «*consentire di salvaguardare l’effetto utile dell’eccezione così istituita e di rispettarne la finalità*», individuata, nella circostanza, dall’esigenza di «*assicurare lo sviluppo ed il funzionamento di nuove tecnologie, nonché mantenere un giusto equilibrio tra i diritti e gli interessi dei titolari di diritti, da un lato, e degli utilizzatori delle opere protette che intendano beneficiare di tali nuove tecnologie, dall’altro*»¹⁵⁷

Dunque, la Corte di giustizia europea a differenza della Corte EDU rimane ancorata ad un’interpretazione ristretta, ma al tempo stesso evidenzia la necessità di interpretare il regime delle eccezioni in conformità allo scopo prefissato dal legislatore e dunque conseguire *un giusto equilibrio tra i diritti e gli interessi delle*

¹⁵⁴ Cfr Hugenholtz, P. Bernt. “Flexible Copyright: Can the EU Author’s Rights Accommodate Fair Use?” Chapter. In *Copyright Law in an Age of Limitations and Exceptions*, edited by Ruth L. Okediji, 275–91. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. doi:10.1017/9781316450901.011.

¹⁵⁵ *Johan Deckmyn and Vrijheidsfonds VZW v. Helena Vandersteen and Others*, CJEU 3 Sept. 2014, case C-201/13, paras. 26–27

¹⁵⁶ Sentenza *Infopaq*

¹⁵⁷ Corte Giust. UE, 4 ottobre 2011, C-403/08, *Football Association Premier League Ltd e altri c. QC Leisure e altri*; C-429/08, *Karen Murphy c. Media Protection Services Ltd*, cit. punto 164

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=110361&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&oc c=first&part=1&cid=22884867>

*varie categorie di titolari nonché tra quelli dei vari titolari e quelli degli utenti dei materiali protetti.*¹⁵⁸

*“Gli Stati membri sono altresì tenuti, in tale contesto, a rispettare i principi generali del diritto dell’Unione, tra i quali rientra il principio di proporzionalità, da cui discende che le misure adottate devono essere idonee a realizzare lo scopo perseguito e non andare oltre quanto è necessario per raggiungerlo”*¹⁵⁹

Le tecnologie digitali hanno trasformato il modo in cui produciamo, distribuiamo e accediamo ai contenuti creativi mettendo sempre più in rilievo le criticità della disciplina autoriale e la necessità di un suo aggiornamento.

Gli interventi giurisprudenziali non sono stati tuttavia capaci di superare le diverse criticità sollevate della Direttiva sotto il profilo dell’armonizzazione e flessibilità e bilanciamento, rimettendo sempre più spesso la scelta circa la giusta interpretazione ai giudici nazionali. Ad esempio, sempre nel caso *Johan Deckmyn and Vrijheidsfonds VZW v. Helena Vandersteen and Others*, la Corte rimette al giudice belga la valutazione se la sussistenza dell’eccezione di parodia rispetti il giusto equilibrio tra i divergenti interessi delle persone coinvolte tenendo conto di tutte le circostanze del caso di specie.¹⁶⁰

Circa il bilanciamento di diritti confliggenti, la Corte di Giustizia Europea, nel caso *Funke Medien NRW GmbH contro la Repubblica federale di Germania*, cercherà un punto di equilibrio tra, da un lato, l’interesse dei titolari dei diritti d’autore e dei diritti connessi alla protezione del loro diritto di proprietà intellettuale (garantita dall’articolo 17, paragrafo 2 della Carta di Nizza), e dall’altro, la tutela degli interessi e dei diritti fondamentali degli utenti dei materiali protetti, in particolare della loro libertà di espressione e di informazione garantita anche essa dalla Carta di Nizza ex art 11.

¹⁵⁸ Considerando 31

¹⁵⁹ sentenza del 1° dicembre 2011, *Painer*, C-145/10, EU:C:2011:798, punti 105 e 106

¹⁶⁰ *Johan Deckmyn and Vrijheidsfonds VZW v. Helena Vandersteen and Others*, CJEU 3 Sept. 2014, case C-201/13: “Spetta al giudice del rinvio valutare, alla luce di tutte le circostanze del caso di specie, se – partendo dal presupposto che il disegno di cui al procedimento principale presenti le suddette caratteristiche essenziali della parodia – l’applicazione dell’eccezione per parodia, ai sensi dell’articolo 5, paragrafo 3, lettera k), della direttiva 2001/29, rispetti tale giusto equilibrio”.

In tal caso il giudice del rinvio, pur sottolineando che l'eccezione costituisce una deroga alla regola generale e che quindi debba essere interpretata restrittivamente, evidenzia la necessità di salvaguardare il loro effetto utile e di rispettarne la finalità: *“esigenza che riveste particolare importanza quando tali eccezioni e limitazioni mirino, al pari di quelle previste all'articolo 5, paragrafo 3, lettere c) e d), della direttiva 2001/29, a garantire il rispetto di libertà fondamentali.”*

Quindi Il giudice nazionale, nell'ambito del bilanciamento che è tenuto ad operare, tenuto conto delle circostanze del caso concreto e i diritti coinvolti, *“dovrà fondarsi su un'interpretazione di dette disposizioni che, pur rispettando la loro formulazione e preservando il loro effetto utile, sia pienamente conforme ai diritti fondamentali garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea”*¹⁶¹.

Tuttavia, sempre nella medesima sentenza la Corte sottolinea come mentre le norme inerenti ai diritti esclusivi hanno dato luogo ad un'armonizzazione completa fra i paesi dell'Unione, al contrario le disposizioni contenute all'art 5 devono essere interpretate nel senso che esse non costituiscono misure di armonizzazione completa della portata delle eccezioni o delle limitazioni ivi previste.

Una simile situazione, nonostante il favore dimostrato dalla Corte per quelle che sono le libertà fondamentali, va inevitabilmente a pregiudicare la possibilità per gli utenti di muoversi sulla Rete, data l'eterogeneità che potrebbero assumere le eccezioni nei diversi Paesi e le interpretazioni restrittive dei giudici nazionali, creando non poche situazioni di incertezza giuridica.

4.3.Misure tecnologiche di protezione

In un simile artificioso e complesso sistema di eccezioni e limitazioni ai diritti autoriali, il Legislatore europeo ha dovuto fare i conti anche con quelli che sono i problemi strettamente connessi alle misure tecnologiche di protezione.

La loro apparizione sulla scena risale al 1996 nell'ambito dei trattati OMPI e vennero *in prima facies* inserite all'interno dell'ordinamento statunitense all'interno

¹⁶¹causa C-469/17, [CURIA - Documenti \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/curia/doclist/curia/doclist.do)

del Digital Millennium Copyright Act del 1998 e poi in Europa dalla Direttiva 2001/29/CE.¹⁶²

L'accezione "misure tecnologiche" è comprensiva, ai sensi dell'art.6 par. 3 della Direttiva Infosoc, di quell'insieme di tecnologie, dispositivi o loro componenti che, nel momento in cui sono operativi, sono destinati a impedire o limitare atti non autorizzati su opere o materiali coperti dal diritto autoriale. L'efficacia di tali misure sta nel fatto di permettere ai titolari del diritto d'autore di monitorare le modalità di uso dell'opera protetta, tramite l'applicazione *di un controllo di accesso o di un procedimento di protezione, quale la cifratura, la distorsione o qualsiasi altra trasformazione dell'opera o di un meccanismo di controllo delle copie, che realizza l'obiettivo di protezione.*

Tali meccanismi offrono dunque al titolare dei diritti autoriali una maggiore certezza sulla tutela delle proprie opere, poiché permettono preventivamente di controllare e successivamente bloccare i possibili abusi, impedendo quindi ex ante la lesione del proprio diritto.

Tali meccanismi nascono quindi per fronteggiare la perfetta, istantanea e illimitata riproducibilità delle opere in ambito digitale, resa possibile grazie alle nuove tecnologie che avevano dato luogo al dilagare del fenomeno della pirateria.¹⁶³

Con riferimento a tali meccanismi si è soliti distinguere tra: misure anti-accesso e misure anti-copia. Le prime controllano appunto l'accesso, consentendolo solo ai soggetti autorizzati e possono applicarsi sia a un servizio che ad un contenuto (ad esempio, la protezione dell'accesso a una pay-tv mediante un decoder o la fruizione del contenuto di un cd attraverso la registrazione). Le misure anticopia, presuppongono che l'accesso sia già avvenuto e hanno il compito di limitare il numero di copie che può essere effettuato di un'opera, ad esempio rendendo possibile effettuare solo una copia dell'opera o impedendo la copia della copia.¹⁶⁴

¹⁶² Cfr. Marzano, Paolo. Diritto d'autore e digital Technologies: il digital copyright nei Trattati OMPI, nel DMCA e nella normativa comunitaria Milano: Giuffrè, 2005, Pg 183ss

¹⁶³ Cfr. Spedicato, Giorgio. Le misure tecnologiche di protezione del diritto d'autore. *Cyberspace and Law (Ciberspazio e diritto)*, 2006, Vol. 7, n. 4, Pg 3

¹⁶⁴ Definizione tratta da <https://www.software.avvocatoferrante.it/misure-tecnologiche-di-protezione-dei-videogiochi.html> tale distinzione è richiamata anche da Arezzo, Manuela. Misure tecnologiche di protezione e libere utilizzazioni nella realtà digitale: una difficile convivenza. Pg 146

Data la rilevanza di tali meccanismi, l'art 6 par 1 della Direttiva Infosoc prevede espressamente un divieto di eludere tali forme di protezione, intento sottolineato anche al "Considerando" 48¹⁶⁵ della Direttiva.

Tuttavia, tale strumento introdotto dal legislatore per fronteggiare gli usi illeciti delle opere tutelate, ha dato luogo a contrasti con il regime delle eccezioni, creando nuovamente la necessità di un bilanciamento fra variegati interessi. Si è venuto dunque a creare un vero e proprio conflitto con il godimento delle eccezioni da parte dei beneficiari/utenti, ostacolati da tali misure nell'effettivo esercizio delle loro libertà.

Il nodo controverso è costituito dall'art. 6 par 4 della Direttiva Infosoc, poiché si prevede la necessità di adozione di "misure volontarie" da parte dei titolari di diritti d'autore o, in mancanza, di un intervento normativo adeguato dello Stato, per superare il meccanismo di protezione e permettere ai beneficiari di fruire di un effettivo godimento delle eccezioni riconosciute dalla legge.

In realtà, il comma 4 dell'articolo 6 della Direttiva Infosoc, limita le eccezioni di cui deve essere garantita la fruibilità non limitata, alle seguenti:

- riproduzione cartacea
- l'eccezione a favore delle biblioteche accessibili al pubblico, istituti di istruzione, musei o archivi
- riproduzione effimera realizzate da organismi di diffusione radiotelevisiva per le loro proprie emissioni
- riproduzione di emissioni radiotelevisive effettuate da istituzioni sociali pubbliche che perseguano uno scopo non commerciale
- riproduzione e comunicazione per finalità illustrativa, per uso didattico o di ricerca scientifica
- riproduzione e comunicazione a favore dei portatori di handicap
- riproduzione e comunicazione al pubblico per finalità di pubblica sicurezza

¹⁶⁵ Considerando 48 Infosoc: Una siffatta protezione giuridica dovrebbe essere accordata alle misure tecnologiche che limitano in modo efficace atti non autorizzati dai titolari del diritto d'autore, dei diritti connessi o del diritto sui generis sulle banche dati [...]

Ciò costituisce un problema poiché nel momento in cui un utente beneficia di una delle eccezioni previste dall'art 5 della Direttiva Infosoc, ma questa non rientra nel novero dell'elenco appena indicato, tale eccezione soccomberà di fronte la misura tecnologica di protezione.¹⁶⁶

Pertanto, riassumendo, sarà necessaria l'adozione di una misura volontaria da parte del titolare del diritto d'autore o, in mancanza, di un intervento dello Stato per superare il meccanismo di protezione.

L'utente di propria iniziativa, non ha, invece, la facoltà di eludere le misure tecnologiche di protezione che gli impediscono il godimento effettivo della propria libertà garantita dall'eccezione al diritto d'autore.

A ciò, si aggiunga che la tecnologia di protezione, solitamente risponde a meccanismi automatici e di intelligenza artificiale. Pertanto, essa non è sempre in grado di distinguere un uso legittimo da un uso illegittimo dell'opera.

Inoltre, il godimento effettivo delle eccezioni al diritto d'autore da parte dei beneficiari è ostacolato ulteriormente dall'uso combinato di tali misure tecnologiche e clausole contrattuali specifiche.

Di conseguenza ancora una volta il pendolo oscilla a favore del titolare dei diritti d'autore a discapito delle libere utilizzazioni, diventando l'autorizzazione del titolare la condicio sine qua non per esercitare l'eccezione.

In tema di bilanciamento è intervenuta anche la Corte di giustizia europea nel caso Nintendo Co. Ltd e altri contro PC Box S.r.l. e 9Net S.r.l.¹⁶⁷

Il caso vedeva contrapporsi la società Nintendo alla PCBox S.r.l. Quest'ultima azienda commercializzava "*mod chips e game copiers*", cioè dispositivi che, installati sulla console originale Nintendo, neutralizzavano le misure tecnologiche di protezione precedentemente configurate dalla società produttrice, rendendo la console interoperabile, permettendole così di leggere videogiochi, musica o film

¹⁶⁶ Abriani Niccolò mette in evidenza come alla luce di ciò si possa distinguere tra libere utilizzazioni a fruibilità necessariamente garantita, a fruibilità discrezionale e infine a fruibilità condizionata dalla presenza di una MTP tra questi ultimi ricadrebbero tutte quelle eccezioni indispensabili per l'esercizio della libertà di espressione, critica e parodia. Riferimento tratto da: Le utilizzazioni libere nella società dell'informazione: considerazioni generali, AIDA. Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo, 2002, fascicolo 1 pg.115

¹⁶⁷Causa[C-355/12]<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=146686&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=22733633>

prodotti da terzi. La Nintendo lamentava come in realtà tali dispositivi fossero volti a permettere l'utilizzo sulla console di copie pirata dei videogiochi prodotti da Nintendo e non di altri contenuti legittimi prodotti da terzi.

Infatti, la Nintendo al fine di tutelare i diritti autoriali dei propri videogiochi applicava su quest'ultimi un codice criptato e al tempo stesso installava sulla propria console un sistema di riconoscimento di tale codice. Così nel momento in cui non vi era tale codice, la console non era in grado di riconoscere il videogioco, impedendo in questo modo l'utilizzazione di copie illegali.

La convenuta eccepiva, invece, come in realtà il fine della Nintendo fosse quello di impedire l'uso di software indipendenti e leciti sulla propria console, ostacolando il libero mercato.

Si creò così un dibattito circa il bilanciamento fra tutela autoriale e libero mercato.

Due erano infatti le questioni poste al giudice:

1. La possibilità di estensione dell'art. 6 par 1 non solo per i videogiochi ma anche per il dispositivo che ne permette la riproduzione.
2. Quali sono i criteri di valutazione da andare a prendere in esame nel valutare l'ambito della protezione giuridica contro l'elusione delle efficaci misure tecnologiche ai sensi dell'articolo 6 della direttiva 2001/29 anche alla luce del considerando 48.

Con riferimento al primo punto la Corte ritenne che le misure tecnologiche, che sono presenti in parte su videogioco e in parte sulla console e che hanno bisogno di un'interazione tra di esse, rientrano nella nozione di "efficaci misure tecnologiche" nel momento in cui il loro fine sia quello di impedire o limitare gli atti che arrecano pregiudizio ai diritti del titolare. Pertanto, tali misure sono meritevoli di protezione. Alla luce della seconda questione posta, la Corte di Giustizia si è dunque interrogata se l'applicazione di altre MTP avrebbe dato luogo ad una tutela analoga al titolare dei diritti e al contempo diminuito le interferenze con le libere attività dei terzi. La Corte ha quindi indicato i criteri da prendere in esame per tale valutazione, che sono:

1. i costi relativi ai diversi tipi di misure tecnologiche,
2. gli aspetti tecnici e pratici della loro attuazione nonché la comparazione dell'efficacia con altri tipi di misure

3. la finalità dei dispositivi, dei prodotti o dei componenti che possono eludere le citate misure tecnologiche
4. l'uso effettivo di tali meccanismi antielusivi

Sulla base di tali criteri spetterà al giudice nazionale valutare la compatibilità di altre misure tecnologiche di protezione nel rispetto del principio di proporzionalità.

Infatti, ex “considerando” 48 della direttiva Infosoc la protezione giuridica accordata alle MTP *“dovrebbe rispettare il principio della proporzionalità e non dovrebbe vietare i dispositivi o le attività che hanno una finalità commerciale significativa o un'utilizzazione diversa dall'elusione della protezione tecnica”*

Quindi tali misure non devono eccedere quanto necessario per garantire un'adeguata tutela dei diritti autoriali e dall'altro lato devono minimizzare le interferenze con le attività dei terzi che non hanno bisogno dell'autorizzazione del titolare dei diritti d'autore.

In particolare, esse «si applicano esclusivamente al fine di proteggere il titolare di diritti nei confronti degli atti per i quali è richiesta la sua autorizzazione».

Un'apertura verso una maggiore tutela e riconoscimento delle libere utilizzazioni si è avuta con la nuova direttiva europea 2019/790, la quale, ferma restando l'importanza e la necessità di tutela delle misure tecnologiche di protezione, al “considerando” 7 prevede che l'uso di tali misure non sia tale da andare a pregiudicare l'uso delle eccezioni e limitazioni e ciò anche quando esse siano inerenti a opere o altri materiali messi a disposizione del pubblico online.

4.4. Uno spiraglio di apertura per gli UGC

Il Libro Verde sul diritto d'autore nell'economia della conoscenza del 2008 si fece portavoce di una serie di temi connessi al ruolo svolto dal diritto d'autore nella "economia della conoscenza”.

Già nel 2008 si intuì l'importanza del regime delle libere utilizzazioni per la diffusione della conoscenza e si aprì il dibattito circa l'opportunità di una modifica della disciplina nell'epoca della comunicazione digitale.

In particolare, nel libro verde si auspicava l'introduzione di un eventuale eccezione per i contenuti creati dagli utenti.

Lo sviluppo delle TCI ha coinvolto gli utenti sempre di più nel mondo della Rete rendendoli partecipi della creazione e distribuzione di contenuti.

Nel 2015 l'eurodeputata Julia Reda nel suo progetto di relazione per la commissione giuridica del Parlamento europeo sottolineò a tal proposito l'opportunità di *“adozione di una norma aperta che introduca flessibilità nell'interpretazione delle eccezioni e delle limitazioni in alcuni casi particolari che non siano in conflitto con il normale sfruttamento dell'opera e non pregiudichi irragionevolmente gli interessi legittimi dell'autore o del titolare dei diritti e ciò alla luce dei nuovi operatori della rete UGC”*¹⁶⁸.

Date le questioni sollevate in tema di armonizzazione e avvicinamento delle legislazioni, il legislatore comunitario è intervenuto con la direttiva 2019/790/UE.

Nello stesso “considerando” 5 della direttiva sottolinea come *“la natura facoltativa delle eccezioni e delle limitazioni abbia avuto un impatto negativo sul funzionamento del mercato interno, introducendo così agli artt. da 3 a 6 specifiche eccezioni o limitazioni la cui adozione da parte degli Stati membri è obbligatoria”*.

Dei relativi temi appena menzionati si tratterà nello specifico nei paragrafi successivi del capitolo.

4.5. Il regime delle Libere utilizzazioni nell'ordinamento nazionale

La legge n. 633 del 1941 sulla protezione del diritto d'autore (LDA) si occupa al Titolo I, Capo V, agli artt. 65 – 71-decies del tema delle eccezioni e limitazioni, tale capo è a sua volta suddiviso in tre sezioni:

SEZIONE I. – *Reprografia ed altre eccezioni e limitazioni.*

SEZIONE II. – *Riproduzione privata ad uso personale*

SEZIONE III. – *Disposizioni comuni*

¹⁶⁸ DRAFT REPORT on the implementation of 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 (2014/2256(INI)) punto 13

Con il D.lgs. 68/2003 l'Italia ha dato attuazione alla direttiva Infosoc.

Tale intervento apportò un primo cambiamento apportato di ordine terminologico, si è passati, infatti, dall'espressione "libere utilizzazioni" a quello di "eccezioni e limitazioni". Tale cambio non fu tuttavia particolarmente rilevante e addirittura possiamo notare come i termini "eccezione e limitazione" sono usati come un'endiadi dal legislatore comunitario. Secondo alcuni autori¹⁶⁹ sarebbe stato più idoneo continuare ad utilizzare l'espressione "libere utilizzazioni" poiché il termine "eccezione" configurerebbe le stesse come deroghe di carattere eccezionale rispetto ad una norma di carattere generale ovvero il diritto autoriale. Con il termine "libere utilizzazioni" invece non si fa altro che identificare una fattispecie descrittiva della situazione in cui un soggetto diverso dall'autore utilizza l'opera altrui.

Le eccezioni sono necessarie perché espressione di un bilanciamento necessario con quelli che sono i diversi diritti con il quale l'esclusiva autoriale va ad interferire.

Già nel 1995 la Corte Costituzionale aveva evidenziato che: *"Nel riconoscere in capo all'autore la proprietà dell'opera ed il suo diritto allo sfruttamento economico della stessa in qualsiasi forma e modo, la legge non trascura di operare un bilanciamento tra valori ed interessi contrapposti; bilanciamento non irragionevole in quanto realizzato in sintonia con i principi costituzionali sia in ordine alla tutela della libertà dell'arte e della scienza (art. 33), sia in materia di tutela della proprietà, da riferire anche all'opera intellettuale (art. 42), sia di tutela del lavoro in tutte le sue forme, tra cui deve farsi rientrare anche la libera attività di creazione intellettuale (art. 35). Tale bilanciamento risulta allo stesso tempo positivamente finalizzato, mediante l'incentivazione della produzione artistica, letteraria e scientifica, a favorire il pieno sviluppo della persona umana (art. 3) ed a promuovere lo sviluppo della cultura (art. 9)¹⁷⁰".*

Nell'ordinamento italiano quindi tali eccezioni sono richiamate più volte dalla Costituzione. A loro volta la portata fondamentale di tali eccezioni è richiamata dall'articolo 27 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, secondo il quale *"ogni individuo ha diritto di prendere parte liberamente alla vita culturale*

¹⁶⁹ Cfr Spedicato, Giorgio. Principi di diritto d'autore. Mulino, 2020 Pg 189-191

¹⁷⁰ 6 aprile 1995 Sentenza n. 108 della Corte Costituzionale punto 10

della comunità, di godere delle arti e di partecipare al progresso scientifico ed ai suoi benefici”.

La combinazione di tali norme evidenzia, dunque, l'interesse della collettività a beneficiare delle opere dell'ingegno umano. Sotto un profilo teleologico le eccezioni e limitazioni possono essere distinte in deroghe finalizzate a:

- favorire l'accesso all'informazione e garantire il diritto di cronaca, tra queste rinveniamo ad esempio gli artt. 65 e 66 L.d.A, che autorizzano la riproduzione e la comunicazione al pubblico di articoli di attualità di carattere economico, politico o religioso e di discorsi su argomenti di interesse politico o amministrativo previo rispetto di specifiche condizioni.
- Salvaguardare l'uso dell'opera tutelata per fini didattici o per la tutela di interessi rilevanti sul piano sociale, pur in mancanza di autorizzazione da parte del titolare dei diritti (69-70-71 bis a 71 quinquies) o che prevedono la possibilità di utilizzare opere protette da parte di portatori di *handicap* o da parte di ospedali pubblici e istituti di prevenzione e pena.
- Tutelare il patrimonio culturale (69 bis a 69 septies).
- Tutela di un interesse pubblico proprio dello Stato e degli apparati pubblici, come la norma che consente la riproduzione di opere per finalità di pubblica sicurezza e nell'ambito di procedure parlamentari, giudiziarie o amministrative (art. 67 L.d.A.) e quella che consente l'esecuzione in pubblico di opere musicali da parte di bande musicali e fanfare dei corpi armati (art. 71 L.d.A.);
- consentire il funzionamento delle reti telematiche e gli usi amatoriali consentiti dalle nuove tecnologie (art 68 bis, 70 comma 1 bis, 71 nonies) ad esempio all'art. 68-bis il legislatore nazionale non fa altro che recepire l'eccezione obbligatoria prevista all'art. 5 (1) della Direttiva Infosoc e dunque inerente gli atti di riproduzione temporanea privi di rilievo economico proprio e che sono transitori o accessori e parte integrante ed essenziale di un procedimento tecnologico
- eccezioni e limitazioni la cui ratio è tesa al rispetto della sfera privata degli individui e tra queste rientra l'eccezione per uso personale dell'opera dell'ingegno tutelata, che è lecita nel momento in cui non determini un eccessivo

sacrificio degli interessi economici del titolare dei diritti (art 68, 71 *sexies* a 71 *octies*)¹⁷¹

In questa sede si andrà ad analizzare nello specifico quelle eccezioni che assumono un ruolo preminente nella società dell'informazione, poiché costituiscono elementi che possono essere utilizzati al fine di configurare la linea di demarcazione di quando un utilizzo di un'opera online sia lecita o meno e come l'uso di queste eccezioni possa essere analogicamente applicato anche per i contenuti generati dagli utenti.

4.5.1. Il diritto di cronaca

Espressione del diritto di cronaca è l'art. 65 L.d.A, il legislatore prevede una deroga alle privative autoriali in favore della libertà di utilizzazione, riproduzione o ripubblicazione e comunicazione al pubblico degli articoli di attualità in altre riviste o giornali, anche radiotelevisivi quando sussistono determinate condizioni:

- il contenuto di detti articoli abbia carattere economico, politico o religioso, o altre materie dello stesso genere;
- che la riproduzione o l'utilizzazione non sia espressamente riservata, ovvero quando manchi l'indicazione, anche in forma abbreviata, delle parole "riproduzione riservata" o di altre espressioni dal significato analogo, all'inizio o alla fine dell'articolo, secondo quanto prevede l'art. 7 del regolamento di esecuzione della legge sul diritto d'autore r.d. 1369/42
- si indichi la fonte da cui detti articoli sono tratti, la data e il nome dell'autore, se riportato.

Ai fini dell'esercizio del diritto di cronaca e nei limiti dello scopo informativo è parimenti ammessa la riproduzione o comunicazione al pubblico di opere o materiali protetti utilizzati in occasione di avvenimenti di attualità, indicando anche in tale circostanza, salvo impossibilità, la fonte, incluso il nome dell'autore, se riportato.

¹⁷¹ Tale suddivisione è accolta da Spedicato Giorgio, Scialdone Marco e De Sanctis.

La norma in esame è eccezionale e non suscettibile di applicazione analogica, ragione per cui essa non si estende alle rassegne-stampa online la cui riproduzione deve sempre essere effettuata con il consenso dei titolari dei diritti. Con sentenza n. 20410/2006 la Cassazione afferma che *“L’editore di un quotidiano o 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”*.

Tale argomento è ritornato in auge in seguito all’avanzamento tecnologico che permette in tempi azzerati la riproduzione di un qualsiasi tipo di contenuto.

In particolare, in Italia si è ritornato a parlare di tale argomento nella causa tra FIEG-PROMEPRESS e Eco della Stampa-Data Stampa.¹⁷²

In questo caso si contestava l’attività di rassegna stampa posta in essere dall’Eco della stampa e Data Stampa. Nell’ambito di tale servizio offerto ai loro abbonati le società riproducevano in maniera sistematica gli articoli di giornale la cui quasi totalità era oggetto di espressa clausola di riproduzione riservata.

Tale attività, secondo le parti attrici era tesa a sfruttare in modo parassitario gli investimenti e i costi sostenuti dagli editori, dal momento che si consentiva agli utenti di fruire di opere dei quotidiani senza versare alcun corrispettivo in cambio ai titolari dei diritti.

In un primo momento l’autorità giudiziaria, sia in primo che in secondo grado riconobbe la piena legittimità delle rassegne stampa così come effettuate da L’Eco della Stampa e Data Stampa.

Le convenute a sostegno della propria tesi eccepivano come in realtà esse non ponevano in essere alcun atto di riproduzione ma si limitassero ad effettuare “un ritaglio stampa ad uso esclusivo del cliente e non riproducibile”. La rassegna stampa non consisteva infatti in riproduzione di notizie e articoli ma in un’attività volta a

¹⁷² TRIBUNALE DI ROMA 18 gennaio 2017 Sezione Specializzata in Materia di Impresa, sentenza del 18 gennaio 2017 n. 816/2017, successivamente sentenza della Corte d’Appello di Roma, Sezione specializzata per le imprese, n. 3931/2019, infine delibera dell’[AGCOM n. 325 del 22 luglio 2020](#)

selezionare e raggruppare articoli su un determinato tema e inviarli al proprio cliente.

In questo caso, secondo i giudici italiani, pur prevedendo l'art 65 L.d.A l'impossibilità di beneficiare della relativa eccezione qualora sugli articoli sussista "una clausola di riproduzione riservata", tale limitazione non può operare per le rassegne stampa proprio perché non attuano alcun atto di "riproduzione". L'autorità giudiziaria faceva infatti presente come l'art. 65 L.d.A è una norma a stretta interpretazione non estendibile a qualsiasi fattispecie di mezzo informativo ma esclusivamente a "riviste e giornali" dunque non comprensivo delle rassegne stampa.

Si ritenne, fra l'altro, che l'eccezione in caso di rassegna stampa online, non possa trovare applicazione poiché l'eccezione all'art 65 L.d.A è volta a tutelare il diritto di cronaca nei limiti dello scopo informativo, che nella fattispecie non sussisterebbe per il diverso fine della documentazione.

Dall'esame combinato degli artt. 65 e 101 L.d.A il Tribunale di Roma ammise l'attività di rassegna stampa svolta dalle convenute purché subordinata all'univoco utilizzo da parte dei soli abbonati, ed alla non riproducibilità delle stesse in altri contesti che di fatto potrebbe dare luogo ad una concorrenza diretta con gli editori di giornali, titolari esclusivi dei diritti di utilizzazione economica sugli articoli rassegnati. Il tribunale ammise quindi la liceità delle rassegne stampa ad uso professionale, se limitate ad estratti di articoli su argomenti specifici e se destinate all'uso esclusivo degli abbonati ma sancì in ogni caso un veto assoluto sulle rassegne *online* che aggregano *snippet* e *link* agli articoli (in conformità con quello che sarebbe stato l'art 13 della nuova direttiva sul diritto d'autore). La sentenza del Tribunale di Roma è stata poi successivamente confermata in sede di appello.

Sulla questione è successivamente intervenuta l'AGCOM dietro richiesta del Sole 24 Ore S.p.A., che con delibera n. 169/290/CONS si è discostata dall'orientamento giurisprudenziale sostenendo la violazione da parte de L'Eco della Stampa dei diritti di riproduzione e comunicazione al pubblico spettanti in via esclusiva al Sole24Ore ex artt. 13 e 16 L.d.A.

L'AGCOM ha osservato che sebbene il servizio di rassegna stampa non sia espressamente disciplinato dalla legge sul diritto d'autore, gli articoli di carattere editoriale sono tutelati in qualità di opere dell'ingegno il cui sfruttamento economico è prerogativa esclusiva dell'editore. Tuttavia, l'AGCOM ha sostenuto la necessità che gli editori mantengano la possibilità di concedere ai soggetti che operano nell'ambito delle rassegne stampa le licenze necessarie per i successivi utilizzi delle proprie opere all'interno dei predetti servizi di *media monitoring*.¹⁷³

4.5.2. La citazione e riassunto per fini di critica, insegnamento e ricerca e la pubblicazione sulla rete di opere a bassa risoluzione

Particolare rilevanza ai fini del nostro studio assume l'art 70 L.d.A, che in modo sintetico non fa altro che ricomprendere le eccezioni comunitarie previste all'art 5(3) lettera d) inerente il diritto di citazione e la riproduzione per fini di insegnamento e ricerca ex art 5(3) lettera a) della Direttiva Infosoc.¹⁷⁴

Il legislatore nazionale prevede l'utilizzo libero del riassunto, citazione o la libera riproduzione di brani o di parti di un'opera e la loro comunicazione al pubblico nel momento in cui tali usi vengano effettuati o per garantire il diritto di critica e discussione o perché effettuati a fini di insegnamento o di ricerca scientifica.

L'eccezione, dunque, sussiste quando l'uso è finalizzato alla tutela di interessi costituzionalmente rilevanti di cui all'art 21 e 33 Cost, mettendo in evidenza come il regime dell'eccezione sia espressione della necessità di un bilanciamento di interessi superiori e parimenti tutelati e si voglia in tal modo garantire l'informazione e la diffusione della cultura mediante l'aperta fruibilità dei concetti esposti nell'opera.

Affinché il libero utilizzo sia lecito è tuttavia necessario il rispetto di ulteriori criteri:

¹⁷³ Articolo "La rassegna stampa viola il diritto d'autore?" <https://www.studiolegalepozzato.net/settori-di-attivita/proprietà-intellettuale/la-rassegna-stampa-viola-il-diritto-dautore/>

¹⁷⁴ Cfr Maragoni Thomas Eccezioni e limitazioni al diritto d'autore in Internet [*Giurisprudenza Italiana 2011 8 9.pdf \(ivir.nl\)](#)

l'utilizzo parziale di tali opere per fini di critica e discussione deve infatti avvenire nei limiti giustificati da tale finalità, sarà lecita ad esempio la citazione che si inserisca funzionalmente in un discorso, quale premessa o quale mezzo di convalida o di critica delle tesi ivi sostenute, e non deve costituire atto di concorrenza all'utilizzazione economica dell'opera. Mentre con riferimento all'insegnamento e alla ricerca scientifica, l'utilizzo deve avvenire per finalità illustrative e non commerciali. In ogni caso dovranno essere rispettate le menzioni d'uso, quali l'indicazione del titolo dell'opera da cui è tratta la citazione o la riproduzione, il nome dell'autore e dell'editore.

Nelle antologie ad uso scolastico la riproduzione non può superare la misura determinata dal regolamento, il quale fissa la modalità per la determinazione dell'equo compenso, limite quantitativo che non è previsto a livello comunitario ex art. 5(3)(a) che prevede quale unica condizione la sussistenza di un fine funzionale ovvero: l'illustrazione per finalità di insegnamento e ricerca e nei limiti giustificati dallo scopo non commerciale.

L'assenza di concorrenza all'utilizzazione economica sussiste quando l'utilizzazione non sia di dimensioni tali da sopperire all'acquisto dell'opera e dunque danneggiare gli interessi patrimoniali esclusivi dell'autore o del titolare di diritti determinando una perdita dei profitti realizzabili.

La giurisprudenza ha poi messo in evidenza come non sia illegittima una recensione negativa ad un'opera e dunque una critica negativa anche quando essa determini una diminuzione delle vendite.

L'eccezione di cui all'art 70 può dunque essere un espediente utile per quei contenuti generati dagli utenti quando mediante riproduzione/comunicazione parziale al pubblico non fanno altro che esercitare il loro diritto di critica e discussione e dunque manifestare liberamente il proprio pensiero ex 21 Cost, tuttavia affinché l'uso sia legittimo è necessario fare riferimento solo ad una parte dell'opera e non un utilizzo integrale della stessa. *“Il diritto di citazione non abilita all'intera riproposizione delle opere protette”, difatti l'art. 70 L.A. consente la riproduzione solo parziale dell'opera e, reciprocamente, esclude qualsiasi*

riproduzione che interessi l'opera nella sua integrità".¹⁷⁵Di conseguenza data la brevità del contenuto non rientrano nell'eccezione le opere letterarie brevi o i testi delle canzoni.¹⁷⁶

Le nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione hanno oggi permesso agli utenti di essere parte attiva nel settore della produzione di contenuti sulla rete, potendo quest'ultimi non solo caricare contenuti del tutto nuovi e originali ma anche creare format di intrattenimento basati sulla critica o recensione di film, libri o canzoni. Pertanto, alla luce di quanto appena esposto e data l'interpretazione restrittiva delle eccezioni, ci si domanda se il quadro giuridico autoriale almeno in tema di eccezioni possa essere considerato ancora idoneo.

Uno strumento utile sarebbe potuto essere costituito dall'eccezione introdotta all'art 70 il cui comma 1 *bis* che consente la libera pubblicazione attraverso la rete di immagini e musiche a bassa risoluzione o degradate, per uso didattico o scientifico e solo nel caso in cui tale utilizzo non sia a scopo di lucro.

Scialdone¹⁷⁷ mette infatti in luce come tale deroga avrebbe potuto conferire piena legittimazione ad alcuni usi amatoriali seppur confinati nell'ambiente didattico o di ricerca scientifica, in particolar modo egli fa riferimento a quelli che possono essere i *tutorial online* per l'apprendimento di uno strumento musicale oppure video lezioni di storia dell'arte e soprattutto con riferimento all'attuale periodo pandemico da Covid-19, la questione appare ancora più attuale dato il rafforzamento della didattica a distanza.

Tuttavia l'infelice formulazione "*la libera pubblicazione attraverso la rete internet, a titolo gratuito, di immagini e musiche a bassa risoluzione o degradate*" con cui il legislatore ha con probabilità voluto mettere in evidenza la connessione tra i primi due commi dell'art 70 L.d.A, come se l'opera degradata o di bassa risoluzione sia in realtà *latu sensu* "riproduzione parziale" poiché manca dal punto di vista tecnologico (*frame o pixel*) di alcuni elementi che costituiscono l'opera e il fatto che

¹⁷⁵ Trib. Milano, 8 luglio 2009 – Pres. C. De Sapia – Est. S. Rosa, I LIMITI NELLE CITAZIONI DELL'OPERA ALTRUI – Sabrina PERON

¹⁷⁶ V. Trib. Roma, 26.03.1999, AIDA 1999, p. 771.

¹⁷⁷ Scialdone, Marco. La Tutela Giuridica Degli User Generated Content. Roma: Il mio libro, 2018.

la definizione dei limiti d'uso didattico o scientifico, che sarebbero dovuti essere definiti mediante decreto del Ministro per i beni e le attività culturali non sono ancora state adottate, getta ancora numerose ombre sulla possibile applicazione di tale disposizione.

4.6. Eccezione ad hoc per gli Ugc

Alla luce di quanto esposto pare dunque palese la posizione del legislatore sia nazionale che comunitario di privilegiare i diritti autoriali rispetto agli interessi della collettività ad usufruire delle opere intellettuali, andando così a penalizzare la creazione di nuove opere dati i rischi connessi e i imitati confini delle libere utilizzazioni, costituendo l'*overprotection* autoriale un ostacolo alla libertà di espressione e non più strumento per la diffusione di conoscenza e informazione.

In tal senso si prenda ad esempio in considerazione la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE circa l'interpretazione restrittiva delle eccezioni.

Il mutato scenario economico e tecnologico aveva tuttavia portato ad auspicare una modernizzazione del diritto d'autore che ampliasse la flessibilità della normativa comunitaria fino a ricomprendere la possibilità dell'introduzione di *un'eccezione ad hoc* per gli utenti che generano contenuti sulla Rete sfruttando al massimo le opportunità che la tecnologia ci offre.

Nel 2008 l'Unione Europea pubblicò così il Libro Verde sul diritto d'autore nell'economia della conoscenza aprendo in tal modo un dibattito sul ruolo svolto dal diritto d'autore nel promuovere, migliorare e valorizzare la diffusione di conoscenza in ambiti quali la ricerca, scienza e istruzione.

In sede di riesame ex art 12 della Direttiva Infosoc la Commissione aveva infatti preso atto dei limiti della direttiva e della necessità di promuovere la libera circolazione della conoscenza e innovazione puntando alla ricerca di un migliore bilanciamento su diritti e doveri, regole ed eccezioni.

Il Libro Verde punta in tal modo al raggiungimento di un compromesso tra interessi confliggenti, tenendo conto dei punti di vista degli editori, delle biblioteche, degli

istituti di istruzione, dei musei, degli archivi, dei ricercatori, dei portatori di handicap e del pubblico in generale.

Esso si articola in due parti: la prima parte di portata generale che esamina questioni di ordine sommario in merito alle eccezioni sui diritti esclusivi.

La seconda parte del Libro è invece dedicata a temi specifici connessi a quelle eccezioni e limitazioni che assumono particolare rilievo per la diffusione della conoscenza, ponendo un interrogativo sull'opportunità di una modifica del regime delle eccezioni nell'epoca della comunicazione digitale.

Tra le questioni specifiche rientra l'eventuale introduzione di un'eccezione ad hoc per i contenuti creati dagli utenti.

La direttiva Infosoc non includeva infatti un'eccezione che consentisse l'uso di materiali già esistenti per la creazione di nuove opere o opere derivate, essendo infatti necessario sempre il consenso da parte dell'autore dell'opera originaria costituendo ciò un ostacolo all'innovazione e ostruendo la diffusione di opere nuove. Il Libro quindi *de iure condendo* auspicava all'introduzione di un'eccezione per le "*opere creative, trasformative o derivate*"¹⁷⁸ e nel fare ciò era necessaria l'introduzione di specifici criteri, che i soggetti che volessero beneficiare dell'eccezione avrebbero dovuto seguire al fine di evitare un pregiudizio agli interessi economici dei titolari dei diritti dell'opera originale. In tal senso l'eccezione avrebbe dovuto essere subordinata al *three step test*.

La Commissione all'interno del Libro Verde mette in evidenza come nell'ambito della direttiva Infosoc esistano già in misura potenziale alcune eccezioni che avrebbero potuto garantire un certo grado di flessibilità rispetto ai possibili utilizzi delle opere già esistenti come le eccezioni dell'articolo 5, paragrafo 3, lettera d), che consente citazioni per fini di critica o l'articolo 5, paragrafo 3 lettera k) in merito all'utilizzo libero "a scopo di caricatura, parodia o pastiche".

In tal modo si sarebbe data possibilità agli utenti di riutilizzare elementi di opere precedenti per i loro scopi creativi o trasformativi, incentivando un uso innovativo di opere già esistenti e in tal modo stimolare la produzione creativa.¹⁷⁹

¹⁷⁸ Libro Verde. Il diritto d'autore nell'economia della conoscenza, Commissione delle Comunità Europee, Bruxelles, 16/07/2008, COM (2008), cit.

¹⁷⁹COM(2009)532 <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2009/IT/1-2009-532-IT-F1-1.Pdf>

Tuttavia, dalla Consultazione che ebbe luogo su tale punto si instaurò un acceso dibattito che si risolse in nulla di fatto. La Commissione, infatti, alla luce dei diversi pareri discordanti ritenne troppo affrettata l'introduzione di un'eccezione *ad hoc* per un fenomeno che quantomeno all'epoca risultava ancora "sconosciuto"¹⁸⁰.

L'argomento tornò nuovamente al centro del dibattito comunitario nel 2015 ad opera dell'eurodeputata Julia Reda, che mettendo in evidenza gli scarsi livelli di armonizzazione tra gli Stati nazionali in tema di eccezioni al diritto d'autore sottolineò al contempo la scarsa flessibilità della direttiva Infosoc non in grado di adattarsi ai nuovi comportamenti comuni della moderna cultura di Internet, come ad esempio l'uso di GIF¹⁸¹ o i MEME¹⁸² o i cd "supercut"¹⁸³ che possono dare luogo ad una violazione del diritto d'autore.

Tuttavia il Parlamento europeo nella Risoluzione del 9 luglio 2015 sull'attuazione della direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2001 sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione¹⁸⁴ diede scarsa rilevanza al tema limitandosi a sottolineare "l'importanza di una maggiore chiarezza e trasparenza al regime sul diritto d'autore per gli utenti, in particolare con riferimento ai contenuti generati dagli utenti e ai diritti di concessione, allo scopo di promuovere la creatività e

¹⁸⁰ Ibidem "Poiché i contenuti creati dall'utente rappresentano ancora un fenomeno nascente, la Commissione intende approfondire le necessità specifiche dei non professionisti che creano contenuti a partire da opere protette. La Commissione cercherà di trovare soluzioni per una più semplice ed accessibile gestione dei diritti per uso amatoriale"

¹⁸¹ GIF: rappresenta l'acronimo di "Graphic interchange format", ovvero un formato per immagini digitali di tipo raster, creato nel 1987 da CompuServe (azienda di servizi informatici statunitense) per facilitare il download di immagini a colori via Internet. I file GIF hanno estensione .gif, una profondità di colore massima di 8 bit, possono contenere pixel trasparenti, che assumono il colore dello sfondo su cui è collocata l'immagine, ed essere eventualmente animati attraverso una sequenza di immagini dello stesso formato GIF. Da EnciclopediaTreccani [https://www.treccani.it/enciclopedia/gif_\(Lessico-del-XXI-Secolo\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/gif_(Lessico-del-XXI-Secolo)/)

¹⁸² Meme: contenuti virali in grado di monopolizzare l'attenzione degli utenti sul web. Un video, un disegno, una foto diventa meme (termine coniato nel 1976 dal biologo Richard Dawkins ne *Il gene egoista* per indicare un'entità di informazione replicabile) quando la sua «replicabilità», che dipende dalla capacità di suscitare un'emozione, è massima. Da vocabolario Treccani https://www.treccani.it/vocabolario/meme_%28Neologismi%29/

¹⁸³ Un supercut è un genere di editing video costituito dal montaggio di brevi clip. Attraverso programmi di montaggio si uniscono un insieme di clip riguardanti un singolo elemento – una frase, un cliché, un'azione, un personaggio, un oggetto – prelevate da un singolo film o serie televisiva o da più fonti. A volte è usato per creare un effetto satirico o comico o per comprimere una narrativa lunga e complessa in un breve riassunto. Per capire a pieno in cosa consistano basta prendere ad esempio in considerazione i video che nell'ultimo periodo hanno spopolato sulla rete sull'inglese dell'ex presidente del consiglio Matteo Renzi

¹⁸⁴ P8_TA(2015)0273 https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0273_IT.html

l'ulteriore sviluppo di piattaforme online e di garantire l'adeguata remunerazione dei titolari del diritto"¹⁸⁵.

Sullo stesso filone di pensiero dell'eurodeputata Julia Reda fu anche la posizione di Marc Jouland, relatore della Commissione per la cultura del Parlamento Europeo, che con riferimento stavolta alla proposta di riforma sul diritto d'autore ritenne che non fosse stato preso in esame il ruolo creativo degli utenti. Per salvaguardare infatti quelli che ormai nella cultura del XXI secolo sono diventati usi quotidiani per gli utenti della Rete, Marc Jouland aveva proposto di aggiungere un'eccezione al *copyright* per consentire *"l'uso digitale di citazioni o estratti di opere ... all'interno di contenuti generati dagli utenti per scopi quali critica, recensione, intrattenimento, illustrazione, caricatura, parodia o pastiche"*, a condizione che le fonti fossero citate e non causassero un danno commerciale.

L'introduzione di un'eccezione specifica non solo riconoscerebbe il ruolo degli UGC nella nuova società ma darebbe anche un impulso maggiore alla creatività valorizzando al tempo stesso quegli interessi che permettono l'accesso, la diffusione e la produzione d'già avuto modo di confrontarci nel primo capitolo con riferimento alla Dichiarazione dei diritti in Internet in particolar modo l'art. 3 commi 1 e 3¹⁸⁶.

4.7. Le eccezioni nella nuova direttiva europea

Il 15 aprile 2019, nonostante le numerose critiche sollevate, il Consiglio dell'Unione Europea ha approvato in via definitiva la direttiva sul diritto d'autore 2019/790 UE. Con riferimento al regime delle eccezioni assistiamo ad un nuovo approccio da parte del legislatore comunitario. Mentre la Direttiva 2001/29/CE considerava le eccezioni come deroghe limitate, esaustive e specifiche al diritto d'autore il cui recepimento, fatta esclusione per l'ipotesi prevista all'art 5(1), era facoltativo da parte degli Stati membri e dunque rimesso alla loro libera discrezionalità, con la Direttiva 2019/790 il decalogo degli usi leciti delle opere protette diventa

¹⁸⁵ Ibidem punto 60

¹⁸⁶ Cfr. D'Ippolito, Guido. L'esigenza di un nuovo bilanciamento per il diritto d'autore: gli user generated content e l'ipotesi di un'eccezione per le opere creative e trasformative, *Cyberspazio e diritto*, vol. 18, n. 59 (3-2017), pp. 541 e 564

obbligatorio e l'unico margine di discrezionalità si ravvisa per l'eccezione di insegnamento.

Il nuovo regime è disciplinato all'art 3-6 della direttiva 2019/790 UE.

Il nuovo novero delle eccezioni seppur mosso dall'intento di un giusto equilibrio tra interessi contrapposti sembra ancora una volta sbilanciarsi a favore di una maggiore tutela di quelli che sono gli autori.

Come sappiamo l'estrazione di testo costituisce uno strumento automatizzato che grazie ad algoritmi permette di analizzare un ingente quantità di dati e informazioni sparsi sulla rete costituendo un vantaggio in termini di "confronto" soprattutto in ambito di ricerche scientifiche.

Infatti mediante tale strumento si riesce non solo ad analizzare una grande quantità di dati ma permette anche la possibilità di identificare tendenze, correlazioni, interferenze statistiche e dunque elaborare e confrontare in tempi molto più brevi rispetto a quando l'uomo da solo senza l'aiuto di tali meccanismi riuscirebbe a fare. Ovviamente la maggior parte di dati, opere e informazioni necessarie per tali attività sono coperte dal diritto autoriale con la conseguenza che risultava sempre più necessario per lo sviluppo umano e sociale, soprattutto in termini di apprendimento ed espansione delle proprie conoscenze l'introduzione di un'eccezione ad hoc per l'utilizzo del *text e data mining* in determinati settori.

Considerando della direttiva prendendo atto della differente regolamentazione fino a quel momento attuata aveva generato una serie di incertezze in ambito di eccezioni avvertendo dunque la necessità di una maggiore armonizzazione.

L' art. 3 Dir. 2019/790 UE prevede obbligatoriamente l'introduzione di un'eccezione per l'estrazione di testo e di dati per scopi di ricerca scientifica a favore degli organismi di ricerca e gli istituti di tutela del patrimonio culturale, a condizione che essi abbiano legittimo accesso alle stesse. Per intenti di ricerca scientifica, inclusa la verifica dei risultati della ricerca, l'art 3 inoltre prevede la possibilità di effettuare delle copie di tali testi e dati e la possibilità di memorizzare e conservare le medesime ferma l'applicazione di misure che garantiscano la sicurezza e l'integrità delle banche dati in cui verranno ospitati.

Il considerando 11 della Direttiva Copyright prevede che “Gli organismi di ricerca e gli istituti di tutela del patrimonio culturale dovrebbero continuare a essere i beneficiari dell'eccezione, ma dovrebbero anche poter fare affidamento sui loro partner privati per effettuare l'estrazione di testo e di dati, anche utilizzando i loro strumenti tecnologici” Dunque si ritiene che l’eccezione debba trovare applicazione anche alla luce di quello che può essere un partenariato pubblico-privato e quindi usufruire degli strumenti messi a disposizione dai privati per le attività di text and data mining.

Nonostante dai “Considerando”¹⁸⁷ della direttiva emerga con chiarezza il valore e la portata attribuiti ai meccanismi di text e data mining, che permettono l’elaborazione di un gran numero di informazioni ai fini dell’acquisizione di nuove conoscenze, rilevazione di tendenze e confronto di conoscenze e saperi, per il particolare beneficio apportato alla comunità di ricerca, non sono chiaramente identificati i soggetti beneficiari dell’eccezione che secondo il dettato della normativa sarebbero gli organismi di ricerca e gli istituti di tutela del patrimonio culturale.

Con riferimento ai primi il legislatore non offre una definizione di tali organismi prevedendo in maniera generale al considerando 12 che per tali si dovrebbero ritenere quei soggetti il cui scopo primario è “fare ricerca scientifica con o senza l’offerta di servizi di insegnamento” e ulteriore elemento accomunante tali organismi è l’assenza dello scopo di lucro. Infatti “a prescindere dalle diverse forme e strutture giuridiche, in tutti gli Stati membri gli organismi di ricerca hanno in comune il fatto di agire senza scopi di lucro ovvero nell'ambito di una finalità di interesse pubblico riconosciuta dallo Stato” andando di conseguenza ad escludere le imprese commerciali il cui movente ultimo è proprio la massimizzazione dei profitti e dunque lo scopo di lucro.¹⁸⁸

Con riferimento agli istituti di tutela del patrimonio culturale essi sono esattamente definiti e individuati i all’art 2 Dir. 2019/790 UE, che per tali intende le università, comprese le relative biblioteche, un istituto di ricerca o qualsiasi altra entità il cui

¹⁸⁷ Considerando 5 e 18 Dir 2019/790 UE

¹⁸⁸ Mansani, Luigi, Le eccezioni per estrazione di testo e dati, didattica e conservazione del patrimonio culturale, AIDA, 2019, fascicolo 1, Pg 9

obiettivo primario sia condurre attività di ricerca scientifica oppure condurre attività didattiche che includano altresì attività di ricerca scientifica.

Come possiamo vedere quindi per determinati utilizzi non sarà necessario un consenso o una remunerazione a favore dell'autore e ciò perché il potenziale pregiudizio che quest'ultimo potrebbe subire è pressoché minimo.

Sempre con riferimento al “text and data mining”, l'art. 4 introduce un'eccezione *“per le riproduzioni e le estrazioni di testo e di dati, da opere o altri materiali cui si abbia legalmente accesso, a condizione che l'utilizzo delle stesse non sia stato espressamente riservato dai titolari dei diritti, ad esempio attraverso strumenti che consentano la lettura automatizzata di contenuti resi pubblicamente disponibili online, che potranno essere conservate esclusivamente per il tempo necessario ai fini dell'estrazione”*

Poiché dell'eccezione di cui all'art 3 ne possono beneficiare soltanto determinati istituti e organismi per determinati scopi e a condizione dell'assenza dello scopo di lucro è risultata necessaria l'introduzione dell'art 4 che prevede la possibilità di text and data mining anche per quelli che sono i privati o comunque in generale per quelle che sono le imprese commerciali a condizione che ne abbiano legalmente accesso ovvero abbiamo stipulato un abbonamento o ottenuto una licenza ricomprendendo tuttavia anche quel materiale che si trova gratuitamente sulla rete. In tal caso il legislatore sembra riprendere il considerando 18 Dir. Copyright dove non aveva mancato di sottolineare l'importanza delle tecniche di estrazione di testo e dati non solo per i settori pubblici ma anche per i privati¹⁸⁹ per analizzare grandi

¹⁸⁹ Considerando 18 Dir. Copyright: “[...]I titolari dei diritti dovrebbero mantenere la possibilità di concedere licenze per gli utilizzi delle proprie opere o altri materiali esulanti dall'ambito di applicazione dell'eccezione obbligatoria prevista dalla presente direttiva relativa all'estrazione di testo e di dati a fini di ricerca scientifica e delle eccezioni e limitazioni vigenti di cui alla direttiva 2001/29/CE. Allo stesso tempo, occorre tener conto del fatto che gli utilizzatori, nell'estrazione di testo e di dati, potrebbero trovarsi in una situazione di incertezza giuridica quanto alla possibilità di effettuare o meno, su opere o altri materiali cui hanno avuto legalmente accesso, riproduzioni ed estrazioni finalizzate all'estrazione di testo e di dati, in particolare quando le riproduzioni o estrazioni effettuate ai fini del procedimento tecnico potrebbero non soddisfare tutte le condizioni previste dall'attuale eccezione per gli atti di riproduzione temporanea di cui all'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2001/29/CE. Per accrescere in tali casi la certezza del diritto, e per incoraggiare l'innovazione anche nel settore privato, è opportuno che la presente direttiva disponga, a determinate condizioni, un'eccezione o una limitazione per le riproduzioni e le estrazioni di opere o altri materiali, a scopo di estrazione di testo e di dati, e consenta di conservare le copie realizzate per il tempo necessario ai fini dell'estrazione di testo e di dati. Tale eccezione o limitazione dovrebbe applicarsi solo in caso di accesso legale all'opera o altri materiali da parte del beneficiario, anche quando l'opera o altri materiali sono stati messi a disposizione del pubblico online, e nella misura in cui i titolari dei diritti non abbiano riservato in maniera appropriata i diritti di effettuare riproduzioni ed estrazioni ai fini dell'estrazione di testo e di dati. Nel caso dei

quantità di dati in diversi settori della vita e per vari scopi, tra cui i servizi della pubblica amministrazione, decisioni commerciali complesse e lo sviluppo di nuove applicazioni o tecnologie. All'art 5 il legislatore comunitario indica una serie di criteri che sarà necessario rispettare per beneficiare dell'utilizzo di opere e materiale protetto per fini illustrativi ad uso didattico. Innanzitutto, sarà necessario che l'utilizzo avvenga sotto la responsabilità di un istituto di istruzione, inoltre al fine di agevolare la didattica a distanza l'utilizzo può avvenire anche sulla Rete, a condizione che lo spazio di condivisione utilizzato sia sicuro e accessibile esclusivamente ad alunni o studenti e al personale docente di tale istituto. Ulteriore condizione da rispettare sarà quella inerente la menzione e quindi ove possibile bisognerà sempre indicare la fonte ivi compreso il nome dell'autore.

In ogni caso l'art 5 della nuova Direttiva con riferimento a tale eccezione a beneficio dell'insegnamento prevede che l'utilizzo avvenga avendo fermo il fine didattico e quindi *“nei limiti di quanto giustificato dallo scopo non commerciale perseguito”*.

Il legislatore, come già anticipato, all'art 5 attribuisce agli Stati la possibilità di limitare la portata dell'eccezione prevedendo che essa non trovi applicazione per determinati utilizzi o tipi di opere o altri materiali come ad esempio il materiale destinato principalmente al mercato dell'istruzione o gli spartiti musicali, nel momento in cui tale materiale sia facilmente procurabile mediante opportune licenze che autorizzino tali attività e rispondano alle esigenze delle istituzioni.

Al fine di contemperare l'eccezione in esame con gli interessi degli autori, il legislatore europeo introduce un meccanismo facoltativo di riconoscimento di un equo compenso per i titolari dei diritti.

Quindi il legislatore pur avendo previsto l'obbligatorietà del recepimento di tali eccezioni, che in tal modo avrebbe permesso una migliore armonizzazione fra gli Stati del regime delle eccezioni favorendo lo sviluppo del mercato unico europeo,

contenuti resi disponibili al pubblico online, 17.5.2019 IT Gazzetta ufficiale dell'Unione europea L 130/95 dovrebbe essere ritenuto appropriato riservare tali diritti solo attraverso l'uso di strumenti che consentano una lettura automatizzata, inclusi i metadati e i termini e le condizioni di un sito web o di un servizio. La riserva di diritti ai fini dell'estrazione di testo e di dati non dovrebbe pregiudicare altri usi. In altri casi può essere appropriato riservare i diritti con altri mezzi, quali accordi contrattuali o una dichiarazione unilaterale. I titolari dei diritti dovrebbero poter applicare misure per garantire il rispetto delle loro riserve in proposito. Tale eccezione o limitazione dovrebbe lasciare inalterata l'eccezione obbligatoria relativa all'estrazione di testo e di dati a fini di ricerca scientifica di cui alla presente direttiva, nonché l'attuale eccezione per gli atti di riproduzione temporanea di cui all'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2001/29/CE.

reintroduce a favore degli Stati limitati margini di manovra in relazione al riconoscimento di un equo compenso per tali utilizzi. Infatti, mentre questi saranno obbligati ad introdurre l'eccezione, avranno facoltà di scegliere il come mettere in atto tale eccezione e quindi limitarne la portata.

Con l'intento di preservare i patrimoni culturali l'art 6 della nuova Direttiva consente, invece, agli istituti di tutela del patrimonio culturale la riproduzione di qualsiasi opera presente all'interno della propria collezione permanente.

Nel titolo secondo della Riforma dedicato alle eccezioni non appare nessuna menzione ad un'eccezione *ad hoc* per i contenuti generati dagli utenti, nonostante durante i lavori preparatori fra gli emendamenti approvati dal Parlamento Europeo il 12 settembre 2018 alla proposta di direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale, figurasse il considerando *21-ter* il quale, nonostante mettesse in evidenza l'ipotesi di un'applicazione in via analogica delle eccezioni di citazione e di parodia per i contenuti generati dagli utenti, al tempo stesso evidenziava come tuttavia *“non tutti i contenuti caricati o messi a disposizione da un utente che comprendono ragionevolmente estratti di opere o di altro materiale protetti sono coperti dall'articolo 5 della direttiva 2001/29/CE.”*¹⁹⁰ Dando luogo ad una situazione di incertezza giuridica tanto per gli utenti quanto per i titolari del diritto.

Sulla base di ciò si prevedeva dunque l'introduzione una nuova eccezione *che legittimasse* il lecito utilizzo degli estratti di opere o di altro materiale tutelato nei contenuti caricati o messi a disposizione dagli utenti. Tuttavia, ciò poteva avvenire *“Laddove i contenuti generati o messi a disposizione dagli utenti comportino un uso breve e proporzionato di una citazione o di un estratto di un'opera o di altro materiale protetti per un fine legittimo, tale utilizzo dovrebbe essere tutelato mediante l'eccezione prevista dalla presente direttiva. Tale eccezione dovrebbe essere applicata solo in determinati casi particolari che non siano in contrasto con il normale sfruttamento dell'opera o dell'altro materiale in questione e che non arrechino ingiustificato pregiudizio ai legittimi interessi del titolare dei diritti. Al fine di valutare tale pregiudizio è fondamentale che il grado di originalità dei*

¹⁹⁰ Considerando 21-ter, Parlamento europeo, P8_TA-PROV(2018)0337, 12.9.2018
https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0337_IT.html

*contenuti in questione, la lunghezza o l'ampiezza della citazione o dell'estratto utilizzato, il carattere professionale del contenuto in questione o il grado di danno economico arrecato siano esaminati, se del caso, senza precludere la legittima fruizione dell'eccezione. Detta eccezione dovrebbe lasciare impregiudicati i diritti morali degli autori dell'opera o dell'altro materiale*¹⁹¹

Nonostante ciò, la Direttiva definitiva si è discostata da tale impostazione e anziché prevedere un'eccezione *sui generis* per gli UGC ha preferito optare per una soluzione completamente diversa, riversando sugli intermediari della Rete da un lato il compito di concludere accordi di licenza con i titolari dei diritti autoriali al fine di comunicare al pubblico o rendere disponibili al pubblico opere o altri materiali, e dall'altro lato, rendendoli responsabili diretti per i contenuti caricati dagli utenti, quello di adottare misure preventive idonee ad anticipare le violazioni compiute sulle loro piattaforme e cooperare con i titolari dei diritti durante tutto il corso dell'attuazione di tali misure. E nell'adozione di tali meccanismi privilegiare l'implementazione delle tecnologie di riconoscimento dei contenuti.

Tali misure che di norma comportano la rimozione, oscuramento o blocco dei contenuti dovranno essere proporzionate e controbilanciate da un meccanismo di reclamo a favore degli utenti per le rimozioni illegittime.¹⁹²

Quindi, anziché prevedere un'eccezione ad hoc, il legislatore comunitario fa gravare sui prestatori di servizi della società dell'informazione quella che potremmo considerare una vera e propria responsabilità oggettiva per i contenuti generati dagli utenti delle piattaforme che tali intermediari gestiscono.

L'art 17 par 7, accorda infatti agli utenti di tali piattaforme la possibilità di avvalersi delle eccezioni o limitazioni di citazione, critica, rassegna, utilizzi a scopo di caricatura, parodia o pastiche nel momento in cui caricano contenuti sul web attraverso le piattaforme di condivisione di contenuti.

In tale prospettiva gli Stati membri dovranno garantire – attraverso eccezioni e limitazioni obbligatorie - che gli utenti possano caricare contenuti da loro creati per le specifiche finalità di citazione, critica, rassegna, caricatura, parodia o pastiche.

¹⁹¹ Ibidem.

¹⁹² Cfr Pagano Marco e Comegna Valera, Tutela del diritto d'autore e mercato digitale: Roma, 12 giugno 2018 Roma: Arel, 2018. Pg 65

Viene delegato nuovamente agli stati membri il recepimento questa volta obbligatorio di tali eccezioni che, ancora una volta, dovrà avvenire tenendo in considerazione il three step test volto a garantire e promuovere un giusto bilanciamento degli interessi coinvolti.

E dunque tali eccezioni dovranno sempre essere adottate per fini determinati e condizioni specifiche senza “*contrastare con lo sfruttamento normale dell’opera o degli altri materiali*” o “*arreare ingiustificato pregiudizio agli interessi legittimi del titolare*” prendendo in considerazione anche la giurisprudenza comunitaria sul tema che come più volte abbiamo avuto modo di notare adotta un approccio restrittivo sulle interpretazioni delle eccezioni.

Alla luce di ciò i problemi e le criticità propri della Direttiva Infosoc non sembrano essere completamente superati almeno con riferimento alle eccezioni di citazione, critica, rassegna, caricatura, parodia o *pastiche* poiché anche se questa volta il loro recepimento è obbligatorio saranno sempre gli Stati a determinarne la portata e quindi l’efficacia e l’ampiezza di tali eccezioni dipenderà anche dal modo in cui verrà data loro attuazione a livello nazionale.

Anche se la direttiva non prevede espressamente l’adozione di meccanismi di filtraggio né tantomeno l’introduzione di un obbligo di vigilanza che anzi è espressamente vietato di fatto l’unica possibilità per il provider di tutelarsi risulta essere l’introduzione di tali meccanismi di filtraggio che come sappiamo comporterebbero indirettamente un obbligo di sorveglianza sia *ex ante* sia *ex tunc*¹⁹³. Dunque al fine di tutelarsi i provider potrebbero introdurre un’implementazione dei meccanismi di filtraggio data la maggiore difficoltà nel mostrare la propria estraneità e terzietà e atteggiamento passivo e neutrale per i contenuti caricati dagli utenti. Tuttavia tale implementazione potrebbe costituire un pericoloso strumento di censura potendo comportare in alcuni casi una violazione

¹⁹³ In tal senso si veda anche la sentenza n. 693/2019 del Tribunale di Roma ove nel ribadire quelle che sono le caratteristiche dell’hosting provider attivo mette in evidenza come l’uso di tecnologie di filtraggio come quelle basate sul *fingerprinting* comportino un controllo di carattere generale sui contenuti caricati dall’utente. Di conseguenza laddove si utilizzino tali tecnologie non solo ci si troverà in presenza di un hosting attivo ma di un soggetto che grazie le tecnologie implementate sulla propria piattaforma dovrebbe effettuare sia *ex ante* che *ex post* un controllo sui contenuti.

<https://iusletter.com/wp-content/uploads/Roma-10-gennaio-2019-n.-693.pdf>

della libertà di espressione, nella misura in cui per gli utenti risulterebbe più difficile il libero esercizio delle eccezioni.¹⁹⁴

¹⁹⁴ Cfr Pagano Marco e Comegna Valera, Tutela del diritto d'autore e mercato digitale: Roma, 12 giugno 2018 Roma: Arel, 2018. Pg 67, sullo stesso orientamento anche Scialdone e Spedicato

Capitolo III: Le ricadute di responsabilità sugli internet service provider per i contenuti caricati dagli utenti

SOMMARIO:

5. Internet service provider: quadro normativo di riferimento – 5.1. Attività di *mere conduit* – 5.2. *Caching*, attività di memorizzazione temporanea – 5.3. Attività di *Hosting* – 5.3.1. Il recepimento italiano – 6. La nuova categoria di “prestatore di servizi di condivisione di contenuti online” – 7. *De iure condendo: Digital Service Act e Digital Market Act* – 7.1. Digital Service Act – 7.2 Digital Market Act – 8. La responsabilità dell’ISP alla luce della direttiva 2019/790 UE: art 17 – 8.1. Divieto di obblighi generali di sorveglianza – 8.1.1. *Enforcement* dei doveri di controllo: il caso *Eva Glawischnig Piesczek c. Facebook Ireland Limited.* – 8.2. Art. 17 2019/790 UE: una nuova configurazione di responsabilità per gli intermediari della rete – 8.3. Le tecnologie di filtraggio e il divieto di controlli generalizzati – 8.3.1. Sistemi di identificazione: il “Content ID” di Youtube – 8.2.2. Brevi considerazioni sul rapporto fra i sistemi di filtraggio e la libertà degli utenti – 9. Licenze collettive

5. Internet service provider: quadro normativo di riferimento

Nel secondo capitolo della trattazione abbiamo avuto modo di esplorare il tema delle eccezioni e capire l’orientamento comunitario sul tema degli UGC, il legislatore infatti anziché prevedere un’eccezione specifica per i contenuti generati dagli utenti ha scelto un approccio diametralmente opposto preferendo scaricare la responsabilità per i contenuti da questi caricati sugli internet service provider.

In tale capitolo conclusivo prenderemo dunque in considerazione il ruolo degli internet service provider e in particolar modo cercheremo di esaminare il mutamento della loro responsabilità alla luce della nuova direttiva 2019/790 EU e come tale cambiamento abbia influito sugli utenti in particolare per gli *user generated content*.

Il 4 maggio 2000 veniva approvata dal Parlamento Europeo e dal Consiglio la Direttiva 2000/31 CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolar modo la direttiva prendeva in esame il commercio elettronico nel mercato interno dell'unione e proprio per tale motivo è nota anche come Direttiva E-commerce.

Mediante tale direttiva, al pari di quando verrà poi previsto in seno alla Direttiva 2001/29 CE, il legislatore comunitario auspicava alla creazione di un mercato unico europeo andando a tal fine ad introdurre regole uniformi per il commercio elettronico avendo quale obiettivo la liberalizzazione delle prestazioni dei servizi online.

Punto cruciale della direttiva sono gli Internet service provider che vengono definiti quali *“soggetti fisici o giuridici che prestano un servizio della società dell'informazione”* rappresentando fundamentalmente degli intermediari che stabiliscono una connessione tra chi invia e chi riceve un'informazione sulla Rete.

Tali intermediari si occupano infatti di diverse attività come ad esempio mettere a disposizione servizi di connessione, trasmissione o memorizzazione di dati.

Il provider risulta dunque una figura fondamentale poiché l'utente necessiterà sempre del suo intervento per navigare sulla Rete.

In primis l'IP si occupa di mettere a disposizione degli utenti l'accesso alla Rete, ma non è l'unico servizio che può offrire, abbiamo infatti anche attività ad esempio di *“content provider”* o *“access provider”* ma anche di *“host”* o *“cache provider”*.

Dunque ad un'unica figura possono essere ricollegate un'eterogeneità di servizi.

Tuttavia a seconda dell'attività scelta si andrà a delineare un diverso tipo di responsabilità ed è proprio di questo che si occupa la Direttiva 2000/31 CE ovvero delineare profili omogenei di responsabilità a seconda del servizio offerto.

Andare a definire tale soggetto ha infatti un'importanza fondamentale alla luce dei diversi illeciti che gli utenti possono perpetuare sulla Rete grazie l'intermediazione del provider.

Il web consente infatti agli utenti di beneficiare dell'anonimato con la conseguenza che per le violazioni attuate da quest'ultimi si sente l'esigenza di andare ad indentificare il soggetto che ne possa rispondere in loro vece.

La responsabilità ricade dunque sul provider ma è necessario diversificare a seconda dei casi se effettivamente tale responsabilità possa sussistere o meno.

Indentificare il provider quale responsabile risulta infatti la scelta più agevole poiché si tratta di un soggetto facilmente identificabile a differenza dei singoli individui che operano sulla rete.

Il provider oltre ad esercitare un ruolo preminente nella circolazione di contenuti, svolge normalmente la sua attività in forma di impresa e dunque è un soggetto che esercita professionalmente un'attività economica organizzata e può agire in maniera più celere e incisiva per eliminare i contenuti illeciti sulla Rete

Tali caratteristiche non solo lo rendono quindi facilmente individuabile ma al tempo stesso permettono ai soggetti che hanno subito l'illecito un risarcimento presumibilmente maggiore.

Gli illeciti cagionabili dagli utenti tramite i servizi del provider possono essere di varia natura e vanno dalla lesione del diritto alla riservatezza alla diffamazione ma fra questi in particolar modo figura la violazione del diritto d'autore.

Dato che la diffusione dei contenuti protetti è avvenuta per mezzo del provider ci si pone inevitabilmente l'interrogativo su quale sia la sua responsabilità in tale contesto e dunque come qualificare giuridicamente la sua condotta.

Proprio per tale motivo il legislatore distingue i provider in tre macrocategorie:

- prestatori di semplice trasporto (*mere conduit*);
- prestatori di servizi di memorizzazione temporanea (*caching*);
- prestatori di servizi di memorizzazione di informazione (*hosting*).

Per ciascuna categoria il legislatore europeo prevede un'esimente di responsabilità, responsabilità che è definita in negativo ovvero soltanto laddove risultino rispettate le condizioni allora non verrà considerato responsabile.

È da sottolineare come il legislatore anziché distinguere la responsabilità degli IP a seconda del tipo di illecito che gli utenti grazie al loro lavoro di intermediazione

possono commettere adotta un approccio di carattere orizzontale¹⁹⁵ andandoli a distinguere sulla base dell'attività che pongono in essere discostandosi in questo modo da quello che è l'approccio verticale adottato del Stati Uniti ove la responsabilità è rapportata all'attività illecita (violazione copyright, diritti della persona ecc.).

La giurisprudenza italiana¹⁹⁶ adotta un ulteriore tipo di distinzione:

- *Access provider*
- *Service provider*
- *Content provider*

L'*access provider* è colui che permette all'utente "*l'allacciamento*" alla Rete e dunque è il fornitore dell'accesso al web ad esempio attraverso un modem o connessioni dedicate, egli può fornire al suo cliente anche una serie di servizi aggiuntivi, dotandolo ad esempio di uno "*spazio da gestire autonomamente*", si tratta delle caselle di posta elettronica mediante la quale assegnano al cliente un indirizzo di posta ed uno specifico spazio sul proprio server.¹⁹⁷

Il suo ruolo è fondamentale poiché per usufruire dei diversi servizi sulla Rete è indispensabile essere connessi on line.

Il *service provider* è quel soggetto che una volta avvenuto l'accesso in Internet consente all'utente di porre in essere determinate operazioni quali: servizi di posta, suddivisione e catalogazione delle informazioni.¹⁹⁸

Il *content provider* è invece il fornitore di contenuti e dunque colui che offre al pubblico informazioni e opere mediante il caricamento sui propri server.

Egli ha inoltre il compito di "*gestire e organizzare le pagine web immesse in rete dal proprio cliente*"

¹⁹⁶ Tribunale di Bologna, 14 giugno 2001 n.3331, in *Diritto d'Autore*, 2002, fascicolo 3, Pg 343

¹⁹⁷ Cfr. <https://www.altalex.com/guide/internet-service-provider>

¹⁹⁸ https://www.leggioggi.it/wp-content/uploads/2011/11/SKMBT_C55211090518410-1.pdf

5.1. Attività di mere conduit

L'art. 12 Direttiva E-commerce va definire il *provider* che svolge un'attività *mere conduit* e quindi di semplice trasporto e quando si configuri in relazione a tale attività una sua responsabilità.

L'attività di semplice trasporto consiste in un servizio della società dell'informazione volta a "trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, o nel fornire un accesso alla rete di comunicazione,"

Il servizio di *mere conduit* comprendere anche attività di memorizzazione automatica, intermedia e transitoria delle informazioni trasmesse purché la sua durata non ecceda il tempo ragionevolmente necessario alla trasmissione.¹⁹⁹ Dunque fra le attività contemplate rientra anche l'attività di memorizzazione che tuttavia non sarà lesiva del diritto d'autore nel momento in cui questa sia temporanea.

Il titolare del servizio non sarà responsabile per le informazioni che sono state trasmesse mediante la sua intermediazione nel momento in cui vengano rispettate determinate condizioni:

- non dia origine alla trasmissione;
- non selezioni il destinatario della trasmissione;
- non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse.

Il legislatore introduce dunque un elenco tassativo di condizioni che sarà necessario cumulativamente rispettare per beneficiare dell'esimente di responsabilità accomunate dal fatto che in tal modo il provider sarebbe completamente estraneo ai contenuti trasmessi.

È dunque questo il *fil rouge* che collega tra di loro le tre condizioni, infatti nel momento in cui queste saranno tutte e tre rispettate si potrà provare l'estraneità del provider per i contenuti trasmessi, in caso contrario laddove manchi anche una sola di tali condizioni si configurerà una sua responsabilità.

¹⁹⁹ Cfr. Mensi, Maurizio, P. Falletta ed Eugenio Albamonte. *Il diritto del web* Seconda edizione. Milano: Wolters Kluwer, 2018. Pg 146-147

Per beneficiare dell'esonero di responsabilità sarà necessario che il provider non assuma in nessun modo un ruolo attivo nell'attività che attua, non stabilisca alcun contatto qualificato con l'informazione trasmessa ed in ogni caso la memorizzazione dovrà essere strettamente connessa allo scopo perseguito.²⁰⁰

Tale previsione risulta dunque perfettamente conforme al “considerando” 42 *“le deroghe alla responsabilità riguardano esclusivamente il caso in cui l'attività di prestatore di servizi della società dell'informazione si limiti al processo tecnico di attivare e fornire accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni messe a disposizione da terzi al solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione. Siffatta attività è di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, il che implica che il prestatore di servizi della società dell'informazione non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate”*

L'esenzione è dunque connessa al fatto che il provider sta semplicemente ponendo in essere un servizio tecnico che avrà natura transitoria e temporanea.

Bisogna ora analizzare nello specifico le tre condizioni.

Innanzitutto, l'art 12 Direttiva E-Commerce ci dice che il provider non deve originare la trasmissione, nel momento in cui desse origine alla trasmissione non potremmo più considerarlo un soggetto estraneo.

In realtà è stato evidenziato che l'espressione “non deve dare origine alla trasmissione” non debba essere interpretato in modo letterale ma debba essere letto prendendo in considerazione la ratio e quindi effettuare un'interpretazione teleologica. Infatti, tecnicamente il provider dà sempre origine alla trasmissione ma tale trasmissione deve essere “passiva tecnica e automatica”.²⁰¹

Affinché il provider possa essere considerato passivo non deve selezionare i destinatari, l'informazione deve infatti essere rivolta alla massa indistinta degli utenti, nel momento in cui ponesse in essere un'attività di scelta la sua condotta si qualificherebbe come attiva e dunque non potrebbe beneficiare dell'esonero, anzi, egli potrebbe essere considerato alla stregua di un content provider perché di norma

²⁰⁰ Cfr. De Cata, Marcello and Marcello de Cata. *La Responsabilità Civile Dell'Internet Service Provider*. Vol. 15. Milano: Giuffrè, 2010. Pg 188-189

²⁰¹ Ibidem Pg 194

quest'ultimo effettua un'attività di indicizzazione e organizzazione suggerendo agli utenti i contenuti da visualizzare.

Infine, inevitabilmente se il provider modificasse le informazioni trasmesse sarebbe a conoscenza delle stesse e quindi della violazione posta in essere dall'utente.

Sono dunque queste le condizioni che sarà necessario rispettare, infatti a carico del provider "*mere conduit*" il legislatore comunitario non prevede alcun altro onere a differenza di quanto avviene per gli altri tipi di provider.

5.2.Caching, attività di memorizzazione temporanea

Del "*caching*", ovvero dell'attività di memorizzazione temporanea, se ne occupa l'art. 13 Direttiva E-commerce.

Anche in tal caso il legislatore parla di un'attività di memorizzazione d'informazioni caratterizzata dal fatto di essere "automatica, intermedia e temporanea" che in questo caso ha lo scopo di rendere più efficace il successivo inoltramento dell'informazione ad altri destinatari su richiesta dell'utente. L'attività si configurerà dunque come "automatica" quando immune da contatti qualificati e dunque il provider non interviene né nella scelta dei destinatari né modifica o integra i dati, "intermedia" e "temporanea" quando l'intervallo di tempo della memorizzazione è limitato e strettamente confacente al successivo loro inoltramento.

L'attività di *caching* consiste quindi nell'attività di *proxy server*²⁰² e nell'attività di "*mirroring*" ovvero tecnica informatica che consente di replicare un contenuto digitale diverse volte in modo da renderlo disponibile online ospitandolo su *server* diversi sparsi in tutto il mondo. I server che ospitano il contenuto replicato vengono chiamati *mirror* e costituiscono la copia esatta che si trova sul server "madre" dove

²⁰² Proxy, in [informatica](#) e [telecomunicazioni](#), indica un tipo di [server](#) che funge da intermediario per le richieste da parte dei [client](#) alla ricerca di risorse su altri server, disaccoppiando l'accesso al [web](#) dal [browser](#). Un client si connette al [server](#) proxy, richiedendo qualche servizio (ad esempio un file, una [pagina web](#) o qualsiasi altra risorsa disponibile su un altro server), e quest'ultimo valuta ed esegue la richiesta in modo da semplificare e gestire la sua complessità. Da wikipedia <https://it.wikipedia.org/wiki/Proxy>

infatti vengono caricate le versioni originali dei *file*.²⁰³ Mediante *il caching* quindi la ricerca sarà più veloce ed efficace e più veloce sarà anche il *download* dei dati.

A tal proposito si pensi al *mirroring*, nel caso in cui il server in cui si trova l'informazione fosse temporaneamente non disponibile o in sovraccarico di richieste l'utente verrà automaticamente reindirizzato verso un *mirror* riuscendo quindi con velocità ad ottenere il documento che gli serviva, inoltre se si pensa invece *al proxy server* quest'ultimo permette di salvaguardare la *privacy* dei soggetti poiché l'utente, anziché essere direttamente inoltrato sulla pagina interessata, si conetterà al server *proxy*, che eseguirà per lui l'attività richiesta e in tal modo l'utente non potrà essere identificato. Il *server proxy* quindi si interpone nel normale flusso di comunicazione tra client e i server dei servizi web a cui vuole accedere, in tal modo viene quindi eliminato il collegamento diretto fornendo all'utente l'anonimato mentre naviga sulla rete.²⁰⁴

Affinché ISP possa beneficiare di un esonero di responsabilità per le informazioni veicolate sarà necessario che rispetti alcune condizioni parallelamente a quanto previsto per l'attività di *mere conduit*.

L'ISP non sarà irresponsabile nel momento in cui:

- a) modifichi le informazioni;
- b) non si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni;
- c) non si conformi alle norme di aggiornamento delle informazioni, indicate in un modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore,
- d) interferisca con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni;
- e) non agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitare l'accesso, non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato

²⁰³ Cfr. <https://www.fastweb.it/internet/mirroring-web-cos-e-e-come-funziona/>

²⁰⁴ Cfr. <https://www.pandasecurity.com/it/mediacenter/tecnologia/proxy-cose-e-come-si-configura/#:~:text=In%20questo%20modo%2C%20le%20richieste,durante%20la%20navigazione%20su%20Internet.>

oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione dell'accesso.²⁰⁵

Anche in questo caso condizione imprescindibile sarà “passività e neutralità” rispetto all'informazione trasmessa.

Sui primi punti dell'articolo non sorgono particolari problemi interpretativi mentre alla lettera c) è come se il legislatore avesse onerato il provider di un obbligo di diligenza relativamente all'aggiornamento.²⁰⁶

Di particolare rilevanza è la previsione alla lettera e) ove onera il provider di attivarsi prontamente per la rimozione di contenuti illeciti. Bisogna dunque capire che cosa bisogna intendere per “non appena venga a conoscenza” e quindi quale sia il *dies a quo* a partire dal quale dovrà attivarsi per la rimozione o disabilitazione, tuttavia il legislatore tace su tale punto dovendo di conseguenza di volta in volta il *provider* chiamato in causa a provare di aver agito prontamente e quindi aver tenuto un comportamento conforme alla diligenza professionale richiesta. Ovviamente si pongono meno problemi circa l'individuazione del *dies a quo* nel momento in cui sia stato un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa a disporre la rimozione.

Dunque a differenza dell'attività di mero trasporto in questo caso è richiesto al IP il rispetto di un numero ben più ampio di condizioni il cui fine sarà tuttavia sempre il medesimo ovvero non essere “*in alcun modo coinvolto nell'informazione trasmessa*”²⁰⁷.

²⁰⁵ Art 13 Direttiva E-commerce

²⁰⁶ Albertini, Lorenzo. LA RESPONSABILITÀ CIVILE DEGLI INTERNET SERVICE PROVIDER PER I MATERIALI CARICATI DAGLI UTENTI (CON QUALCHE CONSIDERAZIONE SUL RUOLO DI GATEKEEPERS DELLA COMUNICAZIONE) pg 129

²⁰⁷ Secondo quanto stabilito dal considerando 43 Dir. E-commerce

5.3. Attività di *Hosting*

Maggiori problematiche ermeneutiche ed applicative presenta l'attività di *hosting*, riferendosi con tale terminologia a quei prestatori di servizi della società dell'informazione che "ospitano" contenuti forniti da terzi"²⁰⁸

L' *host provider* svolge a differenza delle due figure appena esaminate un'attività di memorizzazione "durevole". L'attività che tali soggetti pongono in essere risulta difficilmente collegabile con il considerando 42 della direttiva sul commercio elettronico.

Tale disposizione prevede infatti l'esonero di responsabilità per gli intermediari che svolgono un'attività passiva ma soprattutto fa riferimento ad un'attività di memorizzazione temporanea o che comunque abbia carattere "meramente tecnico, automatico e passivo", mentre al contrario l'*hosting provider* può tra le sue diverse funzioni svolgere anche un'attività di indicizzazione, organizzazione e promozione dei contenuti caricati dagli utenti che dunque non può sicuramente essere considerata tale implicando di fatto in via presuntiva una conoscenza di tali informazioni.

Ad una prima lettura del dettato normativo l'art 42 sembra quindi potersi riferire esclusivamente all'attività di mero trasporto o di *caching*.

Date quindi le caratteristiche del servizio offerto il legislatore con riferimento all'attività di *hosting* prevede delle condizioni di esonero di responsabilità ben più rigide di quelle che figurano per i soggetti di cui agli articoli 12 e 13 Direttiva E-commerce.

Su di lui non sussisterà alcuna responsabilità nel momento in cui:

- a) non sia effettivamente al corrente del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendano manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione;

²⁰⁸ Finocchiaro, Giusella and Francesco Delfini. *Diritto Dell'Informatica*. Torino: UTET giuridica, 2014. Pg 1002

b) non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso²⁰⁹

Proprio perché le informazioni sono memorizzate dal provider in maniera durevole e permanente saranno per lui più facilmente conoscibili apparendo consono un inasprimento dei livelli di diligenza a lui richiesti.

A tal proposito si può infatti notare come il considerando 48 della direttiva 2000/31/CE sottolinea che gli intermediari che detengono informazioni fornite dai destinatari debbano agire con quella diligenza *“che è ragionevole attendersi da loro ed è previsto dal diritto nazionale, al fine di individuare e prevenire taluni tipi di attività illecite”*.

Anche la Corte di Giustizia Europea al fine di configurare una responsabilità per l'effettiva conoscenza dei contenuti illeciti immessi sulla rete dell'*host* provider fa riferimento al criterio della diligenza, infatti quest'ultimo dovrà essere considerato responsabile laddove avendo, seppur indirettamente, avuto conoscenza dei fatti illeciti avrebbe potuto contrastarne l'illiceità se avesse agito con diligenza professionale.²¹⁰

E ancora nel 2015 nell'ambito «Strategia per un mercato unico digitale» al fine di tutelare maggiormente la circolazione in Rete di contenuti illeciti la Commissione valuta «l'opportunità di imporre agli intermediari di esercitare una maggiore responsabilità e diligenza nella gestione delle reti e dei sistemi»²¹¹. Sottolineando ancora una volta la stretta connessione tra responsabilità e diligenza.

Per tutte e tre le ipotesi previste il legislatore comunitario invita gli stati nazionali ad individuare una figura ad hoc, sia essa un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa, che si occupi dell'intermediario affinché questo si attivi per rimuovere il contenuto illecito e con riferimento all'ultima figura li invita a definire procedure per la rimozione delle informazioni o contenuti illeciti o la disabilitazione dell'accesso alle medesime.

²⁰⁹ Art 14 Direttiva E-commerce

²¹⁰ *“che egli sia stato al corrente di fatti o di circostanze in base ai quali un operatore economico diligente avrebbe dovuto contrastare l'illiceità di cui trattasi”* Corte di Giustizia UE, C-324/09, 12 luglio 2011, in www.curia.europa.eu

²¹¹ COM (2015) 192 final del 6 maggio 2015.

5.3.1. *Il recepimento italiano*

Come sappiamo con Decreto legislativo 70/2003 il legislatore italiano da attuazione alla direttiva E-commerce.

Il legislatore con riferimento alla figura dei provider si limita a recepire per intero la normativa europea agli articoli 14-17 D.lgs. 70/2003 senza apportare rilevanti modifiche.

Tuttavia il ruolo sempre più centrale che ha assunto la Rete nel corso degli anni, quale strumento di condivisione e interazione sociale, ha portato alla necessità di intervenire nuovamente sul tema della responsabilità dei provider ed in particolar modo sul ruolo dell'host quale gestore di piattaforme UGC.

Sul tema è dunque intervenuta la giurisprudenza italiana che scinde la figura dell'host provider in: *host* "attivo" e "passivo" che successivamente ha incontrato anche il *favor* della giurisprudenza comunitaria.²¹²

Secondo il legislatore interno esclusivamente ISP passivo può beneficiare dell'esclusione di responsabilità prevista all'art 14 della direttiva sul commercio elettronico.

Una prima distinzione in tali termini risale al 2004 ad opera del tribunale di Catania a cui rimandano una serie di sentenze volte proprio ad individuare quando ci si trovi in presenza dell'una o altra figura di *host*.

Il tribunale di Milano in merito alla condivisione illecita su piattaforme online di contenuti tutelati dal diritto autoriale prevede che il *provider* attivo sia colui che partecipa attivamente nella trasmissione, indicizzazione e organizzazione dei contenuti limitandosi il provider passivo ad una mera attività di memorizzazione delle informazioni²¹³.

L'indicizzazione dei contenuti comporta infatti una conoscenza degli stessi da parte dell'*host provider* con la conseguenza che tale soggetto non potrà beneficiare

²¹² Corte Giust. UE, 23 marzo 2010, cause riunite da C-236/08 a C-238/08, Google c. Louis Vuitton, in Foro it., 2010, IV, 458 ss. e Corte Giust. UE, grande sez., 12 luglio 2011, causa C-324/09, L'Oréal c. eBay, in Giur. mer., 2013, 2584 ss.

²¹³ https://www.academia.edu/1474321/11_07_2011_Tribunale_di_Milano_Sentenza_7_giugno_2011_n_7680?auto=download

dell'esenzione di responsabilità prevista per l'*host provider* all'art 16 D.lgs. 70/2003 ma al contrario si potrà agire nei suoi confronti ex art 2043 cc.

Sulla *summa divisio* la giurisprudenza è nuovamente intervenuta di recente.

La Corte di Cassazione, il 19 marzo del 2019 con sentenza n. 7708, ha accolto il ricorso di Rete Televisive Italiane S.p.A. (R.T.I.) nei confronti di Yahoo! Inc. e di Yahoo! Italia S.r.l. Nel corso del contenzioso la Suprema corte ha avuto modo di rimarcare la distinzione fra il ruolo attivo e passivo dell'*host provider*.

La Corte in particolare per identificare l'*host provider* come attivo parla di “condotta di azione” che arricchisce la fruizione dei contenuti.

Al fine di identificare più facilmente tale soggetto individua una serie di “indici di interferenza” che di volta in volta il giudice del caso concreto potrà prendere in considerazione al fine di accertare il vero ruolo del provider, precisando tuttavia che tali indici non hanno carattere tassativo ma esclusivamente esemplificativo.

La corte dunque riconduce all'interno dell'elenco “ *le attività di filtro, selezione, indicizzazione, organizzazione, catalogazione, aggregazione, valutazione, uso, modifica, estrazione o promozione dei contenuti, operate mediante una gestione imprenditoriale del servizio, come pure l'adozione di una tecnica di valutazione comportamentale degli utenti per aumentarne la fidelizzazione: condotte che abbiano, in sostanza, l'effetto di completare ed arricchire in modo non passivo la fruizione dei contenuti da parte di utenti indeterminati.*”²¹⁴

Al contrario il ruolo passivo sussiste nel momento in cui l'*host* si limita semplicemente ad ospitare i contenuti, quindi offre un semplice servizio di accesso ad un sito senza proporre altri servizi di elaborazione dei dati.

L'*hosting provider* anche nel momento in cui utilizza tecnologie all'avanguardia per migliorare il servizio offerto non potrà essere considerato “attivo” nel momento in cui si limiti a garantire in maniera “neutrale” la fornitura del servizio.

Passività e neutralità rimarranno dunque sempre i principi chiave per beneficiare dell'esonero di responsabilità e mediante tale distinzione in ruolo attivo e passivo possiamo ricondurre anche la figura dell'*host* passivo alla previsione del

²¹⁴ Sentenza Cassazione Civile n. 7708 del 19/03/2019 <https://sentenze.ialleggepertutti.it/sentenza/cassazione-civile-n-7708-del-19-03-2019>

considerando 42 Direttiva E-Commerce poiché la sua attività sarà sì di memorizzazione non temporanea ma di carattere meramente tecnico che ha il solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione.

Un ulteriore pronuncia del Tribunale di Roma²¹⁵ affrontando sempre il tema della responsabilità dell'hosting per i contenuti illeciti caricati dagli utenti, riprendendo la distinzione tra “attivo” e “passivo” ormai consolidatasi nella prassi giurisprudenziale, afferma che *“la responsabilità del prestatore di servizi hosting sorge ogni qual volta vi sia un'attività di gestione, di qualsiasi natura, anche se limitata alla mera ottimizzazione o promozione delle informazioni di tali contenuti”*²¹⁶.

Quindi ogni volta che l'attività dell'*host* può essere qualificata come attiva non si applicherà l'art. 16 dando luogo la sua condotta ad un illecito civile extracontrattuale ex art. 2043 c.c. con relativo obbligo di risarcimento in capo all'*host*.

L'Hosting provider può quindi essere considerato una figura poliedrica data la pluralità eterogenea dei servizi che pone di essere. Nella Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, “Lotta ai contenuti illeciti online. Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online” vengono infatti individuati i diversi ruoli che l'*host* può ricoprire andando dai mercati online (es. Amazon), alle piattaforme di condivisione di video (Youtube, Twitch), i social network (Facebook), i siti web di blogging o i siti web di recensioni (Tripadvisor), fino alle sezioni dei commenti degli utenti sulle pagine delle notizie.²¹⁷

Quindi con riferimento a tale particolare tipo di figura sarà necessario procedere caso per caso onde verificare se effettivamente possa sussistere una sua responsabilità.

²¹⁵ Tribunale di Roma, XVII Sez. Civ., del 10/01/2019 n. 693

²¹⁶ Medesimo orientamento anche in: CGUE 12.07.2011, C-324/09, L'Oreal c. eBay e CGUE 11.09.2014, C-291/13 Papasavvas c. Fileleftheros

²¹⁷ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, “Lotta ai contenuti illeciti online. Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online”. Bruxelles, 28.9.2017 COM(2017) 555 final, cit pg 6 nota 27.

6. La nuova categoria di “prestatore di servizi di condivisione di contenuti online”

Data quindi la difficoltà pratica di rinvenire di volta in volta la sussistenza o meno della responsabilità in capo all’hosting provider il legislatore comunitario è andato ad introdurre una nuova figura di intermediario o meglio è andato ad introdurre specifiche ipotesi di esonero di responsabilità.

Come abbiamo avuto modo di notare nel primo capitolo il diritto d’autore è “technology driven” e quindi particolarmente sensibile agli sviluppi socio tecnologici.

In particolar modo negli ultimi decenni abbiamo avuto modo di assistere ad un vero e proprio rapporto sinergico tra diritto d’autore e quelle che sono le grandi piattaforme di condivisione di contenuti online. Assistiamo infatti alla nascita di un nuovo settore dell’economia *“nel quale si parte da materie prime prodotte da singoli artisti e si finisce con l’utilizzazione del prodotto finale da parte degli utenti in generale”*²¹⁸.

Alla luce del nuovo scenario sociale il legislatore europeo avverte la necessità di introdurre una nuova specifica figura di intermediario il “prestatore di servizi di condivisione di contenuti online”. Andando dunque a dettare una nuova disciplina di responsabilità per tale particolare prestatore di servizi soprattutto con lo scopo di ridimensionare il cd. “value gap” ovvero ridurre il rapporto profitti “copyright free” delle piattaforme social e tutelare adeguatamente il titolare dei diritti autoriali. Tale figura fa il suo debutto con la Direttiva 2019/790 UE andandolo a definire all’art 2 quale soggetto *“il cui scopo principale o uno dei principali scopi è quello di memorizzare e dare accesso al pubblico a grandi quantità di opere protette dal diritto d’autore o altri materiali protetti caricati dai suoi utenti, che il servizio organizza e promuove a scopo di lucro”*.

²¹⁸ Zeno-Zencovich, Vincenzo. Diritto d'autore e libertà di espressione: Una relazione ambigua, in AIDA,2005, fascicolo 1 Pg 151

<https://www.iusexplorer.it/Riviste/ShowPdfDocument?&codice=957&anno=2005&numeroFascicolo=1&filename=R957A2005F01.pdf&pagina=1&numeroPagine=791&idDatabank=152&idDocMaster=6006&isAddenda=&isSupplemento=>

L'articolo provvede poi ad escludere determinate tipologie di servizi infatti *“I prestatori di servizi quali le enciclopedie online senza scopo di lucro, i repertori didattici o scientifici senza scopo di lucro, le piattaforme di sviluppo e di condivisione di software open source, i fornitori di servizi di comunicazione elettronica ai sensi della direttiva (UE) 2018/1972, i mercati online, i servizi cloud da impresa a impresa e i servizi cloud che consentono agli utenti di caricare contenuti per uso personali non sono prestatori di servizi di condivisione di contenuti online ai sensi della presente direttiva”*.

Dall'analisi della disposizione si riescono ad evincere le 4 caratteristiche che contraddistinguono il prestatore di servizi di condivisione di contenuti online.

In primis egli rientra nel novero di quei soggetti che offrono “servizi della società dell'informazione” e dunque alla luce dell'art 1, par. 1, lett. b) della Direttiva UE 2015/1535, *“qualsiasi servizio della società dell'informazione prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi”*²¹⁹.

La funzione principale di tale intermediario è quindi memorizzare e rendere facilmente accessibili al pubblico opere protette dal diritto d'autore che vengono “caricate” dai suoi utenti.

Il prestatore di servizi di condivisione di contenuti *online* svolge un ruolo fondamentale nell'organizzazione e promozione di *user generated content*, diventando quindi promotore di attività di *upload* di opere che sono frutto dell'attività creativa degli utenti. Infine è caratterizzato dello scopo di lucro nello svolgimento di tale attività.

Dal combinato disposto della definizione contenuta all'art 2 e dall'art 17 Dir. 2019/790 UE si può evincere un'ulteriore caratteristica legata alle “dimensioni” del provider e che ne diversifica il regime di responsabilità. Infatti l'art 17 fa riferimento ad una serie di requisiti dimensionali che in un certo qual senso sembrano riprendere l'art 1 della Legge Fallimentare²²⁰ e che attenuano la responsabilità del provider.

²¹⁹ Ancora ex art.1, punto 2, della direttiva 98/34/CE come modificata dalla direttiva 98/48/CE «qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi»

²²⁰ Per beneficiare di condizioni di esonero della responsabilità meno gravose il provider deve esercitare la propria attività da meno di tre anni e con «un fatturato annuo inferiore a 10 milioni di EUR»

Limite dimensionale che fra l'altro è stato aggiunto al fine di tutelare l'ingresso sul mercato a nuovi operatori dati gli oneri a cui va incontro tale particolare figura di provider²²¹ cercando dunque di abbattere quelle che potrebbero essere eventuali barriere alla libertà di impresa.

Infatti la nuova normativa onera le grandi piattaforme all'installazione di meccanismi di controllo al fine di evitare *ex ante* il proliferare di contenuti lesivi del diritto autoriale, meccanismi che per la loro avanzata tecnologia risultano estremamente costosi con la conseguenza che costituirebbero un vero e proprio ostacolo per l'ingresso sul mercato a nuove imprese. Proprio per tale motivo sulle "start up" non grava tale obbligo.

Tale provider si configura dunque quale intermediario che esercita un'attività imprenditoriale in rete, basata sulla prestazione di servizi della società dell'informazione.

Il legislatore prevede espressamente che in tale figura non ricadano le enciclopedie online senza scopo di lucro (Wikipedia), i servizi cloud, le piattaforme di sviluppo e condivisione di software open source ed i repertori didattici e scientifici.

Inoltre dati i limiti dimensionali risulta evidente come con tale disciplina il legislatore abbia voluto colpire le grandi piattaforme digitali i cd. "Gatekeeper" escludendo quindi quelli che sono i semplici internauti.

Alla stregua delle nuove disposizioni i social *network*, si pensi ad esempio a Youtube, non potrà più escludere la sua responsabilità per le violazioni del diritto d'autore effettuate dai propri utenti sulla base dell'art 14 Direttiva E-Commerce.

Ai sensi dell'art 17 della Direttiva 2019/790 UE per beneficiare del "safe harbour" dovrà dimostrare di:

1. aver compiuto i massimi sforzi per ottenere l'autorizzazione da parte del titolare del diritto d'autore;
2. aver compiuto il massimo sforzo per assicurare che non siano rese disponibili opere coperte da diritti;

²²¹ Cfr Palazzo, Luigi. La responsabilità per le violazioni su internet del diritto d'autore da parte degli utenti dei social network: la posizione dell'Internet Service Provider e del gestore del social. Law and Media Working Paper Series no. 3/2020 pg 4-5

3. inoltre non solo dovrà dimostrare di aver agito tempestivamente per rimuovere il contenuto lesivo, ma anche di aver compiuto il massimo sforzo per impedire nuovi caricamenti.

Con il nuovo regime dunque il provider non potrà invocare quale esimente l'ignoranza del contenuto illecito che era stato condiviso sulla sua piattaforma ma sarà direttamente responsabile per le condotte dei propri utenti proprio come se fosse stato egli stesso ad attuare la condotta illecita.

7. De iure condendo: Digital Service Act e Digital Market Act

Ai fini della materia in esame nonostante non strettamente connesse al diritto autoriale meritano di essere menzionati il *Digital Service Act* e il *Digital Market Act*, data la stretta connessione dal punto di vista teleologico che tali normative hanno con la Direttiva Copyright del 2019.

Medesimi, infatti, sono i principi che hanno ispirato la nuova produzione comunitaria volta a raggiungere un livello di armonizzazione sempre maggiore per la realizzazione di un mercato unico digitale europeo.

Già nel 2017 la Commissione aveva evidenziato l'importanza delle piattaforme digitali quali propulsori di innovazione e di crescita nell'economia digitale nonché principale punto di accesso nella società del XXI secolo alla diffusione di informazioni e conoscenza.²²²

Alla luce di ciò aveva quindi auspicato ad intervento congiunto delle piattaforme e degli Stati per lotta contro la diffusione di contenuti illeciti online.

Mentre in origine con la Direttiva E-commerce il legislatore comunitario introduceva così una disciplina di favore nei confronti degli intermediari della Rete con l'obiettivo di agevolare la nascita di nuove imprese e rafforzare il ruolo industriale dell'Europa nel mondo con l'obiettivo ultimo di creare un mercato unico digitale, la continua interferenza tra l'attività svolta dagli intermediari e i

²²² Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Lotta ai contenuti illeciti online. Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online, COM (2017) 555 final settembre 2017

diritti che di volta in volta venivano violati ha aperto un dibattito circa l'opportunità di incrementare la responsabilità di tali soggetti.

In un primo momento il legislatore interverrà quindi in maniera “verticale” attraverso specifici interventi settoriali²²³ ultimo dei quali costituito appunto dalla Direttiva Copyright 2019.

Tali interventi “verticali” evidenziano il mutato *favor* europeo nei confronti degli ISP mettendo in risalto la necessità di rinnovare il quadro normativo delineato dalla Direttiva 2000/31 CE.

Diffusione illecita di contenuti autoriali, *hate speech*, *fake news*, *microtargeting* rappresentano solo alcuni degli innumerevoli problemi connessi alla Rete.

Questi sono quelli che potremmo considerare “l'altra faccia del web” perché se è vero che la diffusione di Internet ha portato con sé una pluralità inestimabile di benefici dall'altro lato non possiamo non prendere in considerazione le grandi problematiche che lo riguardano in maniera diretta, problematiche che in un primo momento, quando ancora tutte le potenzialità della Rete e i suoi risvolti negativi non erano noti, non furono pienamente considerati del legislatore comunitario.

Così nel gennaio 2019, Ursula von der Leyen, Presidente della Commissione europea, ha pubblicato le linee guida politiche per il periodo 2019-2024, i cui obiettivi sono volti ad “un'Europa adatta all'era digitale”.

Due sono le normative portanti della riforma dello spazio digitale: il *Digital service act* e *Digital market act* che sono volte ad introdurre una nuova regolamentazione per le piattaforme digitali che si prospetta più rigida nei confronti delle grandi piattaforme del web.

Obiettivo principale è la tutela dei *citizen* della Rete e quindi tutelare al meglio i loro diritti.

Ovviamente si tratta di prospettive de iure condendo di conseguenza rimane incerta l'effettiva portata che tali interventi andranno a determinare.

²²³ direttiva 2011/92/UE, rubricato «Misure contro i siti web che contengono o diffondono materiale pedopornografico», direttiva 2017/541/UE, rubricato «Misure per contrastare i contenuti online riconducibili alla pubblica provocazione». In questo settore, inoltre, le piattaforme online rimuovono volontariamente i contenuti terroristici sulla base delle segnalazioni inviate dall'unità addetta alle segnalazioni su Internet (IRU) di Europol. Direttiva 2018/1808/UE, rubricato «Disposizioni applicabili ai servizi di piattaforma per la condivisione di video»

7.1.Digital Service Act

Migliore possibilità di scelta, maggiore sicurezza e limitazione di condotte distorsive del mercato sono gli elementi chiave su cui si basa il *Digital Services Act (DSA)*.

Il DSA è quindi volto a modificare la Direttiva E-commerce, ormai pubblicata 20 anni fa. La nuova normativa tenderà quindi ad inasprire gli obblighi dei provider di servizi digitali che fungono da intermediari e collegano i consumatori a merci, servizi e contenuti con l'intento di armonizzare a livello comunitario gli obblighi di diligenza a cui sono tenuti tali soggetti con una particolare attenzione all'hosting provider dato il particolare ruolo che tale soggetto assume nella circolazione di contenuti.

Tra i diversi obblighi che la proposta normativa prevede figurano:

- Misure per contrastare i contenuti illegali online, compresi beni e servizi, basati su una collaborazione tra piattaforme e utenti introducendo meccanismi che consentano in maniera facile e intuitiva di segnalare i contenuti illeciti.
- Nuove norme sulla tracciabilità per aiutare a identificare i venditori di merci illegali;
- Garanzie efficaci per gli utenti mediante l'introduzione di meccanismi efficaci per contestare le decisioni di moderazione dei contenuti delle piattaforme che hanno dunque erroneamente eliminato il contenuto.
- misure di trasparenza di ampia portata, anche per quanto riguarda la pubblicità online e gli algoritmi utilizzati per consigliare contenuti agli utenti.
- Per i *gatekeeper*²²⁴ l'introduzione di obblighi specifici di controllo dei propri rischi, ma anche all'introduzione di una nuova struttura di sorveglianza.
- I ricercatori avranno accesso ai dati delle piattaforme chiave, al fine di esaminare come funzionano le piattaforme e come si evolvono i rischi online;

²²⁴ Per tali si intende quelle piattaforme che raggiungono il 10% della popolazione europea.

7.2.Digital Market Act

Anche la legge sui mercati digitali si rivolge ai “gatekeeper” e quindi a quelle piattaforme che assumono un ruolo centrale sull’andamento del mercato interno essendo punto di incontro e “accesso” tra imprenditori e consumatori nel mondo digitale.

Di fatto quindi tali soggetti si trovano in una posizione dominante sul mercato avendo la possibilità di imporre le proprie condizioni a imprenditori e consumatori. Obiettivo primario è quindi quello di prevenire ed eliminare pratiche sleali preservando la libera concorrenza sul mercato.

A tal fine la normativa prevede l’introduzione di un meccanismo di applicazione basato su indagini di mercato che garantirà l’aggiornamento degli obblighi stabiliti nel regolamento in funzione della realtà digitale in costante evoluzione.

Possiamo quindi osservare come dal punto di vista soggettivo tale legge troverà applicazione esclusivamente nei confronti delle principali piattaforme di base più inclini a ricorrere a pratiche sleali, come i motori di ricerca, i social network o i servizi di intermediazione online, che soddisfano i criteri legislativi oggettivi per essere designati come controllori dell’accesso. Al fine di individuare più facilmente tali soggetti verranno fissate soglie quantitative per verificare chi effettivamente possa essere considerato “controllore dell’accesso” mediante quelle che saranno indagini di mercato.

Nello specifico, vi sono tre principali criteri cumulativi che fanno rientrare una società nell’ambito di applicazione della legge sui mercati digitali:

1. La società abbia realizzato negli ultimi tre esercizi un fatturato annuo nello Spazio economico europeo pari o superiore a 6,5 miliardi o nell’ipotesi in cui abbia vita inferiore nell’ultimo esercizio finanziario la sua capitalizzazione media di borsa o il suo valore equo di mercato equivalente è stato pari ad almeno 65 miliardi di EUR e se fornisce il suo servizio in almeno tre Stati membri;
2. Il controllo di un importante accesso per gli utenti commerciali verso i consumatori finali: tale controllo si presume se nell’ultimo esercizio la società ha gestito un servizio di piattaforma di base con più di 45 milioni di utenti finali

attivi su base mensile stabiliti o ubicati nell'UE e più di 10 000 utenti commerciali attivi su base annua stabiliti nell'UE;

3. Una posizione consolidata e duratura: si presume che tale sia il caso se la società ha risposto agli altri due criteri in tutti e tre gli esercizi finanziari precedenti.²²⁶

Tra i diversi obiettivi della normativa vi è l'imposizione nei confronti dei "controllori dell'accesso" di predisporre in modo proattivo determinate misure, ad esempio misure mirate che consentano al software di terzi di funzionare correttamente e di interoperare con i loro servizi, che sembra in un certo qual senso richiamare la giurisprudenza della corte esaminata con riferimento sulle misure tecnologiche di protezione.

In particolar modo la norma attribuisce alla Commissione la possibilità di irrogare sanzioni al fine di garantire l'efficacia delle nuove norme ed in caso di recidiva la possibilità di prevedere addirittura la sospensione del servizio.²²⁷

Possiamo dunque notare come le due normative non fanno altro che riprendere un trend che si era già delineato con la direttiva sul Copyright del 2019 e dunque l'esigenza di un maggior *enforcement del* controllo sulle attività svolte dalle piattaforme social.

Il quadro regolatorio che si era delineato con la Direttiva E-commerce è stato infatti espressione più che altro di vere e proprie logiche di mercato, mentre la direttiva Copyright punta ad aumentare le responsabilità delle piattaforme e quindi incrementare la tutela autoriale.

Tuttavia, l'introduzione di tali disposizioni lascia aperti numerosi dubbi in particolare con riferimento alle nuove responsabilità che si andranno a delineare per tali piattaforme e di contro come ciò inciderà sui diritti degli utenti in particolar modo sugli UGC.

Problematiche che tra l'altro sono state sollevate già con riferimento alla direttiva 2019/790 UE. Infatti la ricaduta di responsabilità per i contenuti generati dagli utenti sulle piattaforme di condivisione e l'adozione di meccanismi di filtraggio ha posto numerosi interrogativi soprattutto in termini di libertà di espressione, si teme infatti

²²⁶ [Legge sui mercati digitali: Garantire mercati digitali equi e aperti \(europa.eu\)](#)

²²⁷ [Cosa prevede il Digital services act - FASI.biz](#)

che la maggiore responsabilità sui Provider si traduca in minore libertà di espressione e informazione per gli utenti.

8. La responsabilità dell'ISP alla luce della direttiva 2019/790 UE: art 17

8.1 Divieto di obblighi generali di sorveglianza

Prima di soffermarci su una specifica analisi dell'art 17 della Direttiva 2019/790 UE per analizzare la responsabilità dei provider di contenuti digitali bisogna inevitabilmente riconsiderare la Direttiva sul commercio elettronico e il suo recepimento in Italia ad opera del D.lgs. 20/2003.

Come abbiamo avuto modo di vedere nella prima parte di tale capitolo numerose e diverse sono le modalità che ci permettono di distinguere gli intermediari della Rete. La normativa sul commercio elettronico infatti prevede una loro suddivisione in virtù delle attività che pongono in essere distinguendo tra attività *mere conduit*, *caching e di hosting* che a sua volta ad opera della giurisprudenza italiana (poi accolta a livello internazionale) è stato distinto in hosting attivo e passivo.

Successivamente ci siamo occupati dell'art 12, 13 e 14 che vanno a dettare nello specifico una "clausola di salvezza" a favore di tali soggetti al fine di evitare che quest'ultimi rispondano delle informazioni che circolano sulla rete grazie la loro attività intermediaria. Clausola di salvezza basata sulla neutralità e passività del provider in ossequio a quanto disposto anche dal considerando 43 Dir. E-commerce dove appunto il provider non deve in alcun modo essere coinvolto dell'informazione trasmessa.

Come possiamo notare la responsabilità viene definita in negativo ovvero sarà necessario che sussistano le condizioni indicate dalla legge affinché il provider possa non essere considerato responsabile per le azioni poste in essere dall'utente altrimenti ne risponderà in via diretta.

Corollario della responsabilità limitata dei Provider è l'art15 Direttiva E-commerce, recepito in Italia all'art 17 D.lgs. 70/2003.

L'art 15 Dir E-commerce si articola in due previsioni, al primo comma prevede infatti il divieto di imporre obblighi generali di sorveglianza in capo agli intermediari per le informazioni che trasmettono e memorizzano e al tempo stesso prevede l'assenza di un obbligo di ricerca attiva da parte di tali soggetti per i contenuti illeciti che circolano sulla Rete.

Al secondo comma il legislatore comunitario dà agli Stati membri la possibilità di introdurre disposizioni volte a stimolare una collaborazione dei provider con le autorità pubbliche competenti informandole senza indugio delle presunte attività o informazioni illecite dei destinatari dei loro servizi o a comunicare alle autorità competenti, dietro loro richiesta, informazioni che consentano l'identificazione dei destinatari dei loro servizi con cui hanno accordi di memorizzazione dei dati.²²⁸

Tale articolo esclude in capo al Provider un obbligo generale di sorveglianza sui contenuti caricati dagli utenti ed un suo ruolo attivo nella ricerca di contenuti illeciti sul web. Dunque né *ex ante* né *ex post* sarà obbligato a vigilare sulle informazioni che circolano sulla Rete e ciò anche in virtù del suo ruolo neutrale e passivo.

Se il legislatore comunitario non avesse introdotto tale disposizione si sarebbe potuto parlare addirittura di una responsabilità per *culpa in vigilando*²²⁹ in capo al provider e dunque di una vera e propria forma di responsabilità oggettiva indipendente dal dolo o dalla colpa del soggetto²³⁰.

Tale impostazione è dovuta in particolar modo a quella che è l'infinita espansione del web e dei contenuti, dati e informazioni che di volta in volta vengono caricati.

Alla luce di ciò appare infatti difficile per il provider controllare i contenuti ospitati sul suo server, ed invero, *“un obbligo di sorveglianza così esteso, sarebbe «diabolico» e irragionevole da pretendere”*²³¹.

²²⁸ Cfr. Pino, Giorgio. Assenza di un obbligo generale di sorveglianza a carico degli Internet Service Providers sui contenuti immessi da terzi in rete. DANNO E RESPONSABILITÀ N. 8-9/2004 Pg 834 ss.

²²⁹ Prima della direttiva Europea erano infatti molti gli orientamenti giurisprudenziali su una responsabilità per culpa in vigilando o di semplice responsabilità oggettiva ex art 2043 cc.

A tal proposito si vedano: Tribunale di Napoli, 9 agosto 1997 (ord.), in Riv. Dir. Ind., 1999, II, Pg 38 e ss.; Trib. Macerata, 2 dicembre 1998 (ord.) in questo caso si assimilava il gestore della Rete ad una sorte di editore che ha l'obbligo di vigilare affinché mediante le sue pubblicazioni non vengano posti in essere illeciti o delitti.

²³⁰ Per una più approfondita conoscenza delle diverse ipotesi di responsabilità degli ISP prima della direttiva E-commerce si veda: De Cata, Marcello and Marcello de Cata. *La Responsabilità Civile Dell'Internet Service Provider*. Vol. 15. Milano: Giuffrè, 2010. Pg 157-184

²³¹ Cit. Pino, Giorgio. Assenza di un obbligo generale di sorveglianza a carico degli Internet Service Providers sui contenuti immessi da terzi in rete. DANNO E RESPONSABILITÀ N. 8-9/2004 Pg 696

Tuttavia l'esclusione di un obbligo generale di sorveglianza deve essere letto in combinazione con quello che è il considerando 47 della direttiva che sottolinea come ciò che il legislatore esclude è solo quell'obbligo di sorveglianza avente carattere generale e non quelli previsti in casi specifici, di conseguenza se ad esempio l'autorità giudiziaria emette un'ingiunzione volta all'eliminazione del contenuto illecito il provider dovrà immediatamente attivarsi per la rimozione ed evitare pro futuro che il contenuto venga nuovamente immesso sulla piattaforma.

Infatti *“un prestatore di servizi di hosting, quale Facebook, non è responsabile delle informazioni memorizzate qualora non sia a conoscenza della loro illiceità o qualora agisca immediatamente per rimuoverle o per disabilitare l'accesso alle medesime non appena ne venga a conoscenza. Tale esonero da responsabilità non pregiudica tuttavia la possibilità di ingiungere al prestatore di servizi di hosting di porre fine ad una violazione o di impedire una violazione, in particolare cancellando le informazioni illecite o disabilitando l'accesso alle medesime. Per contro, la direttiva vieta di imporre a un prestatore di servizi di hosting di sorvegliare, in via generale, le informazioni da esso memorizzate o di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite”*²³².

È quindi esclusivamente l'obbligo di “carattere generale” ad essere vietato.

Ciò permette di escludere la configurabilità di una responsabilità oggettiva in capo ai provider che è stato tra l'altro sottolineata anche nell'ordinanza del Tribunale di Roma del 15 dicembre 2009²³³ che in merito alla responsabilità del provider prevede che nei suoi confronti *“non è riconducibile ad un generale obbligo di sorveglianza rispetto al contenuto non ritenendosi in grado di operare una verifica di tutti i dati trasmessi che si risolvrebbe in una inaccettabile responsabilità oggettiva”*.

²³² Corte di giustizia dell'Unione europea COMUNICATO STAMPA n. 128/19, Sentenza nella causa C-18/18 Eva Glawischnig-Piesczek/Facebook Ireland Limited, sullo stesso orientamento si veda anche Sentenza nella causa C-324/09 L'Oréal e a. / eBay “La Corte si pronuncia infine sulla questione delle ingiunzioni giudiziarie che possono essere pronunciate nei confronti del gestore di un mercato online qualora non decida, di propria iniziativa, di far cessare le violazioni dei diritti di proprietà intellettuale e di evitare che tali violazioni si ripetano”

²³³ Ord. del Tribunale di Roma del 15 dicembre 2009 relativa al procedimento cautelare promosso da RTI nei confronti di YouTube

Il Tribunale ha quindi sottolineato come i provider non siano né sono obbligati a monitorare in via generale i comportamenti dell'utente né a prevenire future violazioni.

Al contrario un monitoraggio di questo tipo potrebbe addirittura configurare un illecito, si pensi ad esempio ad un monitoraggio sulle email dell'utente che nel settore digitale costituiscono una vera e propria forma di corrispondenza. Un monitoraggio sul traffico di tale corrispondenza darebbe luogo ad una molteplicità di violazioni tanto a livello costituzionale (art 15) quanto violazione della privacy. In conclusione il divieto di monitoraggio è strettamente collegato al ruolo del provider che più volte la direttiva ha assunto essere passivo e neutrale.²³⁴

Ritornando al secondo comma dell'art 15 saranno poi gli Stati membri in via discrezionale ad introdurre o meno tali previsioni.

Il legislatore nazionale ha recepito intermante quanto disposto all'art 15 e in virtù della discrezionalità di cui gode ha espressamente previsto sia l'obbligo per il Provider di informare senza indugio l'autorità competente sia di darle tutte le informazioni che voglia qualora l'autorità ne faccia richiesta.²³⁵

Tuttavia l'art 17 D.lgs. 70/2003 introduce un'ulteriore disposizione prevedendo una responsabilità civile del prestatore per l'ipotesi in cui, nonostante le richieste dell'autorità giudiziaria o amministrativa preposto a svolgere funzioni di vigilanza, non abbia agito *“prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto, ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non ha provveduto ad informarne l'autorità competente”*.

Cerchiamo dunque di comprendere pienamente tali disposizioni.

²³⁴ Si v. l'AG 22.09.2009, C da 236/08 a 238/08 nel caso Google France: “Ritengo che l'art. 15 di detta direttiva non si limiti ad imporre un obbligo negativo agli Stati membri, ma sia l'espressione stessa del principio secondo cui i prestatori di servizi che intendano beneficiare di un'esenzione di responsabilità devono rimanere neutri rispetto alle informazioni che trasmettono o memorizzano.”

²³⁵ Art 17 D.lgs. 70/2003: “Fatte salve le disposizioni di cui agli articoli 14, 15 e 16, il prestatore è comunque tenuto:

- ad informare senza indugio l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza, qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un suo destinatario del servizio della società dell'informazione;
- a fornire senza indugio, a richiesta delle autorità competenti, le informazioni in suo possesso che consentano l'identificazione del destinatario dei suoi servizi con cui ha accordi di memorizzazione dei dati, al fine di individuare e prevenire attività illecite.”

L'art 17 secondo comma lett. a) prevede che il provider una volta venuto a conoscenza, mediante qualsiasi mezzo, della presunta presenza di materiale illecito dovrà attivarsi ed informare le autorità competenti.

Ci si domanda tuttavia se prima di informare le autorità il provider debba verificare se effettivamente tale materiale sia illecito e quindi verificare la veridicità dell'illecito.

In questo caso anche in mancanza di una espressa previsione si può ritenere che in virtù della sussistenza dell'obbligo di collaborazione del provider nei confronti dell'autorità amministrativa esso sia tenuto a verificare la veridicità dell'illecito prima di attuare la segnalazione dato il dovere di diligenza che caratterizza tale tipo di rapporto.

Tuttavia parte della dottrina ritiene che l'incarico ricada sull'autorità di vigilanza limitandosi il dovere dell'ISP in una mera segnalazione²³⁶ non avendo il provider le competenze per accertare l'illeceità del materiale che si trova sui suoi server.

Inoltre risulterebbe antitetico con il divieto dell'obbligo di monitoraggio e di ricerca degli illeciti poiché di fatto graverebbe sull'ISP accertare l'illecito con la conseguenza che se si sbagliasse graverebbe su di lui la responsabilità.

Alla lett. b l'obbligo di collaborazione assume una veste diversa, in questo caso non è l'ISP a rivolgersi all'autorità amministrativa/giudiziaria ma il contrario.

Dato che in virtù dell'art 6 del Codice di deontologia dei servizi telematici i fornitori di accesso e servizi sono tenuti ad accertare l'identità degli utenti, l'autorità potrà rivolgersi agli ISP per ricevere tutte le informazioni di cui quest'ultimo è in possesso.

Bisogna tuttavia ricordare che l'ISP non è tenuto a verificare la veridicità delle informazioni fornite dagli utenti andando nuovamente ad escludere un obbligo di controllo a suo carico.

In maniera voluttuaria il legislatore sembra ribadire quanto previsto nella lettera a) e b) al terzo comma dell'art 17 D.lgs. 70/2003.

²³⁶ In tal senso Marcello de Cata. *La Responsabilità Civile Dell'Internet Service Provider*. Vol. 15. Milano: Giuffrè, 2010. Pg 208

L'ISP dovrebbe prontamente impedire l'accesso ai contenuti illeciti o comunque avendo avuto conoscenza del carattere pregiudizievole per un terzo informare immediatamente le autorità. Tuttavia la norma risulta poco chiara e la giurisprudenza nazionale ha dunque cercato di dare alcune delucidazioni sulla materia, in particolar modo l'assenza di un obbligo generale di sorveglianza in capo ai provider mette evidenza come *“l'onere di vigilanza sul rispetto dei diritti nell'ambito della rete telematica spetta agli stessi titolari dei diritti, non già agli internet provider. Ciò corrisponde all'esigenza di evitare sia di scoraggiare l'investimento e l'innovazione degli operatori della rete, che eventuali pregiudizi alla libertà di espressione in rete o la compromissione dei diritti degli utenti della rete quanto alla tutela dei loro dati personali e del diritto alla tutela delle loro comunicazioni”*²³⁷

Alla luce di quanto esaminato possiamo dunque ricondurre la responsabilità del provider ad un tipo di responsabilità soggettiva che sarà colposa ove il provider sia a conoscenza della circolazione di materiale che si presume essere illecito e non interviene a norma di legge, infatti pur non essendo stato il provider autore dell'illecito, mancando un obbligo di vigilanza ex ante, ha tuttavia contribuito al perpetuarsi del danno nel momento in cui venuto a conoscenza dell'illecito non si sia attivato andando quindi a violare quella diligenza che è naturale aspettarsi da chi esercita un'attività economica sulla rete.

La giurisprudenza si è più volta soffermata sul termine “conoscenza” e cosa debba intendersi per tale. Nel caso L'Oréal e a. / eBay va espressamente ad indicare quando si può considerare che il provider sia a conoscenza dell'illecito intendendo per tale *“la situazione in cui il gestore di un mercato online scopre l'esistenza di un'attività o di un'informazione illecite a seguito di un esame effettuato di propria iniziativa, nonché la situazione in cui gli sia notificata l'esistenza di un'attività o di un'informazione siffatte. In questo secondo caso, pur se, certamente, una notifica non può automaticamente far venire meno il beneficio dell'esonero dalla responsabilità previsto all'art. 14 della direttiva 2000/31 – stante il fatto che*

²³⁷Sentenza n. 11295/2014 pubbl. il 25/09/2014

https://www.giurisprudenzadelleimprese.it/wordpress/wpcontent/uploads/2015/03/20140925_RG19226-20121.pdf

notifiche relative ad attività o informazioni che si asseriscono illecite possono rivelarsi insufficientemente precise e dimostrate – , resta pur sempre fatto che essa costituisce, di norma, un elemento di cui il giudice nazionale deve tener conto per valutare, alla luce delle informazioni così trasmesse al gestore, l'effettività della conoscenza da parte di quest'ultimo di fatti o circostanze in base ai quali un operatore economico diligente avrebbe dovuto constatare l'illiceità”²³⁸

Sempre nel medesimo caso la corte si pronuncia sull'obbligo degli Stati membri di attribuire ai loro organi giurisdizionali il potere di ingiungere ai prestatori di servizi online di adottare provvedimenti per prevenire futuri pregiudizi alla proprietà intellettuale. In tal caso la corte in ossequio al combinato disposto dell'art 11 direttiva 2004/48 e dall'art. 18 della direttiva 2000/31 CE ha statuito che *“Gli organi giurisdizionali nazionali competenti in materia di tutela dei diritti di proprietà intellettuale possano ingiungere al gestore di adottare provvedimenti che contribuiscano non solo a far cessare le violazioni di tali diritti ad opera degli utenti di detto mercato, ma anche a prevenire nuove violazioni della stessa natura. Tali ingiunzioni devono essere effettive, proporzionate, dissuasive e non devono creare ostacoli al commercio legittimo”²³⁹*

Dunque la Corte Europea oltre a prevedere che il provider non può beneficiare della clausola di esonero della responsabilità qualunque sia il modo in cui sia venuto a conoscenza dell'illecito, dell'altro lato autorizza le autorità nazionali ad obbligare il provider ad adottare specifici mezzi che gli permettano di evitare il perpetuarsi dell'illecito introducendo un obbligo di vigilanza *ex post* con riferimento a quelli che sono casi specifici.

Data la giurisprudenza in materia la Commissione europea nella comunicazione *“Lotta ai contenuti illeciti online Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online”²⁴⁰* preso atto del ruolo preminente delle piattaforme digitali ha ritenuto idoneo che quest'ultime adottino misure proattive efficaci al fine di

²³⁸ causa C-324/09 L'Oréal e a. / eBay punto 122

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=107261&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1569017>

²³⁹ Ibidem punto 144

²⁴⁰ Bruxelles, 28.9.2017 COM (2017) 555 final

individuare ex ante i contenuti illegali e in tal modo rimuoverli, andando il suo compito oltre alla *reactio* ad una semplice segnalazione.

Nonostante l'adozione di tali misure proattive il provider non perde il suo carattere di neutralità continuando quindi a beneficiare dell'esonero di responsabilità ex art 14 qualora ne sussistano le condizioni.

Le piattaforme sono quindi incentivate ad utilizzare le risorse che la tecnologia offre per individuare e rimuovere i contenuti illeciti attraverso quindi quelli che sono veri e propri meccanismi di filtraggio, rammentando come lo stesso considerando 40 della Direttiva e-commerce metta in luce che è “*nell'interesse di tutte le parti attive nella prestazione di servizi della società dell'informazione istituire e applicare tali sistemi*” lasciando quindi loro la libertà di “sviluppare e usare effettivamente sistemi tecnici di protezione e di identificazione, nonché strumenti tecnici di sorveglianza resi possibili dalla tecnologia digitale, entro i limiti fissati dalle direttive 95/46/CE e 97/66/CE.”.

8.1.1. Enforcement dei doveri di controllo: il caso Eva Glawischnig Piesczek c. Facebook Ireland Limited.

In una recentissima sentenza della corte di Giustizia Europea assistiamo da parte della giurisprudenza comunitaria ad un inasprimento della responsabilità nei confronti delle piattaforme online andando ad implementare i doveri di controllo.

Il caso di specie vede scontrarsi la sig.ra Eva Glawischnig-Piesczek, ex deputata del Parlamento austriaco e presidente e portavoce del gruppo parlamentare «die Grünen» (i Verdi), contro il social network Facebook Ireland.

Su tale piattaforma un utente aveva infatti caricato un articolo della rivista *oe24.at* intitolato «I Verdi: a favore del mantenimento di un reddito minimo per i rifugiati» corredato da una foto dell'attrice e all'articolo in questione era associato una serie di commenti di carattere ingiurioso e diffamatorio.

La parte attrice aveva dunque richiesto a Facebook la rimozione dei commenti che ledevano la sua persona senza tuttavia aver alcun riscontro.

La sig.ra Glawischnig-Piesczek si rivolge quindi al Tribunale del Commercio di Vienna ottenendo un'ordinanza cautelare che ordinava a Facebook Ireland di «cessare», la pubblicazione e/o la diffusione di fotografie della ricorrente fino alla chiusura del procedimento. Facebook si attiva quindi per rimuovere il contenuto ma restano visibili ulteriori commenti di carattere equivalente a quello di cui era stata chiesta espressamente la rimozione.

La causa continua davanti la corte di Cassazione Austriaca chiamata a pronunciarsi sull'estensione del provvedimento inibitorio anche alle dichiarazioni testualmente identiche e/o dal contenuto equivalente a quelle di cui era stata richiesta espressamente la rimozione.

La Corte suprema rinvia dunque la causa di fronte la Corte di giustizia europea per un'interpretazione sull'art 15 Dir. E-commerce, in particolar modo chiedendo se tale norma impedisca al giudice di uno Stato membro di ordinare all'hosting provider di rimuovere le informazioni da esso memorizzate e il cui contenuto sia identico e/o equivalente a quello di un'informazione precedentemente dichiarata illecita o di bloccare l'accesso alle medesime, e se il provvedimento inibitorio possa estendersi a livello mondiale.

La Corte al riguardo pur sottolineando l'esonero di responsabilità a favore dell'*hosting* provider nel momento in cui rispetta le condizioni di cui all'art 14 Dir. E-commerce tuttavia ciò non esclude ex considerando 45 la possibilità per i giudici o le autorità amministrative nazionali di esigere dal prestatore di servizi di hosting interessato di porre fine ad una violazione, impedirli, rimuoverla o disabilitarla.

Proprio perché ad essere vietati sono obblighi di vigilanza dal carattere generale ma nel caso di specie abbiamo un espresso ordine dell'autorità giudiziaria che potrebbe ben rientrare in quei "casi speciali" per i quali l'obbligo di vigilanza non risulterebbe vietato.

Sé è vero in virtù dell'art 15 Dir E-commerce che non sussiste sul provider un obbligo "generale" di sorveglianza ciò non toglie agli Stati ex considerando 47 la possibilità di adottare obblighi di sorveglianza in "casi specifici"²⁴¹ che può sussistere appunto nell'ipotesi di una pronuncia giudiziale.

²⁴¹ Punto 34 sentenza

Di conseguenza nel caso di specie pur avendo la pronuncia ad oggetto la rimozione di un determinato commento al fine di raggiungere l'obbiettivo a cui è volta la sentenza esso si dovrà inevitabilmente stendere anche ai "contenuti equivalenti" termine con il quale *"il giudice del rinvio intende riferirsi a informazioni che veicolano un messaggio il cui contenuto rimane, in sostanza, invariato e quindi diverge molto poco da quello che ha dato luogo all'accertamento d'illiceità"*.

Quindi laddove non si rimuovessero anche tali informazioni le pretese della ricorrente risulterebbero di fatto insoddisfatte.²⁴²

Il giudice nazionale potrà quindi:

- ordinare a un prestatore di servizi di hosting di rimuovere le informazioni equivalenti a quelle di un'informazione già dichiarata illecita o di bloccare l'accesso alle medesime
- ordinare all'hosting la rimozione delle informazioni da esso memorizzate e il cui contenuto sia equivalente a quello di un'informazione precedentemente dichiarata illecita o di bloccare l'accesso alle medesime, purché la sorveglianza e la ricerca delle informazioni oggetto di tale ingiunzione siano limitate a informazioni che veicolano un messaggio il cui contenuto rimane sostanzialmente invariato rispetto a quello che ha dato luogo all'accertamento d'illiceità e che contiene gli elementi specificati nell'ingiunzione e le differenze nella formulazione di tale contenuto equivalente rispetto a quella che caratterizza l'informazione precedentemente dichiarata illecita non sono tali da costringere il prestatore di servizi di hosting ad effettuare una valutazione autonoma di tale contenuto, e
- ordinare a un prestatore di servizi di hosting di rimuovere le informazioni oggetto dell'ingiunzione o di bloccare l'accesso alle medesime a livello mondiale, nell'ambito del diritto internazionale pertinente.²⁴³

²⁴² *"Ne consegue che, affinché un'ingiunzione volta a fare cessare un atto illecito e ad impedire il suo reiterarsi nonché ogni ulteriore danno agli interessi in causa possa effettivamente realizzare siffatti obiettivi, detta ingiunzione deve potersi estendere alle informazioni il cui contenuto è equivalente"*

²⁴³ Punto 53

Osserviamo dunque ad un inasprimento degli obblighi nei confronti del provider il quale dovrà vigilare pro futuro sui contenuti di volta in volta caricati dagli utenti sulla sua piattaforma che risultano analoghi a quelli di cui gli era stata espressamente già richiesta la rimozione andando quindi a prevenire il perpetuarsi degli illeciti.

Unica condizione sarà l'esatta individuazione dell'oggetto della violazione per permettere al provider di attivarsi prontamente e in maniera adeguata senza che ciò risulti eccessivamente oneroso per lui.

Ci si domanda se tuttavia l'adozione di tali sistemi non possa incidere su quella che è la libertà di espressione, diritto fondamentale previsto tanto a livello delle Costituzioni nazionali quanto dalla Carta di Nizza all'art 11. Per l'ipotesi in cui ad essere rimosso non sia una "dichiarazione equivalente" in tal caso bisogna ricordare che all'utente che ha caricato il contenuto che poi è stato illegittimamente rimosso ha la possibilità di contestare davanti ad un giudice l'atto posto in essere dal provider.

Dunque si configura in capo all'*hosting provider* un obbligo di vigilanza *ex post* che tuttavia sarà subordinato a casi specifici ma soprattutto esattamente individuati in maniera tale da permetterne una facile individuazione.

La responsabilità pro futuro che ha fatto seguito a tale sentenza del 2019 come possiamo notare è strettamente connessa alla configurazione di responsabilità ex art 17 della nuova direttiva sul copyright con riferimento sia a quelli che sono i meccanismi di filtraggio che il provider dovrà adottare e sulle conseguenti ricadute sulla libertà degli utenti.

8.2.Art. 17 2019/790 UE: una nuova configurazione di responsabilità per gli intermediari della rete

La facilità con cui le informazioni possono circolare e diffondersi sulla rete ha indotto all'esigenza di configurare una nuova portata alla responsabilità dei provider in primis degli hosting provider che come abbiamo avuto modo di notare offrono una molteplicità di servizi ai loro utenti.

I social network hanno reso più facile e veloce la trasmissione e la condivisione di contenuti che è stato accompagnato dal proliferare della diffusione anche di contenuti illeciti.

Come abbiamo avuto modo di notare, laddove tali contenuti siano caricati dagli utenti sarà onere del provider che ha ricevuto la segnalazione provvedere all'immediata rimozione sussistendo eventualmente soltanto per casi specifici un obbligo di vigilanza *ex post* sul provider per evitare la reiterazione dell'illecito.

Tuttavia i tempi della Rete sono così veloci che anche laddove il contenuto illecito venisse rimosso, ciò non toglie un suo potenziale moltiplicarsi all'infinito poiché un altro utente potrebbe riprodurlo e diffonderlo.

Di conseguenza quella che è la sola vigilanza *ex post*, che richiede comunque una segnalazione specifica quale un provvedimento dell'autorità giudiziaria, non è risultata idonea alla tutela dei diversi diritti in gioco *in primis* del diritto d'autore.

Così già nel 2018 la Commissione aveva auspicato l'introduzione di misure proattive che permettessero di fatto effettuare un controllo sui contenuti *ex ante* e quindi adottare meccanismi di filtraggio atti ad evitare preventivamente il diffondersi degli illeciti sulla Rete senza che l'adozione di tali meccanismi facesse venir meno la caratteristica della neutralità propria del provider e che risulta necessaria per beneficiare dell'esonero di responsabilità.

L'esigenza sempre più pressante di tutelare il diritto autoriale è così confluita nella Direttiva Copyright del 2019. Come abbiamo avuto modo di notare nel secondo capitolo della presente trattazione, si sperava in realtà che attraverso la riforma del diritto d'autore si andassero ad espandere il novero delle eccezioni per permettere agli utenti un più facile utilizzo della rete e fare in modo che questo potesse diventare un vero e proprio "*markets of idea*". Si era così auspicato all'introduzione di un'eccezione *ad hoc* per gli *user generated content* ma come sappiamo l'evoluzione della riforma ha preso una piega diversa e anziché introdurre tale eccezione si ampliato il novero dei doveri in capo agli intermediari della Rete che inevitabilmente hanno ripercussioni proprio sugli utenti.

Viene così dopo numerosi dibattiti e consultazioni all'interno di quello che è il cd. "Trilogo", proprio perché tale riforma voleva essere espressione della tutela di

diversi soggetti quali i titolari dei diritti autoriali, utenti e stakeholder, emesso l'art 17.

Come abbiamo visto nei paragrafi precedenti viene introdotta una nuova figura di provider: il “prestatore di servizi di condivisione di contenuti online”, che non corrisponde ad altro che a quei prestatori di servizi già individuati dalla giurisprudenza

che svolgono attività di indicizzazione, selezione, organizzazione e filtraggio di contenuti digitali diffusi in rete, al fine conseguire utili d'impresa e quindi quello che è l'*hosting* attivo.

L'art. 17 della direttiva introduce per tale provider “attivo” una responsabilità di fatto poiché basterà un semplice *upload* di contenuti illeciti da parte degli utenti affinché si configuri una sua responsabilità.

Infatti, nonostante i contenuti illeciti siano caricati dagli utenti, l'attività di accesso agli stessi è possibile grazie al provider che dunque la direttiva configura quali atti di “comunicazione al pubblico o messa a disposizione al pubblico” che sono diritti spettati esclusivamente al titolare del diritto autoriale o diritto connesso. Di conseguenza onde evitare una ricaduta di responsabilità nei suoi confronti la direttiva invita il provider a dotarsi di un'autorizzazione da parte dei titolari mediante quelli che sono accordi di licenza.²⁴⁴ Tali accordi una volta raggiunti estenderanno i loro effetti anche agli utenti a condizione che non agiscano su base commerciale o la loro attività non generi ricavi significativi.

Si nota quindi ancora una volta una disciplina di favore nei confronti dei titolari dei diritti autoriali, infatti anziché rendere più libera la diffusione di contenuti soprattutto con riferimento a quelle che potrebbero essere qualificate quali opere derivate, va ad introdurre accordi di licenza che quindi sono ad esclusivo vantaggio e favore dei titolari del diritto autoriale con ripercussioni sulle piattaforme e gli utenti che le popolano.

²⁴⁴ Art. 17 2019/790 UE: Un prestatore di servizi di condivisione di contenuti online deve pertanto ottenere un'autorizzazione dai titolari dei diritti di cui all'articolo 3, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2001/29/CE, ad esempio mediante la conclusione di un accordo di licenza, al fine di comunicare al pubblico o rendere disponibili al pubblico opere o altri materiali.

Laddove il provider non riesca ad ottenere l'autorizzazione o la licenza sarà dunque responsabile per i contenuti caricati dagli utenti a meno che non sussistano cumulativamente una serie di condizioni:

- a) aver compiuto i massimi sforzi per ottenere un'autorizzazione,
- b) aver compiuto, secondo elevati standard di diligenza professionale di settore, i massimi sforzi per assicurare che non siano disponibili opere e altri materiali specifici per i quali abbiano ricevuto le informazioni pertinenti e necessarie dai titolari dei diritti;
- c) aver agito tempestivamente, dopo aver ricevuto una segnalazione sufficientemente motivata dai titolari dei diritti, per disabilitare l'accesso o rimuovere dai loro siti web le opere o altri materiali oggetto di segnalazione e aver compiuto i massimi sforzi per impedirne il caricamento in futuro.²⁴⁵

Di fatto quindi la disposizione invita i provider a ricorrere a meccanismi di filtraggio essendo questi idonei preventivamente ad evitare la diffusione di contenuti illeciti grazie agli algoritmi che tali tecnologie sfruttano.

Tale conclusione in particolare si evince da quella che era l'originaria bozza dell'articolo che nello specifico prevedeva l'uso di tecnologie efficaci per il riconoscimento dei contenuti.

La mancata adozione di tali sistemi non permetterebbe di evitare il caricamento di contenuti illeciti con la conseguenza che il provider ne risponderebbe in prima persona sulla base di una presunzione di responsabilità perché come abbiamo visto essendo quest'ultimo un hosting attivo e ponendo in essere una serie di attività di indicizzazione, selezione, organizzazione dei contenuti col fine di conseguire dei profitti, si presume che egli abbia conoscenza e consapevolezza dei contenuti che di fatto gestisce.²⁴⁶

Di conseguenza mentre prima era l'utente ad essere considerato responsabile dell'evento dannoso essendo stato lui a porre in essere l'atto di comunicazione al pubblico e di conseguenza ove non fossero rispettate le condizioni previste per

²⁴⁵ Art 17 Dir. 2019/790 UE

²⁴⁶ Cfr <https://brunosaetta.it/responsabilita-provider/nuova-responsabilita-intermediari-in-europa.html>

l'esenzione da responsabilità il provider concorreva insieme all'utente per il danno o il perpetuarsi dell'evento dannoso, ora diventa responsabile in prima persona.²⁴⁷ Quindi soffermandoci sui primi commi dell'art 17 Dir. Copyright dobbiamo quindi inevitabilmente prendere in considerazione che cosa bisogna intendere per "atto di comunicazione al pubblico".

Su tale concetto è intervenuta più volte la giurisprudenza comunitaria sottolineando come per atto di comunicazione al pubblico si intende non soltanto l'accesso ai contenuti e quindi la mera diffusione dell'opera ma può ricomprendere, a determinate condizioni, anche la condivisione del link che di fatto permette l'accesso. Di conseguenza anche laddove venga condiviso il semplice link, ad esempio nella sezione dedicata ai commenti o nella *info*box, sarà necessaria l'autorizzazione? La giurisprudenza si è più volte espressa sull'argomento ritenendo che l'attività di *linking* possa costituire un atto di comunicazione al pubblico ex art 3 Direttiva 29/2001 CE.

La giurisprudenza è da sempre orientata verso un'interpretazione estensiva²⁴⁸ del concetto di comunicazione al pubblico con l'obiettivo di garantire ex considerando 4 e 9 Dir. 2001/29 CE un elevato livello di protezione ai titolari del diritto d'autore, concetto che tra l'altro è ripreso più volte anche nella nuova direttiva Copyright.²⁴⁹ I *link* sono infatti considerati una vera e propria porta di accesso diretta all'opera protetta costituendo di fatto un atto di comunicazione al pubblico nel momento in cui permettono agli utenti di accedere a contenuti che altrimenti non avrebbero potuto visualizzare. *Ipsa iure* laddove invece il collegamento conduca ad opere liberamente disponibili su un altro sito Internet non costituirà atto di comunicazione.²⁵⁰

²⁴⁷ Cfr <https://www.valigiablu.it/direttiva-copyright-articolo13/>

²⁴⁸ C-403/08 e C-429/08 Football Association Premier League

²⁴⁹ Considerando 2 Dir Copyright: Le direttive finora adottate nel settore del diritto d'autore e dei diritti connessi contribuiscono al funzionamento del mercato interno, garantiscono un livello di protezione elevato ai titolari dei diritti, facilitano l'ottenimento delle autorizzazioni concernenti i diritti d'autore, e creano un quadro che disciplina lo sfruttamento delle opere e altri materiali protetti.

Ma anche al considerando n. 3 e 62.

²⁵⁰ C-466/12 Svensson punto 18-20

Considerando anche la sentenza GS Media²⁵¹ ove la corte sottolinea che bisogna *“determinare se tali collegamenti siano forniti senza fini di lucro da una persona che non fosse a conoscenza, o non potesse ragionevolmente esserlo, dell’illegittimità della pubblicazione di tali opere su detto altro sito Internet, oppure se, al contrario, detti collegamenti siano forniti a fini di lucro, ipotesi nella quale si deve presumere tale conoscenza”*.

Di conseguenza poiché l’art 17 prevede che nonostante il contenuto sia caricato dall’utente l’atto di comunicazione è di fatto compiuto dal provider, in via analogica il provider dovrebbe o ottenere l’autorizzazione anche per quel contenuto a cui il link rinvia o evitare ex ante, mediante meccanismi di filtraggio, la condivisione del link da parte dell’utente.

Esaminiamo ora le condizioni necessarie per evitare tale responsabilità diretta che hanno suscitato non pochi dubbi interpretativi.

In primis il legislatore parla di “massimi sforzi” senza tuttavia andare a chiarire in cosa questi consistano si potrebbe tuttavia in questo caso rifarsi al considerando 66 e dunque considerare *“se il prestatore di servizi abbia adottato tutte le misure che un operatore diligente adotterebbe per ottenere il risultato di impedire la disponibilità di opere o altri materiali non autorizzati sul suo sito web, tenendo conto delle migliori pratiche del settore e dell’efficacia delle misure adottate alla luce di tutti i fattori e sviluppi pertinenti, nonché del principio di proporzionalità”*.

In secondo luogo dovrà assicurare che non siano disponibili opere e altri materiali specifici per i quali abbiano ricevuto le informazioni pertinenti e necessarie dai titolari dei diritti agendo con la diligenza professionale che ci si aspetta da un operatore economico.

Infine quando abbiamo ricevuto una segnalazione dai titolari dei diritti autoriali, segnalazione che dovrà indicare in maniera adeguata la violazione in modo tale che sia facilmente riconoscibile per la rimozione²⁵², il provider secondo quella che è la diligenza professionale che ci si attende dovrà immediatamente provvedere alla rimozione nonché impedirne il caricamento futuro.

²⁵¹ C-160/15 GS Media punto 55 e 56

²⁵² Tali informazioni possono essere semplici metadata, hash o fingerprint.

Tale ultima condizione dunque non fa altro che richiamare la giurisprudenza che si è formata in merito alla responsabilità pro futuro del provider²⁵³

La seconda condizione invece come già accennato non fa altro che introdurre l'obbligo dell'adozione di misure di filtraggio.

Come possiamo intuire l'adozione di tali tecnologie è accompagnata dal sostenere costi elevati per i provider che potrebbero di fatto costituire una barriera di entrata alle nuove imprese che vogliono operare sulla Rete.

Quindi se è vero che tutti i provider devono adottare misure idonee ad evitare la proliferazione sulle loro piattaforme di contenuti illegali è anche vero che dovranno farlo in relazione a quella che è la loro capacità economica.

Proprio per tale motivo il legislatore al quinto comma introduce un principio di proporzionalità per valutare l'osservanza del quarto comma, che verrà quindi valutato prendendo in considerazione: a) la tipologia, il pubblico e la dimensione del servizio e la tipologia di opere o altri materiali caricati dagli utenti del servizio; e b) la disponibilità di strumenti adeguati ed efficaci e il relativo costo per i prestatori di servizi.²⁵⁴

A tale disposizione si ricollega il sesto comma che in più introduce dei limiti alle condizioni di responsabilità previste al quarto comma disponendo che si applichi solo l'art. 17 par 4 lett a) quando si tratti di provider che operano da meno di tre anni e che abbiano un fatturato annuo inferiore a 10 milioni. Se il numero medio di visitatori unici mensili di tali prestatori di servizi supera i 5 milioni, calcolati sulla base del precedente anno civile, allora si applicherà anche la condizione di cui alla lettera b) del medesimo articolo.

In tal modo quindi il legislatore permette alle *startup* di concorrere su mercato digitale garantendo quindi quelli che sono i principi concorrenziali e la libertà di impresa.

Come visto nel capitolo precedente il settimo comma introduce un'eccezione specifica con riferimento a quei contenuti generati dagli utenti che costituiscono

²⁵³ Secondo Trib. MI 12.4.18499 si può ordinare ai provider di impedire l'accesso "ai medesimi contenuti già accertati illeciti",

²⁵⁴ art 17 Dir. 2019/790 UE

esercizio del diritto di citazione, critica, rassegna o si tratti di contenuto a scopo di caricatura, parodia o pastiche.

Tuttavia, poiché il legislatore ha *ipso facto* introdotto l'adozione di meccanismi di filtraggio bisogna capire come in concreto tale eccezione potrà essere esercitata ponendosi il problema che l'algoritmo rimuova contenuti che in realtà sono legittimi.

Il legislatore ha cercato di porre rimedio al problema invitando gli Stati membri a far adottare ai provider un meccanismo di reclamo e ricorso celere ed efficace che permetta con facilità agli utenti di risolvere i problemi connessi alla rimozione di contenuti che in realtà erano leciti.²⁵⁵

A tal fine *“le decisioni volte a disabilitare l'accesso o a rimuovere i contenuti caricati sono soggette a verifica umana”* proprio perché un automatismo non sarebbe possibile in tale ambito poiché un algoritmo non sarebbe sempre in grado di capire la portata del contenuto e le sue sfaccettature con la conseguenza che risulta indispensabile l'intervento umano.

Oltre a meccanismi di reclamo devono essere garantiti anche meccanismi stragiudiziali della risoluzione delle controversie.

Infatti *“gli Stati membri provvedono a che gli utenti abbiano accesso a un giudice o un'altra autorità giudiziaria competente per far valere l'applicazione di un'eccezione o di una limitazione al diritto d'autore e ai diritti connessi”*

Infine l'articolo si conclude prospettando un dialogo futuro fra le diverse parti coinvolte e quindi stakeholders, utenti e titolari dei diritti *“per discutere le migliori prassi per la cooperazione tra i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online e i titolari dei diritti”*. Si prospetta per il futuro che alcune espressioni contenute nell'articolo saranno meglio chiarite proprio in ragione di tale confronto con le parti sociali. Inoltre non bisogna dimenticare quelle che sono le prospettive *de iure contendo* inerenti al *Digital Service Act* e *Digital Market Act* che come abbiamo visto inaspriscono la condizione dei provider e sottolineano ancora una

²⁵⁵ Art17.9 Dir. Copyright: “Gli Stati membri dispongono che i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online istituiscano un meccanismo di reclamo e ricorso celere ed efficace che sia disponibile agli utenti dei loro servizi in caso di controversie in merito alla disabilitazione dell'accesso a, o alla rimozione di, specifiche opere o altri materiali da essi caricati”

volta l'importanza di una maggiore trasparenza sulle condizioni contrattuali applicate dalle piattaforme, gli algoritmi che queste utilizzano ai fini di indicizzare la pubblicità e in particolar modo l'esigenza sempre più pressante di idonei meccanismi di reclamo che forse di fatto costituiscono l'unica speranza utile per gli utenti di vedere salvaguardati i contenuti da loro caricati e che sono espressione della loro creatività o esercizio di eccezione.

8.3. Le tecnologie di filtraggio e il divieto di controlli generalizzati

Come sappiamo l'art 15 Dir E-commerce e il suo corrispondente italiano art 17 D.lgs. 70/2003 prevedono espressamente un divieto di controlli generalizzati ad opera dei provider per i contenuti caricati sulla Rete dai loro utenti.

Come abbiamo avuto modo di vedere tuttavia tale divieto è circoscritto esclusivamente ai controlli che assumono la veste della "generalità" essendo quindi nei casi "specifici" ammissibile l'obbligo di controllo. Le Corti si sono infatti più volte pronunciate ammettendo la possibilità che un ordine da parte dell'autorità, sia essa amministrativa o giudiziaria, può obbligare il provider a un controllo *ex post* affinché non sussista una reiterazione della diffusione del contenuto lesivo e in seguito alla recentissima pronuncia della Corte di Giustizia nel caso *Eva Glawischnig Piesczek* non solo l'obbligo *ex post* sussiste su quello che è il contenuto esattamente indicato ma anche su quelli che abbiano oggetto e dunque contenuto equivalente.

Premesso che dunque un obbligo di controllo *ex post* se "specifico" è ammissibile, e si tratta di quello che è il cd. meccanismo di «*notice and stay down*»²⁵⁶ in virtù del quale l'intermediario non solo dovrà rimuovere il contenuto segnalato ma prodigarsi affinché non venga ricaricato,²⁵⁷ bisogna focalizzare la nostra attenzione su quelli

²⁵⁶Cfr. D'Alfonso, Giovanna. "La procedura di «notice and take down» e la responsabilità civile dell'hosting provider. Prospettive comparative e riflessioni critiche per un intervento armonizzante di hard law" *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino – Studi* – n. 9/2020 – Pg 31 e ss.

²⁵⁷ Giurisprudenza concorde: *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)* oppure *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) c. Netlog NV*,

che sono i controlli *ex ante* che dal dettato letterale dell'art 15 Dir E-Commerce sono invece vietati.

Bisogna quindi ora cercare di capire come conciliare il divieto di obblighi di controllo con quello che è l'art 17 della nuova Direttiva Copyright.

L'articolo infatti al quarto comma prevede una serie di condizioni che il provider deve rispettare affinché possa essere salvo dalla responsabilità per quanto caricato dall'utente e di fatto, seppur il dettato normativo non ne faccia espressa menzione, introduce l'onere di adozione di meccanismi di filtraggio.

Affinché un intermediario possa essere salvo da qualunque responsabilità è infatti necessario che faccia tutto il possibile per evitare sui suoi server determinati contenuti protetti dal diritto autoriale. L'articolo quindi fa riferimento a un determinato "fine" da raggiungere ma non indica il "mezzo" con la conseguenza che l'obbligazione a cui è tenuto il provider è un'obbligazione di risultato che per essere raggiunto tuttavia richiede inevitabilmente l'uso di tecnologie di filtraggio.²⁵⁸

Attraverso l'adozione di tali meccanismi sarà quindi portato a controllare la generalità dei contenuti caricati dagli utenti.

Ad un primo impatto l'art 17 Direttiva Copyright sembrerebbe introdurre un obbligo di controllo *ex ante* che tuttavia nella Direttiva E-commerce è espressamente vietato. In realtà sia il considerando 66 della Dir. Copyright sia lo stesso art 17 all'ottavo comma sanciscono in maniera esplicita che la direttiva non introduce obblighi di sorveglianza generale.²⁵⁹

Ma se sia l'art 15 Della Dir. E-commerce che il 17 della Dir. Copyright escludono espressamente obblighi di controlli generalizzati come può di fatto il provider tutelarsi se non adottando meccanismi di filtraggio che *ipso facto* costituiscono controlli generalizzati?

Infatti nonostante il considerando 66 faccia riferimento alla diligenza che il provider deve tenere in conformità a quanto ci si aspetta da un soggetto professionale che

²⁵⁸ Cfr <https://www.valigiablu.it/direttiva-copyright-articolo13/>

²⁵⁹ Considerando 66 "[...] Inoltre, gli obblighi di cui alla presente direttiva non dovrebbero indurre gli Stati membri a imporre un obbligo generale di sorveglianza."

Art 17.8 Dir. 2019/790 UE: "L'applicazione del presente articolo non comporta alcun obbligo generale di sorveglianza"

opera in tale settore, sappiamo anche che tale “diligenza” non è altro che una cd “clausola generale” suscettibile di interpretazione.

In realtà il legislatore comunitario quando parla di diligenza fa espressamente riferimento agli “*elevati standard di diligenza professionale di settore*” richiamando quindi implicitamente quelli che sono i meccanismi di filtraggio già utilizzati dai cd *Gatekeeper* quali Google o Youtube.

Dunque l’adozione di tali meccanismi risulta necessaria affinché il provider non vada incontro ad una responsabilità primaria²⁶⁰ per il contenuto caricato dall’utente ma che costituisce a carico della piattaforma atto di comunicazione al pubblico. Bisogna in secondo luogo considerare anche i costi elevati per implementare nelle proprie piattaforme tali meccanismi di filtraggio che quindi costituirebbero una barriera alla libertà di attività economica per le startup.

Però come sappiamo per quest’ultime l’art 17 prevede condizioni meno stringenti ma che al tempo stesso pongono un interrogativo: come faranno tali startup nell’ipotesi in cui vengano caricati contenuti illeciti dagli utenti a dimostrare di aver compiuto i massimi sforzi per evitare l’evento? Soprattutto perché “*Quando il prestatore di servizi di condivisione di contenuti online effettui un atto di comunicazione al pubblico o un atto di messa a disposizione del pubblico alle condizioni stabilite dalla presente direttiva, la limitazione di responsabilità di cui all’articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2000/31/CE non si applica alle fattispecie contemplate dal presente articolo.*”

Di conseguenza quale sarà il metro di paragone di diligenza a cui tale soggetto dovrà rifarsi?

Il rischio è che quindi la necessità di introdurre determinati meccanismi che comportano costi elevati dissuadano la nascita di piccole nuove imprese.²⁶¹

²⁶⁰ In tal senso anche Cosio Roberta: “l’utilizzo di filtri di ricerca automatizzati, soprattutto per le piattaforme di grandi dimensioni, sembra essere, in concreto, l’unico strumento praticabile per garantire, da una parte, una tutela effettiva della vita privata e dei diritti della personalità degli utenti e, dall’altra parte, per non imporre oneri economici straordinari a carico del gestore del servizio.” In “LA RESPONSABILITÀ DEL PRESTATORE DI SERVIZI DI HOSTING”, *Juscivile*, 2020, 4, Pg 903

²⁶¹ Al proposito basta pensare che il meccanismo di filtraggio di cui è dotato Youtube il cd “Content ID” è costato intorno ai 60 milioni di euro.

Altro problema fortemente sentito è quello connesso alle libertà degli utenti, l'utilizzo di tali meccanismi, infatti, andrebbe a discapito del popolo del web che potrebbero vedere rimossi i propri contenuti perfettamente leciti o rientranti nel novero delle eccezioni a causa dell'anomalo funzionamento dell'algoritmo che governa la procedura di filtraggio.

Per capire tuttavia quale sia l'effettiva incidenza sul novero delle libertà degli utenti bisogna soffermarci nello specifico su quali e cosa sono tali meccanismi di filtraggio.

8.3.1. Sistemi di identificazione: Content ID di Youtube

I meccanismi di filtraggio sono sistemi di identificazione che mediante lo sfruttamento di particolari algoritmi permettono di individuare, esaminare e confrontare i dati immessi sulle piattaforme.

I sistemi di identificazione si diversificano in base al particolare tipo di strumento utilizzato che possono essere “*metadati*”, “*hash*” o “*fingerprint*”.

Con il termine metadati non si intende altro che un particolare insieme di informazioni sui dati, infatti quando si parla di metadati si è soliti utilizzare l'espressione “dati dei dati”. Ogni file è infatti costituito da dati organizzati in una sequenza determinata di *byte* che descrivono il contenuto del medesimo file. Quindi ogni file è costituito da metadati.

Per identificare un file sarà quindi possibile utilizzare i metadati che lo costituiscono comparandoli con quelli di un altro file.

Altro meccanismo di identificazione dei file è basato sul cd *hash*.

L'hash nel linguaggio matematico è una funzione non invertibile che trasforma un testo di lunghezza arbitraria in una stringa di lunghezza fissa. Una funzione dell'hash è quella di poter cifrare il contenuto di un intero file e dunque può essere sfruttato per identificare uno specifico file.²⁶²

²⁶² Definizione tratta da Wikipedia.

Infine vi è l'utilizzo del *fingerprint* (impronta digitale), con tale termine in informatica si indica una sequenza alfanumerica o stringa di bit di lunghezza prefissata che identifica un certo file con le caratteristiche intrinseche stesse del file. Il riconoscimento e l'autenticità del file vengono garantite confrontando l'"impronta" del file con un database in cui precedentemente era stata già memorizzata; se il confronto ha esito positivo allora il file è autentico.

Tale strumento viene quindi utilizzato non solo per verificare l'autenticità di un contenuto ma anche per identificare i file distribuiti in rete tramite sistemi di file-sharing.²⁶³

Questo metodo estrapola le caratteristiche del contenuto, che potrebbero essere, ad esempio, le note di una canzone, le frequenze ecc...In tal modo anche modifiche del file, quali l'alterazione della rappresentazione binaria, non comportano differenze per l'algoritmo di identificazione del contenuto, in quanto una canzone deve sostanzialmente rimanere la stessa.²⁶⁴

Infatti così come un cellulare può essere sbloccato mediante l'impronta digitale precedentemente registrata sullo smartphone, allo stesso modo Shazam²⁶⁵ utilizza una tecnologia analoga. Infatti quando si attiva il microfono per far identificare all'app la canzone interessata il suono viene convertito in dati che verranno confrontati con tutti i dati che l'app ha nel suo database.

L'ultimo dei meccanismi citati risulta quello più efficace ma esso può essere utilizzato esclusivamente se il titolare del contenuto fornisce le "impronte" del file in maniera tale che possa essere inserito nei database per il confronto.

Una volta presi in considerazione i diversi sistemi di identificazione soffermiamoci ad esaminare nello specifico il sistema di filtraggio utilizzato da Youtube: il "*Content ID*".

²⁶³ Wikipedia <https://it.wikipedia.org/wiki/Fingerprint>

²⁶⁴ Cit. <https://brunosaetta.it/diritto-autore/filtri-automatizzati-direttiva-copyright.html>

²⁶⁵ Shazam è un app per smartphone basata sull'identificazione musicale che permette in pochi secondi di identificare attraverso il semplice ascolto di un suono il nome della canzone.

Come sappiamo Youtube rappresenta una delle più grandi piattaforme di video sharing, nata con l'obiettivo di consentire agli utenti di condividere i prodotti della propria creatività quelli che sono quindi gli *user generated content*.²⁶⁶

Al fine di tutelarsi, prevenire e combattere la diffusione di contenuti illeciti sulla propria piattaforma, Youtube si è dotata di un meccanismo di identificazione che si ispira alla tecnologia fingerprint e che viene denominato Content ID.

Attraverso tale meccanismo si riescono a confrontare milioni di video caricati dagli utenti con quelli che sono i file contenuti all'interno del proprio database, con la conseguenza che laddove l'algoritmo individui delle corrispondenze si attiverà e si apriranno diversi possibili scenari.

Il sistema infatti non rimuove immediatamente il contenuto protetto dal diritto autoriale ma al contrario potranno essere conclusi degli accordi con l'autore.

Dunque mediante tale meccanismo i titolari dei diritti autoriali possono identificare i video di YouTube che includono contenuti di loro proprietà.²⁶⁷

Ovviamente affinché ciò sia possibile è necessario che "l'impronta" si trovi all'interno del database del Content ID, tuttavia YouTube ammette all'interno del database solo quei "file" su cui il soggetto vanta effettivamente dei diritti di esclusiva e risponda a determinati criteri, andando tra l'altro ad indicare alcuni esempi di contenuti che potrebbero non essere proprietà esclusiva di singoli individui.²⁶⁸

Dunque nel momento in cui il sistema rinviene delle corrispondenze il soggetto che ha caricato il video riceve una rivendicazione di Content ID e a questo punto il titolare del copyright potrà alternativamente:

- Bloccare la visione dell'intero video
- Monetizzare il video pubblicando annunci; talvolta condividendo le entrate con l'utente che ha caricato il video
- Tracciare le statistiche sulle visualizzazioni del video

²⁶⁶ Atripaldi, Simone. "Diritto d'autore, social network e user generated content: nuove pratiche e nuova percezione". Informatica e diritto / Atti della Tavola Rotonda "Istruzione, ricerca, Open Access" pg 186

http://www.ittig.cnr.it/EditoriaServizi/AttivitaEditoriale/InformaticaEDiritto/IeD_2009_02_Aliprandi.pdf

²⁶⁷ <https://support.google.com/youtube/answer/3244015?hl=it>

²⁶⁸ mashup, "best of", compilation e remix di altre opere, video che mostrano il funzionamento di un videogioco, immagini di software, trailer, musica e video senza licenza, musica o video con licenza, ma senza esclusività, registrazioni di spettacoli (inclusi concerti, eventi, discorsi e programmi) <https://support.google.com/youtube/answer/1311402>

Quindi non necessariamente il contenuto dovrà essere rimosso ma ci sono altre alternative possibili come ad esempio l’inserimento di pubblicità ottenendo in questo modo l’autore seppur indirettamente delle *royalties* per l’utilizzo della sua opera.

Al contrario se non opterà per tali azioni l’opera potrebbe essere rimossa a meno che l’utente non modifichi il contenuto caricato in maniera tale da rispettare il copyright.

L’utente che riceve invece la rivendicazione di Content ID potrà a sua volta optare per una serie di opzioni in particolar modo potrà decidere di condividere le sue entrate con l’autore oppure contestare la rivendicazione di Content ID nel momento in cui ritenga che il suo contenuto non viola le linee guida in tema di copyright.²⁶⁹

Nell’ipotesi in cui l’utente non si attivi in alcun modo oltre a essere sanzionato mediante la rimozione del video gli verrà preclusa la possibilità di utilizzare in maniera attiva la piattaforma. Infatti in seguito a 3 segnalazioni di copyright²⁷⁰ l’account dell’utente e quelli a lui associati verranno chiusi, tutti i suoi video (quindi anche quelli leciti) verranno rimossi e l’utente non avrà più la possibilità di caricare nuovi video o creare nuovi canali.

YouTube va quindi a coinvolgere l’utente e a “responsabilizzarlo” se questi infatti non vuole vedere rimossi i contenuti da lui caricati/creati dovrà attivarsi e scegliere una delle opzioni che la piattaforma gli offre.

YouTube, nonostante i fini meramente economici, attraverso tale meccanismo non penalizza la creatività, i video non vengono infatti immediatamente rimossi ma si ha la possibilità di “salvarlo” e “salvare” al tempo stesso anche gli interessi degli autori, riuscendo quindi ad operare una sorta di bilanciamento tra i diversi diritti in

²⁶⁹ Se ricevi una rivendicazione di Content ID, puoi scegliere tra diverse opzioni a seconda della situazione: 1) Non fare nulla: se riconosci la validità della rivendicazione, puoi lasciarla così com’è. Puoi sempre cambiare idea in un secondo momento.2) Condividere le entrate: se aderisci al Programma partner di YouTube e sul tuo video è presente musica rivendicata, potresti essere in grado di condividere le entrate con l’editore musicale. .3) Contestare la rivendicazione: se ritieni di aver ricevuto una rivendicazione non valida su un tuo video, puoi contestarla.

<https://support.google.com/youtube/answer/6013276>

²⁷⁰ NB: le segnalazioni sono diverse dalle rivendicazioni Content ID

gioco permettendo da un lato di non sacrificare la libertà di espressione dall'altro tutelare gli interessi degli autori.

Tuttavia la procedura Content ID si applica se “il documento base/impronta” si trova nel *database* nel momento in cui infatti non vi è alcun accordo allora ci sarà non una rivendicazione ID ma una segnalazione che comporterà la rimozione automatica.

Inoltre bisogna comunque ricordare che il sistema di filtraggio è un sistema automatizzato che può dar luogo a dei “falsi positivi” e quindi eliminare contenuti leciti.

In particolar modo sorgono problemi nel momento in cui si tratta di contenuto caricato che contiene materiale protetto ma tale materiale può essere utilizzato in virtù di un'eccezione, quale la critica, la parodia ecc.

Ci si domanda quindi in questo caso se tali meccanismi siano idonei a tutelare gli *user generated content* poiché un algoritmo non sarà sicuramente in grado di distinguere ad esempio quello che è l'uso parodistico dell'opera o il suo uso per fini di critica.

L'art 17 Dir. Copyright fra l'altro prevede che le piattaforme debbano adottare una maggiore trasparenza nei confronti degli utenti trasparenza che tuttavia non sembra facile attuare per i meccanismi di filtraggio che spesso vengono poco definiti anche al fine di evitare i loro possibili aggiramenti. Tale condotta va a scontrarsi con quelli che sono i diritti sanciti nella Dichiarazione dei diritti sulla rete ove all'art 12 prevede espressamente che *“I responsabili delle piattaforme digitali sono tenuti a comportarsi con lealtà e correttezza nei confronti di utenti, fornitori e concorrenti”*.

8.3.2 Brevi considerazioni sul rapporto fra i sistemi di filtraggio e la libertà degli utenti

Tali meccanismi di filtraggio nonostante i benefici alla tutela autoriale possono tuttavia dare luogo ad ipotesi di compressione dei diritti fondamentali dell'utente.

Bisogna infatti tenere presente che ci si trova di fronte a quelli che sono sistemi automatizzati che operano sulla base di algoritmi con la conseguenza che tale sistema non sempre è in grado di riconoscere quelle che possono essere le

sfaccettature che i contenuti caricati assumono. Come sappiamo l'art 17 Dir. Copyright ha previsto espressamente quelle eccezioni che rendono il contenuto valido facendo riferimento all'uso di citazione, critica, rassegna o utilizzi a scopo di caricatura, parodia o pastiche.

Il problema sorge dunque nel momento in cui il sistema non è in grado di riconoscere tali utilizzi dando luogo a rimozione di contenuti perfettamente leciti.

Inoltre l'inasprimento della responsabilità nei confronti dei provider potrebbe portare quest'ultimi a rendere ancora più rigidi i sistemi di filtraggio andando in maniera diretta a colpire quella che è la libertà degli utenti.

L'implementazione dei sistemi di filtraggio potrebbe inoltre essere accompagnata da un cambiamento dei termini di servizio che la piattaforma applica con la conseguenza che l'utente non solo vedrà limitata la sua libertà nel caricamento di contenuti ma sarà molto più difficile contestare la rimozione poiché i provider rimuoveranno i contenuti sulla base delle *policy* applicate e non in virtù di legge.

Di conseguenza anche laddove (come la normativa di fatto prevede) venissero introdotti appositi meccanismi di reclamo da parte degli Stati per permettere all'utente di contestare l'illecita rimozione il tutto condurrebbe esclusivamente ad una contrazione della libertà.

I provider infatti per tutelarsi dagli autori implementerebbero i meccanismi di filtraggio ma una loro implementazione potrebbe dare luogo ad un maggior rischio "falsi illeciti" e quindi la possibilità di dover risarcire i danni agli utenti per aver rimosso contenuti che erano perfettamente conformi alla normativa sul copyright.

In conclusione affinché non si arrivi a tali conseguenze i provider potrebbero rendere più rigide le condizioni di utilizzo della piattaforma andando il tutto quindi a discapito della libertà degli utenti.

Un ulteriore problema sta poi nel fatto di lasciare liberi gli Stati sui meccanismi di reclamo da adottare dando luogo alla possibilità di avere per ogni Paese una diversa procedura con diversi meccanismi e con diversi tempi.

Ora nel momento in cui il contenuto caricato dall'utente viene rimosso in più di uno Stato egli sarebbe costretto a fare tanti reclami quanti sono i Paesi in cui il contenuto è stato rimosso. Non sarebbe stato più corretto introdurre un'unica procedura di

reclamo uniforme? Sebbene la risposta non possa essere che sì, bisogna tuttavia prendere in considerazione che l'eccezione prevista all'art 17 Dir. Copyright nonostante la sua obbligatorietà non è nel concreto definita lasciando quindi perfettamente liberi gli Stati su come applicare tale eccezione rendendo di fatto inutile l'introduzione di un unico meccanismo di reclamo poiché comunque l'eccezione potrebbe avere sfaccettature diverse da Paese a Paese e quindi il reclamo essere accolto in uno ma nell'altro no.

Chi ne paga le conseguenze dunque è sempre l'utente che vedrà limitata la sua libertà proprio a causa dell'enforcement di responsabilità nei confronti dei provider che per tutelarsi adotterà policy più rigide e restrittive.

9. Licenze collettive

Come abbiamo avuto modo di vedere nei paragrafi precedenti se i provider non rispettano le condizioni fissate all'art 17 quarto comma Dir. Copyright rispondono in prima persona per le condotte degli utenti.

Affinché ciò non avvenga sarà quindi per lo meno necessario ottenere per quei contenuti l'autorizzazione da parte dei titolari dei diritti attraverso ad esempio degli accordi di licenza come il dettato normativo espressamente prevede.²⁷¹

Siamo quindi di fronte ad un "out out" o scegli di concludere con i titolari dei diritti delle licenze oppure per non incorrere in responsabilità devi adottare dei meccanismi di filtraggio, sono questi gli unici due modi per evitare conseguenze indesiderate causate dall'attività dei propri utenti anche perché a tali provider non potrà essere applicato il regime previsto all'art 14 Dir. E-commerce.

Si pone tuttavia un problema in merito a quelle che sono le licenze.

Come sappiamo numerosi autori al fine di tutelare i propri diritti di esclusiva affidano la gestione degli stessi a società di gestione collettiva le cd. "collective

²⁷¹ Art 17.2 Dir Copyright: "Gli Stati membri dispongono che qualora un prestatore di servizi di condivisione di contenuti online ottenga un'autorizzazione, ad esempio mediante un accordo di licenza, tale autorizzazione includa anche gli atti compiuti dagli utenti dei servizi che rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 3 della direttiva 2001/29/CE qualora non agiscano su base commerciale o qualora la loro attività non generi ricavi significativi"

societies” che in questo modo andranno a regolare licenze e *royalties* da dare agli autori per le concessioni attribuite ai soggetti che ne abbiano fatto richiesta.

Tali società si occupano infatti di diverse funzioni quali la concessione di licenze o l'autorizzazione all'utilizzo dell'opera per conto dell'autore che gli ha affidato il mandato e la percezione e successiva ripartizione con l'autore dei ricavi derivanti da tali licenze e autorizzazioni. Inoltre tali società mediante accordi reciproci con altre società di gestione situate in altri paesi riescono a far ottenere al proprio mandante anche remunerazioni per lo sfruttamento delle sue opere all'estero²⁷².

Le società di norma gestiscono gli interessi di una pluralità di soggetti con la conseguenza che i provider attraverso la stipulazione di un'unica licenza potranno coprire una vasta gamma di contenuti. Tuttavia il sistema risulta attualmente più complesso soprattutto in seguito alla direttiva 2014/26 UE che ha fatto venir meno il regime di monopolio delle società di gestione collettiva di diritti d'autore a favore di una liberalizzazione del settore.

Grazie tale direttiva, recepita in Italia con D.lgs. del 15 marzo 2017 n. 35, è venuto meno il monopolio detenuto dalla SIAE, ente pubblico economico a base associativa, che era preposto alla tutela del diritto d'autore e all'esercizio in via di esclusiva dell'intermediazione sulle licenze. Di conseguenza mentre ad esempio prima il titolare di un bar per riprodurre musica nel suo locale legalmente doveva necessariamente concludere un contratto di licenza con la SIAE e in tal modo poteva riprodurre tutto il repertorio musicale gestito dalla stessa oggi non è più così.

Molti operatori infatti o hanno deciso di affidare i propri interessi a nuove società o addirittura hanno preferito gestirli individualmente ed è su quest'ultimo punto che nascono una serie di problemi.

Il mutamento normativo ha reso quindi molto più difficile per gli operatori della rete ottenere delle licenze dovendosi rivolgere o a più società o addirittura ai singoli soggetti.

Inoltre bisogna ricordare che sulla stessa opera possono sussistere più diritti autoriali che possono essere gestiti da soggetti diversi con la conseguenza che risulta non solo più difficile ma anche più oneroso concludere tali tipologie di accordi.

²⁷² Spedicato

Data la pluralità degli operatori è apparso necessario estendere la portata delle licenze mediante quelle che sono cd. licenze collettive estese.

Infatti molti autori nel momento in cui preferiscono gestire personalmente i propri diritti patrimoniali rendono più lunghi e difficili per gli operatori della rete i tempi necessari per ottenere una licenza. Di conseguenza l'art 12 della Dir. Copyright ha introdotto espressamente quello che è il sistema delle licenze collettive estese, già conosciuto nell'ordinamento italiano e regolato all'art 180 bis²⁷³., affidando tale incarico a determinati organismi che verranno individuati dagli Stati membri.

Mediante tali licenze “estese” le società di gestione collettiva possono concludere accordi di licenza anche in nome e per conto di quei soggetti che non gli hanno conferito mandato purché vengano rispettate determinate condizioni.

In tal modo la stipulazione di accordi di licenza diventa molto più agevole e veloce per gli operatori della rete o quantomeno dovrebbe.

Attraverso tali disposizioni il legislatore sembra riprendere i principi ispiratori della Direttiva 2014/26 UE in particolar modo con riferimento alle licenze multi-territoriali

per le opere musicali. Il legislatore infatti al fine di rendere più agevole e veloce la stipulazione di accordi per i provider che vogliono offrire servizi di streaming musicale aveva introdotto la possibilità di una vera e propria licenza “panauropea” evitando quindi la necessità di concludere accordi di licenza con ogni organismo di gestione collettiva nazionale.²⁷⁴

L'art 12 in particolar modo prevede che tali licenze collettive estese vadano applicate in casi determinati laddove *“l'ottenimento delle autorizzazioni dai titolari dei diritti su base individuale è generalmente oneroso e poco pratico tanto da*

²⁷³ L'art 180-bis della legge italiana sul diritto d'autore riconosce infatti la possibilità nell'ambito delle ritrasmissioni via cavo che la SIAE ma anche altre società di gestione collettiva appositamente costituite per amministrare, quale loro unica o principale attività, gli altri diritti connessi la possibilità di operare anche nei confronti dei titolari non associati della stessa categoria di diritti con gli stessi criteri impiegati nei confronti dei propri associati.

3. I titolari non associati possono far valere i propri diritti entro il termine di tre anni dalla data della ritrasmissione via cavo che comprende la loro opera o altro elemento protetto.

²⁷⁴ Cfr. Civitelli, Chiara. “La Direttiva 2014/26/UE: verso un mercato unico digitale delle opere musicali e nuove regole per gli organismi di gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi” in

“Jei Jus e Internet” <https://www.jei.it/approfondimenti-giuridici/417-la-direttiva-2014-26-ue-verso-un-mercato-unico-digitale-delle-opere-musicali-e-nuove-regole-per-gli-organismi-di-gestione-collettiva-dei-diritti-d-autore-e-dei-diritti-connessi>

rendere improbabile lo svolgimento della necessaria operazione di concessione della licenza a causa della natura dell'utilizzo o delle tipologie di opere o altri materiali interessati, e provvedono a che tale meccanismo di concessione delle licenze tuteli i legittimi interessi dei titolari dei diritti”

Saranno dunque gli Stati membri in sede di recepimento ad individuare gli specifici campi di applicazione di tali licenze.

Dunque la licenza collettiva produce effetti anche nei confronti dei soggetti che non hanno conferito il mandato o dato autorizzazione al soggetto che ha stipulato la licenza, avendo poi tuttavia tali soggetti la possibilità di revocare o negare la licenza sulle loro opere²⁷⁵.

In questo modo quindi in ottemperanza anche a quello che era il principio “di libertà di scelta”, espresso dalla direttiva 2014/26 UE, l'autore sarà nuovamente libero di gestire in prima persona quelli che sono i suoi interessi patrimoniali e quindi il provider dovrà accordarsi direttamente con quest'ultimo.

L'art 12 terzo comma pone infatti una particolare enfasi sull'inciso “semplice e veloce” prevedendo anzi che “*prima che le opere o gli altri materiali siano utilizzati in virtù della licenza*” l'autore ne venga informato.

Il problema sorge nel momento in cui il titolare non gestisce individualmente i propri interessi ma questi siano gestiti da un'altra società di gestione collettiva diversa dall'organismo che ha stipulato l'accordo di licenza esteso.

In realtà andando a leggere con attenzione il dettato normativo ci si rende conto di come tali licenze con effetto esteso operino soltanto nel momento in cui sia troppo difficile riuscire a stipulare delle licenze ed in ogni caso solo per gli autori che gestiscono individualmente i propri interessi patrimoniali.

Di conseguenza laddove tali diritti siano gestiti da un'apposita società ci si dovrà necessariamente rivolgere a quest'ultima. Quindi il sistema delle licenze collettive

²⁷⁵ Art 12.3 Dir. Copyright:” i titolari dei diritti che non hanno autorizzato l'organismo che concede la licenza possano, in qualunque momento e in modo semplice ed efficace, escludere le loro opere o altri materiali dal meccanismo di concessione delle licenze istituito conformemente al presente articolo” e d) siano adottate misure di pubblicità adeguate, a decorrere da un lasso tempo ragionevole prima che le opere o gli altri materiali siano utilizzati in virtù della licenza per informare i titolari dei diritti in merito alla possibilità dell'organismo di gestione collettiva di concedere in licenza opere o altri materiali, al fatto che la concessione di licenza ha luogo in conformità del presente articolo, e alle possibilità a disposizione dei titolari dei diritti a norma della lettera c). Le misure di pubblicità devono essere efficaci senza che sia necessario informare individualmente ciascun titolare di diritti

estese opera in via “eccezionale” soltanto laddove l’autore non gestisca individualmente i suoi diritti.

“Quindi la licenza collettiva estesa non si sostituisce ma integra la gestione collettiva.”²⁷⁶ operando come strumento di carattere eccezionale laddove l’autore gestisca personalmente i propri interessi patrimoniali ma avendo sempre in ogni caso la possibilità di rifiutare la licenza contrattata *sine titulo*.

Tuttavia, a questo punto sorge un nuovo problema perché il licenziatario potrebbe andare in contro a due pagamenti, uno a favore dell’organismo che non aveva mandato ma ha stipulato la licenza e l’altro nei confronti della società che di fatto gestisce i diritti dell’autore. Sarà quindi il licenziatario di volta in volta a dover verificare se l’autore opera individualmente o ha affidato i propri interessi ad una società di gestione con la conseguenza che di fatto risulta sempre alquanto complessa la stipulazione di tali licenze e non si rispettano quelli che erano gli obiettivi della disposizione ovvero garantire “piena certezza giuridica agli utilizzatori”²⁷⁷.

Come abbiamo visto il titolare del diritto deve essere preavvisato della licenza collettiva con effetto esteso con la conseguenza che potrà esercitare il suo diritto di libertà di scelta e fare in modo che i suoi interessi vengano gestiti dalla società a cui aveva attribuito il mandato. Per salvaguardarsi le società di gestione potrebbero inviare i dati dei propri clienti all’organismo autorizzato alla stipula delle licenze estese, tuttavia ciò fa sorgere un’ulteriore problema poiché l’organismo potrebbe sfruttare a proprio vantaggio le informazioni ricevute cercando di “sviare” la clientela delle società di gestione.

La possibilità di uscire con facilità dall’accordo di licenza estesa se pur conforme al principio di libertà di scelta dall’altro lato rende più gravoso per gli utilizzatori, in particolar modo per i provider che non solo dovranno fare attenzione con chi vanno a stipulare l’accordo ma saranno costretti a sborsare ingenti somme data la pluralità di licenze.

²⁷⁶ Cit. Meo, Carlo, Operatori digitali e licenze collettive nella direttiva 2019/790 UE: licenze ad effetto esteso, AIDA, 2019, fascicolo 1, Pg 266

²⁷⁷ Considerando 45

Proprio per tale motivo il legislatore comunitario va ad individuare le caratteristiche che dovrebbe avere l'organismo autorizzato alla stipula delle licenze estese.

Questo infatti deve essere *“sufficientemente rappresentativo dei titolari di diritti nel pertinente tipo di opere o altri materiali e nella tipologia di diritti oggetto della licenza per lo Stato membro interessato”*,²⁷⁸ saranno poi gli stati membri a definire i requisiti che integrano una significativa rappresentatività.

Quindi l'art 12 non solo introduce la possibilità di stipulare licenze collettive estese ma affida tale potere ad un determinato organismo che sarà individuato dai diversi Stati membri ma che dovrà essere scelto fra quei soggetti che rappresentino una pluralità di soggetti nello Stato membro in questione, che dovrà agire con diligenza ed in particolare dovrà garantire una parità di trattamento e medesime condizioni di licenza per tutti i titolari dei diritti.

Esistono settori in cui la gestione collettiva è poco diffusa come ad esempio il settore audiovisivo, oppure si possono verificare ipotesi in cui risulta particolarmente complesso raggiungere un accordo di licenza. Proprio per tale motivo l'art 13 Dir. Copyright prevede l'introduzione di un apposito meccanismo di negoziazione.

Il considerando 52 prevede che siano gli stati membri in piena libertà a definire le procedure da andare ad applicare per il funzionamento di tale meccanismo cercando di riuscire a trovare un giusto equilibrio tra efficienza del sistema e costi e oneri amministrativi da sostenere per tale procedura.

L'introduzione di tale meccanismo dovrebbe quindi andare ad agevolare i soggetti che nella stipulazione delle licenze incontrano delle difficoltà. A tal fine la norma prevede quindi l'introduzione di un organismo terzo e imparziale che funga da mediatore fra le parti in maniera che possa essere raggiunto un giusto accordo fra gli interessati

²⁷⁸ Art 12 terzo comma lett a), in tal senso anche il considerando 48:” Gli Stati membri dovrebbero stabilire i requisiti da soddisfare affinché tali organismi siano considerati sufficientemente rappresentativi, tenendo conto della categoria di diritti gestiti dall'organismo, della capacità dell'organismo di gestire efficacemente i diritti, del settore creativo in cui opera, e del fatto che l'organismo copra un numero significativo di titolari di diritti per il tipo di opere o altri materiali in questione, che hanno conferito un mandato che consente la concessione di licenze per il tipo di utilizzo pertinente conformemente alla direttiva 2014/26/UE.”

L'introduzione di tale meccanismo risulta particolarmente importante soprattutto perché come sappiamo l'art 17 onera i provider di raggiungere accordi con i titolari dei diritti e quindi concludere accordi di licenza con quest'ultimi.

Nell'ipotesi in cui l'accordo non venga raggiunto o il titolare del diritto non voglia concedere la licenza sorgeranno una serie di problemi per il provider che potrebbe andare incontro a una responsabilità diretta nell'ipotesi in cui un suo utente caricasse contenuti per il quale non è riuscito ad ottenere la licenza.

La mediazione appare quindi un'idonea soluzione per bilanciare da un lato gli interessi dell'autore dall'altro il provider che si vuole mettere al sicuro da azioni civili ottenendo la licenza.

La licenza collettiva estesa permetterebbe quindi di conciliare la remunerazione con la libertà di accesso agli utenti della rete.

Parte della dottrina ha anzi sostenuto come l'introduzione di tali strumenti possa costituire in realtà un'opportunità di crescita sociale ed economica per il nostro Paese.²⁷⁹

In ogni caso, nonostante ciò, risulta per il provider sempre molto dispendioso e faticoso stipulare licenze anche perché non solo per ottenere la licenza dovrà necessariamente rivolgersi a più soggetti, non essendoci un organismo per Stato che possa concedere un'unica licenza collettiva che ricomprenda indistintamente tutti i soggetti che vantano diritti autoriali. Di conseguenza data la pluralità delle difficoltà sottese ad una messa in pratica delle licenze collettive estese i provider mossi da interessi puramente economici potrebbero optare semplicemente verso una maggiore rigidità delle policy di utilizzo delle piattaforme preservando unicamente la propria posizione a discapito degli utenti.

²⁷⁹ Cfr. Ciurcina, Marco, Juan Carlos De martin, Thomas Margoni, Federico Morando e Marco Ricolfi, *Creatività Remunerata, Conoscenza Liberata: File Sharing e Licenze Collettive Estese*, Nexa Center for Internet and Society, 2009 <http://nexa.polito.it/licenzecollettive> ;

Conclusioni:

Nel corso della trattazione abbiamo avuto modo di esaminare il novero delle eccezioni al diritto d'autore e quindi cercare di individuare i confini entro i quali l'utente della Rete si può muovere liberamente senza violare i diritti degli autori.

Tuttavia, i primi interventi settoriali in materia (Direttiva 2001/29/CE e Direttiva 2000/31/CE) con il tempo hanno messo in evidenza i loro limiti alla luce dell'evoluzione delle dinamiche del Web e delle innovazioni tecnologiche.

Nonostante l'obiettivo principale di tali direttive fosse la creazione di un Mercato unico digitale europeo, che fosse espressione di un perfetto bilanciamento fra diritti degli autori e diritti degli utenti, le direttive hanno mostrato diverse lacune a cui si è cercato di porre rimedio con la Direttiva 2019/790 UE.

Con riferimento alla Direttiva 2001/29/CE, ove il novero delle eccezioni era stabilito con carattere tassativo e la trasposizione nel diritto nazionale era rimessa alla libera scelta degli Stati membri, la nuova direttiva Copyright del 2019 istituisce nuove eccezioni di recepimento obbligatorio.

Tuttavia, nel caso della Direttiva Copyright del 2019, se da un lato l'*an* della trasposizione delle eccezioni è indiscutibile, il *quomodo* è sempre rimesso alla discrezionalità degli Stati membri, con la conseguenza che l'armonizzazione tanto agognata dal legislatore europeo potrebbe non essere nuovamente raggiunta.

Con riferimento alla direttiva 2000/31/CE in materia di responsabilità dei prestatori dei servizi intermediari della società dell'informazione, l'evoluzione delle dinamiche del web ha trasformato il loro originale ruolo e funzione nel bilanciamento tra diritti degli autori e degli utenti.

Così la Direttiva Copyright del 2019 limitatamente all'ambito del diritto d'autore, ha introdotto una nuova figura di intermediari: i "prestatori di servizi di condivisione di contenuti online" con un particolare regime di responsabilità regolato all'articolo 17. Tale articolo, se da un lato prevede una serie di eccezioni obbligatorie per gli *user generated content* per scopo di citazione, critica, rassegna e per utilizzi a scopo di caricatura, parodia o pastiche, dall'altro stabilisce un inasprimento dei compiti gravanti sul provider che rendono di fatto difficile l'esercizio di tali eccezioni.

Il legislatore europeo riversa infatti sui provider la responsabilità per gli atti posti in essere dagli utenti, introducendo una disciplina *ad hoc* per “i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online”, che definiscono a livello legislativo la figura degli hosting provider attivi nata a livello giurisprudenziale.

Già la giurisprudenza tanto nazionale quanto comunitaria aveva infatti sostenuto l'impossibilità di applicare nei confronti di tali soggetti l'esenzione di responsabilità prevista all'art 14 della direttiva sul commercio elettronico poiché ponevano in essere una serie di atti quali: filtraggio, selezione, indicizzazione, organizzazione, catalogazione, aggregazione, valutazione, uso, modifica, estrazione o promozione dei contenuti, che erano di fatto incompatibili con i requisiti di neutralità, terzietà e passività necessari per godere dell'esenzione di responsabilità previsto dalla Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico per le condotte illecite perpetuate dagli utenti.

In tal caso, infatti, dato il particolare tipo di attività posta in essere, si presumeva che i providers fossero a conoscenza degli atti illeciti compiuti dagli utenti, con la conseguenza che, anche se non erano stati loro a porre in essere la condotta antigiuridica, ne rispondevano indirettamente poiché avevano agevolato con il proprio servizio il perpetuarsi dell'evento dannoso.

Il legislatore comunitario ha quindi codificato il ruolo dell'*hosting* provider attivo sotto la figura del “prestatore di servizi di condivisione di contenuti online”, prevedendo espressamente la sua responsabilità per gli atti di comunicazione al pubblico effettuati dagli utenti e l'impossibilità di ricorrere alle esimenti di cui all'art 14 Direttiva 2000/31 CE.

Considerato il ruolo assunto da tale nuova categoria di provider, il legislatore europeo ha poi specificato nuove condizioni affinché in capo al provider possa essere esclusa ogni responsabilità.

Il legislatore europeo prevede dunque che il provider debba ottenere un'autorizzazione dai titolari dei diritti autoriali mediante la conclusione di un accordo di licenza al fine di comunicare al pubblico o rendere disponibili al pubblico opere o altri materiali protetti.

Nell'ipotesi in cui ciò non avvenga e l'utente ponga in essere una violazione del diritto d'autore, il provider ne sarà considerato direttamente responsabile.

Per facilitare la conclusione di accordi di licenza, il legislatore europeo nella nuova Direttiva Copyright del 2019 ha introdotto lo strumento delle licenze collettive estese e l'adozione da parte degli Stati di un meccanismo di negoziazione, laddove le parti non riescano a trovare un accordo sulla licenza.

Qualora non sia concessa alcuna autorizzazione, i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online sono responsabili per atti non autorizzati di comunicazione al pubblico, compresa la messa a disposizione del pubblico, di opere e altri materiali protetti dal diritto d'autore, a meno che non dimostrino di aver attuato con la diligenza necessaria per prevenire ed evitare l'illecito.

Il comma 4 dell'articolo 17 elenca quindi le condizioni di esenzione da responsabilità di tali providers in assenza di una licenza o autorizzazione dell'autore. Assistiamo dunque ad un inasprimento dei doveri in capo agli intermediari della Rete di cui a pagarne le conseguenze sono gli utenti.

Infatti, nonostante l'art 17 Dir. Copyright preveda espressamente il divieto di un obbligo generale di sorveglianza in capo ai provider, al pari di quando previsto all'art 15 della direttiva e-commerce, di fatto le condizioni necessarie per esimersi da ogni responsabilità porteranno molti providers all'adozione di meccanismi di filtraggio e rimozione automatica dei contenuti caricati dagli utenti inducendoli ad operare un controllo *ex ante* ed *ex post*.

Sarà proprio l'adozione di tali meccanismi a rendere più difficile per gli utenti la possibilità di usufruire delle eccezioni previste in loro favore dalla legge.

Tali meccanismi di filtraggio possono infatti basarsi su soluzioni di intelligenza artificiale e sistemi automatizzati che non sono in grado di comprendere le diverse sfaccettature di un contenuto, con la conseguenza che potrebbero essere eliminati contenuti perfettamente leciti perché coperti dalle eccezioni.

Prevedendo siffatti oneri si induce inoltre gli intermediari della Rete ad intensificare i propri meccanismi di tutela.

Infatti, dinanzi alla difficoltà di concludere delle licenze collettive estese o di adottare meccanismi di filtraggio, onde tutelarsi da rivendicazioni tanto degli autori

quanto degli utenti, i providers potrebbero essere indotti a rendere più rigide le *policy* d'uso delle loro piattaforme.

Quindi, nel momento in cui il provider non riuscisse ad ottenere la licenza dall'autore o a sostenere i costi di un meccanismo di filtraggio dei contenuti, al fine di tutelarsi andrebbe a rendere più rigide le *policy* d'uso della piattaforma, con la conseguenza che anche laddove l'utente cercasse di tutelarsi in altre sedi, ad essere applicata sarebbe sia la legge che le condizioni d'uso del provider, in maniera tale che per l'utente l'ottenimento di un risarcimento per l'ingiusta rimozione di un contenuto caricato legittimamente, costituirebbe una vera e propria *probatio diabolica*.

L'inasprimento della responsabilità in capo ai provider, dunque, condurrebbe a circoscrivere sempre di più i confini di libertà degli utenti.

In risposta a tale problema, l'articolo 17 comma 9 della direttiva Copyright 2019 prevede che le decisioni volte a disabilitare l'accesso o a rimuovere i contenuti caricati dagli utenti sulle piattaforme debbano essere soggette a verifica umana.

La direttiva prevede anche l'adozione di meccanismi di reclamo in caso di controversie in merito alla disabilitazione dell'accesso a, o alla rimozione di, specifiche opere o altri materiali caricati dagli utenti, invitando gli Stati a interagire con le piattaforme per trovare un adeguato strumento di tutela facile veloce ed intuitivo, al quale potranno affiancarsi anche le tutele azionabili in sede giudiziale e stragiudiziale. Nonostante i meccanismi di reclamo possano costituire un ottimo punto di partenza per riequilibrare la posizione degli utenti, il legislatore comunitario dedica poco spazio a tale prospettiva lasciando la soluzione del problema alla discrezionalità degli Stati membri.

Se a primo impatto, l'ostacolo principale alla libertà degli utenti potrebbe erroneamente essere confuso con l'adozione di meccanismi di filtraggio, se consideriamo la concreta implementazione di tali sistemi, come ad esempio il sistema "Content id" di YouTube, si può notare come in realtà tale meccanismo riesca a raggiungere il giusto compromesso tra tutela dei diritti autoriali e libertà degli utenti.

Si spera, infine, che le diverse incognite aperte dalla direttiva saranno arginate in sede di dialogo e cooperazione fra Stati membri, stakeholders, titolari dei diritti e organizzazioni di utenti a cui la direttiva fa espressamente richiamo, nonché attendere quella che sarà l'evoluzione delle future normative “Digital Service Act” e “Digital Market Act” che avranno quali protagonisti proprio le piattaforme digitali.

Bibliografia

Abriani, Niccolò. Le utilizzazioni libere nella società dell'informazione: considerazioni generali, AIDA. Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo, 2002, fascicolo 1

Albertini, Lorenzo. La responsabilità civile degli internet service provider per i materiali caricati dagli utenti (con qualche considerazione sul ruolo di Gatekeepers della comunicazione), IL CASO.it, 2020.

Arezzo, Manuela. Misure tecnologiche di protezione e libere utilizzazioni nella realtà digitale: una difficile convivenza. Civiltà Europea, 2009, volume 2, fascicolo 1

Atripaldi, Simone. Diritto d'autore, social network e user generated content: nuove pratiche e nuova percezione". Informatica e diritto, 2009, volume 18, fascicolo 2

Auteri, Paolo. Diritto d'autore, in AA.VV. Diritto industriale, 2005

Ciurcina, Marco, Juan Carlos De martin, Thomas Margoni, Federico Morando e Marco Ricolfi. Creatività Remunerata, Conoscenza Liberata: File Sharing e Licenze Collettive Estese, Nexa Center for Internet and Society, 2009

Civitelli, Chiara. La Direttiva 2014/26/UE: verso un mercato unico digitale delle opere musicali e nuove regole per gli organismi di gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi, Jei - Jus e Internet, 2014

Cosio, Roberta. La responsabilità del prestatore di servizi di hosting, Juscivile, 2020, 4

D'Alfonso, Giovanna. La procedura di «notice and take down» e la responsabilità civile dell'hosting provider. Prospettive comparative e riflessioni critiche per un

intervento armonizzante di hard law, *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 2020

D'Ippolito, Guido. L'esigenza di un nuovo bilanciamento per il diritto d'autore: gli user generated content e l'ipotesi di un'eccezione per le opere creative e trasformative, *Cyberspazio e diritto*, 2017, volume 18, n. 59

Daga Maria Cristina, De Gaetano Alessandro. Direttiva Ue sul diritto d'autore, gli impatti in Italia: pro e contro, *Agenda Digitale*, 2019

De Cata, Marcello. *La Responsabilità Civile Dell'Internet Service Provider*. Milano: Giuffrè, 2010, volume 15

Di Lazzaro Francesca. Fenomenologia del three-step test: evoluzione sistematica dell'istituto, approfondimenti del rapporto con le limitazioni ed eccezioni nei sistemi chiusi, cenni comparativi con il fair use e valutazioni sull'applicazione di sistemi complementari, *Il Diritto di autore*, 2019

Di Todaro, Andrea Aurelio. Il caso «The Pirate Bay» tra libertà di espressione e diritto d'autore, *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, fascicolo 6

Finocchiaro, Giusella e Francesco Delfini. *Diritto Dell'Informatica*, Torino: UTET giuridica, 2014

Guibault, L. and Westkamp, Guido and Rieber-Mohn, Thomas. Study on the Implementation and Effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society, Report to the European Commission, DG Internal Market, February 2007, Amsterdam Law School Research Paper No. 2012-28, Institute for Information Law Research Paper No. 2012-23,

Mansani, Luigi. Le eccezioni per estrazione di testo e dati, didattica e conservazione del patrimonio culturale, AIDA, 2019, fascicolo 1

Maragoni, Thomas. Eccezioni e limitazioni al diritto d'autore in Internet, Giurisprudenza italiana, 2011, fascicolo 8-9

Margoni, Thomas. Il Three-Step Test nel diritto d'autore: tra necessità di bilanciamento e mancanza di ragionevolezza, Il Diritto dell'informazione e dell'informatica, 2009, fascicolo 1

Marzano, Paolo. Diritto d'autore e digital Technologies: il digital copyright nei Trattati OMPI, nel DMCA e nella normativa comunitaria, Milano: Giuffrè, 2005

Mensi, Maurizio, P. Falletta ed Eugenio Albamonte. *Il diritto del web* Seconda edizione. Milano: Wolters Kluwer, 2018

Meo, Carlo. Operatori digitali e licenze collettive nella direttiva 2019/790 UE: licenze ad effetto esteso, AIDA, 2019, fascicolo 1

Mezzanotte, Francesco. Le "eccezioni e limitazioni" al diritto d'autore UE, Relazione al Convegno "Un bilancio del diritto d'autore UE. I fondamentali del diritto primario", AIDA, Milano, 2016, 9-10

Navarri, Veronica. "Internet Bill of Rights": un piccolo passo per l'uomo, un grande passo per l'umanità, 2017

Pagano Marco e Comegna Valera. Tutela del diritto d'autore e mercato digitale, Arel, 2018

Palazzo, Luigi. La responsabilità per le violazioni su internet del diritto d'autore da parte degli utenti dei social network: la posizione dell'Internet Service Provider e del gestore del social, Law and Media Working Paper Series no. 3/2020

Pino, Giorgio. Assenza di un obbligo generale di sorveglianza a carico degli Internet Service Providers sui contenuti immessi da terzi in rete. Danno e responsabilità ,2004, n. 8-9

Pizzetti, Franco e Laura, Ferola. Il caso del diritto d' autore, 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2013.

Ricolfi, Marco. Il diritto d'autore, 2001

Rodotà, Stefano. Il diritto di avere diritti Roma; GLF Editori Laterza, 2012.

Rodotà, Stefano. Una Costituzione per Internet? Politica del diritto,2010, n. 3

Scialdone, Marco. *La tutela giuridica degli user generated content*, Roma: Il mio libro, 2018

Senftleben, Martin. Copyright, Limitations and the Three-step test. An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law, 2004

Sirotti Gaudenzi, Andrea, and Patrizio Menchetti. Il nuovo diritto d'autore: la tutela della proprietà intellettuale nella società dell'informazione: con formulario e giurisprudenza on line: opere letterarie, musicali, figurative, fotografie e immagini, format radiotelevisivi, software, banche dati, opere multimediali, biblioteche e istituti culturali, giornalismo, l'attività della SIAE alla luce della riforma del 2017: aggiornato alla L. 4 dicembre 2017, n. 172, di conversione del D.L. 148/2017, Santarcangelo di Romagna (RN): Maggioli, 2018

Spedicato, Giorgio. Le misure tecnologiche di protezione del diritto d'autore, Cyberspace and Law, 2006, Volume 7, n. 4

Spedicato, Giorgio. Principi di diritto d'autore. Il Mulino, 2020

Terracciano, Bianca. Il diritto d'autore online: quale regolamentazione? Amministrazione in cammino, 2011

Zaccaria, Roberto, Alessandra. Valastro, and Enrico. Albanesi. Diritto dell'informazione e della comunicazione. Decima edizione. Milano: Wolters Kluwer, 2018

Zeno-Zencovich, Vincenzo. Diritto d'autore e libertà di espressione: Una relazione ambigua, in AIDA,2005, fascicolo 1