

Facoltà di GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto della Proprietà Intellettuale

**I sistemi di notice and take down
e le altre misure di protezione
del diritto d'autore nel contesto
italiano ed internazionale**

RELATORE

Prof. Paolo Marzano

CANDIDATO

Antonio Maria Favorini

Matr. 084083

CORRELATORE

Prof. Gustavo Ghidini

ANNO ACCADEMICO 2010/2011

INDICE

INTRODUZIONE.....	IV
--------------------------	-----------

CAPITOLO I – IL DIRITTO D’AUTORE E LE RETI DI COMUNICAZIONE ELETTRONICA

1.1 Il diritto d’autore e l’evoluzione delle reti di comunicazione elettronica: nuovi orizzonti e nuove problematiche.....	1
---	----------

1.1.1 Gli interventi dell’UE in materia.....	7
---	----------

1.2 Le molteplici forme di violazione del diritto d’autore.....	12
--	-----------

1.2.1 Le violazioni sulle reti “peer to peer” e il problema della loro perseguibilità.....	15
---	-----------

1.3 Le violazioni del diritto d’autore in rete: gli studi sull’impatto economico	18
---	-----------

1.4 Il rapporto tra titolari del diritto d’autore e fornitori di servizi online.....	24
---	-----------

CAPITOLO II – LE VIOLAZIONI AL DIRITTO D’AUTORE SULLE RETI DI COMUNICAZIONE ELETTRONICA AL VAGLIO DELLA DOTTRINA E DELLA GIURISPRUDENZA

2.1 La giurisprudenza italiana prima del decreto legislativo n. 70/2003: l’assenza di un obbligo generale di sorveglianza a carico degli fornitori di servizi online.....	28
--	-----------

2.2 Responsabilità dei fornitori di servizi online: soluzioni normative e giurisprudenziali statunitensi.....	36
2.2.1 Il regime normativo introdotto dal Digital Millennium Copyright Act.....	42
2.3 Il recepimento della direttiva 2000/31/CE in Italia: il d. lgs. 70/2003.....	46
2.4 Le responsabilità dei gestori del web e dei motori di ricerca dopo la direttiva 2000/31/CE e il d. lgs. 70/2003: casi recenti giurisprudenziali recenti nazionali ed esteri.....	53

CAPITOLO III – LA TUTELA DEL DIRITTO D’AUTORE SULLE RETI DI COMUNICAZIONE ELETTRONICA: I SISTEMI DI NOTICE AND TAKE DOWN TRA ESPERIMENTI NORMATIVI, DIFFICOLTA’ APPLICATIVE E TENDENZE EVOLUTIVE

3.1 La tutela del diritto d’autore su internet e l’esperienza internazionale.....	68
3.1.1 Gli Stati Uniti d’America.....	70
3.1.1.1 I tentativi di riforma della normativa in materia: SOPA e PIPA.....	76
3.1.2 La Francia.....	80
3.1.3 La Gran Bretagna.....	83
3.1.4 La Spagna.....	89
3.2 Gli organi di garanzia del diritto d’autore sulle reti di comunicazione elettronica in Italia: dalla SIAE all’AGCOM.....	91

3.3 Lo schema di regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica: il notice and take down anche in Italia ?.....	95
3.3.1 La procedura di notice and take down nello schema di regolamento dell'AGCOM.....	99
3.3.2 Reazioni e commenti allo schema di regolamento AGCOM.....	101
3.4 Oltre il notice and take down.....	106
CONCLUSIONI	111
BIBLIOGRAFIA	120
RINGRAZIAMENTI	126

INTRODUZIONE

Nel corso della storia, lo sviluppo della democrazia è sempre stato accompagnato e agevolato dalla diffusione della cultura, dell'educazione, dell'istruzione e del sapere¹.

Il ruolo fondamentale della cultura viene riconosciuto anche dalla Costituzione italiana, che affida allo Stato il compito di promuoverne lo sviluppo e di tutelare il patrimonio artistico².

La cultura tuttavia non si crea a costo zero, se non a livello amatoriale o domestico. E' invece necessaria una disponibilità di risorse economiche, sia per produrre e distribuire materialmente le opere dell'ingegno, sia per sollevare l'autore dalle più banali preoccupazioni quotidiane, al fine di potersi dedicare esclusivamente ad esprimere tutto il suo potenziale artistico e intellettuale.

Risulta quindi irrinunciabile che l'autore, e i suoi finanziatori, possano trarre un beneficio economico dalla creazione e dalla distribuzione dell'opera. Garantire agli autori il diritto di ricevere una remunerazione adeguata, a carico dei fruitori delle opere dell'ingegno, è quindi la linfa vitale dello sviluppo della cultura.

Questo principio è stato per la prima volta riconosciuto all'interno di una Costituzione nazionale dagli Stati Uniti d'America, il cui testo fondamentale prevede esplicitamente che, al fine di promuovere il

¹ E. Paolozzi, *La rivoluzione ingenerosa*, Guida Editori, 1996, pag. 39: *“La democrazia non può vivere senza cultura intesa come educazione nel senso più ampio della parola. Dal suo sorgere nei tempi moderni, ossia dal lento declino del mondo medioevale fino alla metà del nostro secolo, lo sviluppo della democrazia si è sempre accompagnato alla crescita e alla diffusione della educazione, dell'erudizione, della scienza, del sapere. Una democrazia senza civiltà è una mera finzione giuridica, una tragica ipocrisia. In ciò la grande ed eterna lezione dell'Illuminismo, perché senza cultura non c'è giudizio, non c'è capacità di scelta, non vi è dunque responsabilità.”*

² Costituzione della Repubblica italiana, art. 9: *“La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione.”*

progresso della scienza e delle arti, il Congresso deve accordare agli autori, per un determinato periodo di tempo, il diritto di esclusiva sulle loro opere³.

In base a questa formulazione, i diritti di esclusiva non vengono riconosciuti solo per il vantaggio di chi li possiede, bensì perseguono il fine ulteriore di promuovere la conoscenza della collettività. I monopoli sulle creazioni dell'ingegno vengono quindi concessi agli autori con l'obiettivo di incentivare la produzione di opere numerose e utili alla comunità⁴.

L'esclusiva dell'autore sullo sfruttamento morale e patrimoniale dell'opera, tra cui rientra in primo luogo il diritto al compenso economico per la propria attività creativa, è oggi prevista negli ordinamenti di quasi tutti i Paesi del mondo e viene anche riconosciuta dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo⁵.

La tutela di tali diritti è, come detto, funzionale alla creazione di nuove opere e allo sviluppo delle industrie culturali⁶. In questo senso il legislatore deve apprestare, in ogni momento storico, misure efficaci di contrasto delle diverse forme di violazione di questi diritti.

³ Costituzione degli Stati Uniti d'America, art. 1, sezione 8, clausola 8: *"The Congress shall have Power To [...] promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries;"*.

⁴ R. Stallman, *Copyright and globalization in the age of computer networks*, intervento del 19 aprile 2001 in occasione del MIT Communications Forum: *"So the monopolies, according to the U.S. Constitution, do not exist for the sake of those who own them; they exist for the sake of promoting the progress of science. The monopolies are handed out to authors as a way of modifying their behavior to get them to do something that serves the public."*

⁵ Dichiarazione Universale di Diritti dell'Uomo, art. 27: *"ogni uomo ha il diritto di partecipare liberamente alla vita culturale della comunità, di usufruire delle arti, del progresso scientifico e dei suoi benefici; ogni uomo ha diritto alla protezione degli interessi morali e materiali derivanti da qualsiasi produzione scientifica o artistica della quale egli sia l'autore"*.

⁶ La Commissione Europea, all'interno del Libro Verde del 27 aprile 2010 a pagina 7, definisce le industrie culturali come: *"[...] le industrie che producono e distribuiscono beni o servizi che, quando vengono concepiti, sono considerati possedere un carattere, un uso o uno scopo specifici che incorporano o trasmettono espressioni culturali, quale che sia il loro valore commerciale. Oltre ai settori tradizionali delle arti, questi beni e servizi comprendono anche i film, i Dvd e i video, la televisione e la radio, i videogiochi, i nuovi media, la musica, i libri e la stampa."*

Grazie all'evoluzione tecnologica, a partire dall'invenzione della stampa a caratteri mobili di Gutenberg, il terreno per la copia e la diffusione illecita delle opere dell'ingegno è sempre stato fertile e mutevole. Servono quindi, di volta in volta, strumenti repressivi validi e continuamente aggiornati⁷.

L'illecito sfruttamento delle opere dell'ingegno pregiudica in particolare la creazione e la distribuzione di nuovi contenuti originali, in quanto se la remunerazione derivante dalle opere precedenti non è sufficiente a ripagare l'investimento iniziale per la loro creazione, non vi è poi alcun incentivo a riproporne di nuove dello stesso tipo⁸.

Nonostante nel corso del tempo siano costantemente sorte nuove forme e modalità di violazione delle norme a tutela del diritto d'autore, mai l'ordinamento aveva affrontato una situazione tanto complessa ed estesa quanto quella della prevenzione e repressione degli illeciti perpetrati grazie alle reti di comunicazione elettronica.

Queste reti sono infatti dotate di un enorme potenziale, in quanto permettono la diffusione di un elevatissimo numero di informazioni e di contenuti, in tempi rapidi e con grande facilità di accesso. Grazie a internet, gli autori possono sviluppare nuovi metodi più economici ed efficienti di distribuzione al pubblico delle proprie opere, sebbene, per questi stessi pregi della rete, risulta oggi più facile anche violare i diritti degli autori. Si è così peraltro ingenerata nel pubblico della rete l'erronea convinzione che tutto ciò che circola su internet sia disponibile gratuitamente e in modo incontrollato⁹.

⁷ J. C. De Martin, *Un nuovo ordine per il diritto d'autore nell'era del web in letter@gcom*, 3/2011, pag. 7: "Perché il motore della storia è spesso la tecnica; l'evoluzione della tecnica, piaccia o non piaccia, non si può fermare, non si può di quanto in passato si sia potuto impedire l'affermazione della stampa a caratteri mobili o dell'energia elettrica."

⁸ P. Marzano in un'intervista rilasciata a Panorama il 24 gennaio 2012: "Se su internet nessuno paga il download di un file, se chi lo ha creato e distribuito non incassa niente, perché dovrebbe continuare a produrlo e pubblicarlo in futuro? Pure un talento ha bisogno di pane. Il sapere non esce a comando come l'acqua dalla fontanella di un paese."

⁹ Commissione interministeriale sui contenuti digitali nell'era di internet, *I contenuti digitali nell'era di internet*, marzo 2005, pag. 4.

In particolare, questa svolta epocale nella fruizione delle opere dell'ingegno è legata a doppio filo alla digitalizzazione dei contenuti online, dal momento che questa tecnica permette di scorporare l'opera dal supporto fisico tradizionale e trasformarla in un file digitale eseguibile da un qualsiasi computer. Avvenuta la digitalizzazione diventa poi possibile fruire dell'opera senza bisogno del supporto originario, nonché trasmetterla attraverso le reti elettroniche a qualsiasi computer connesso, in tempi rapidi e con costi bassissimi. Si arriva all'estremo di una trasmissione di massa dell'opera su internet, in quanto il computer è in grado di realizzare e diffondere una quantità innumerevole di copie, di qualità identica all'originale.

La messa a disposizione dei file contenenti opere dell'ingegno sulle reti di comunicazione elettronica avviene tramite il sistema della commutazione di pacchetti, grazie al quale il file da trasmettere viene copiato e suddiviso in numerose parti di dimensioni più piccole, che vengono poi riassemblate in una copia identica al file originario una volta giunti al computer destinatario, dopo aver viaggiato liberamente all'interno della rete seguendo i diversi percorsi di volta in volta più veloci. Questo significa che ogni volta che viene trasmesso un file tramite internet, in realtà non viene trasmesso il file originale, bensì ne viene fatta una nuova copia ed è questa che circola nelle reti e giunge al destinatario; per tale motivo sulle reti elettroniche ogni singola condivisione dell'opera ne realizza prima, necessariamente, una copia¹⁰.

Peraltro, questo meccanismo sembrerebbe costituire già di per sé una violazione dei diritti patrimoniali dell'autore¹¹, in particolare del diritto

¹⁰ P. Marzano, *Diritto d'autore e Digital Technologies*, Giuffrè, 2005, pag.13: “[...]da un lato, il consumo di un'opera a mezzo di un computer comporta necessariamente la creazione di una o più copie all'interno del sistema informatico. Dall'altro, quando il consumo dell'opera viene ottenuto accedendo all'opera tramite internet, l'intero sistema di comunicazione comporterà, altrettanto necessariamente, la realizzazione di diverse copie. Anche ripetendo tali operazioni, la qualità dell'opera rimane immutata.”.

¹¹ La legge 633/1941 sul diritto d'autore, nel suo art. 12, pone il principio generale che spetta all'autore il diritto esclusivo di sfruttare economicamente le proprie opere. Questo sfruttamento economico si concretizza in vari modi e forme, di cui un elenco esemplificativo e non esclusivo viene incluso negli articoli che seguono il 12 fino al 19.

esclusivo di riproduzione dell'opera¹², in quanto la moltiplicazione in copie che avviene durante i vari passaggi sulle reti di comunicazione elettronica non è autorizzata dal titolare del diritto. Tuttavia, tale violazione del diritto di riproduzione è un momento necessario della trasmissione e diffusione dell'opera all'interno delle reti di comunicazione elettronica, attività che, a loro volta, riguardano il diritto patrimoniale esclusivo della comunicazione al pubblico dell'opera¹³.

Solo l'autore, infatti, ha il diritto di caricare l'opera su internet, di diffonderla attraverso questo strumento e di regolarne le modalità di accesso e condivisione da parte del pubblico, con l'effetto che la condivisione non autorizzata sulle reti elettroniche di opere protette viola sempre, quantomeno¹⁴, il diritto di riproduzione e il diritto di comunicazione, che sono esclusivi dell'autore.

Il particolare sistema di funzionamento della rete solleva quindi una serie di problematiche relative alla capacità di controllo della utilizzazione delle opere dell'ingegno, non solo da un punto di vista tecnico, ma anche relativamente al rispetto di diritti fondamentali quali la libertà di

¹² L. 633/1941, art. 13: *“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.”*

¹³ L. 633/1941, art. 16: *“Il diritto 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 radiodiffusione, la televisione ed altri mezzi analoghi, e comprende la comunicazione al pubblico via satellite e la ritrasmissione via cavo, nonché quella codificata con condizioni di accesso particolari; comprende altresì la messa a disposizione del pubblico dell'opera in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente. Il diritto di cui al comma 1 non si esaurisce con alcun atto di comunicazione al pubblico, ivi compresi gli atti di messa a disposizione del pubblico.”*

¹⁴ In alcuni casi infatti le opere dell'ingegno (in particolare quelle musicali e cinematografiche) sono comunicate sulle reti peer-to-peer in copie incomplete o registrate con strumenti inadeguati, il che si concretizza in qualità audio e/o video estremamente scadenti, arrivando in alcuni casi a configurare anche una violazione del diritto morale dell'autore all'integrità dell'opera.

manifestare il proprio pensiero e la corrispondenza tra privati, che su internet trovano una loro espressione peculiare¹⁵.

Il legislatore ha dovuto affrontare una sfida ardua per regolare il fenomeno in modo corretto e ancora adesso l'argomento è al centro di un vivace e acceso dibattito sia in Italia che a livello europeo ed internazionale, di cui in questo lavoro si vuole dar conto, seppur sinteticamente.

Il presente approfondimento si concentra quindi nel suo primo capitolo su come l'avvento delle comunicazioni elettroniche abbia influito sul diritto d'autore.

In particolare si intende analizzare lo sviluppo e l'evoluzione delle reti e di come esse rendano possibili nuove forme di violazione del diritto d'autore che gli autori non avevano mai dovuto contrastare in precedenza. Si tratta di un fenomeno che ha inoltre avuto un rilevante impatto economico sull'industria della cultura, cagionandole dei danni che ad oggi è ancora difficile riuscire a stabilire con precisione. Si affronterà a seguire il tema del rapporto tra titolari del diritto d'autore e fornitori di servizi online, in quanto quest'ultimi sono i soggetti i quali, volontariamente o involontariamente, mettono a disposizione degli utenti della rete gli strumenti necessari a perpetrare questi tipi di illeciti, e a cui i titolari dei diritti vorrebbero imputare una maggior grado di responsabilità e sorveglianza.

Il secondo capitolo è dedicato alle reazioni della dottrina e della giurisprudenza nei confronti di queste violazioni, verificando le diverse risposte rese prima e dopo l'emanazione della specifica normativa in materia.

¹⁵ C. Calabrò, *Audizione presso la VII e VIII commissione del Senato della Repubblica del presidente AGCOM sulle recenti problematiche emerse nel settore internet in materia di diritti d'autore*, Roma, 21 luglio 2011, pag.11: "L'uso di internet, che ha provocato una grande trasformazione nel modo di fruire degli strumenti di conoscenza, si è rivelato un potente mezzo al servizio della libertà di informazione e perciò della democrazia. Nei Paesi del Nord-Africa e del Medio-Oriente Twitter e Facebook hanno fatto da detonatore, o quantomeno da propagatore istantaneo della rivolta contro regimi autoritari. I social network si rivelano ineguagliabili per fare degli individui gruppo. A torto o a ragione (dipende dalle situazioni) l'informazione su internet oggi viene ritenuta più credibile di quella dei telegiornali e dei giornali."

Verrà anzitutto analizzata la giurisprudenza italiana precedente al d. lgs. 70/2003 al fine di esaminare i motivi per cui i giudici abbiano tentato prima di ricorrere all'analogia per risolvere il difficile problema dell'imputazione di responsabilità e poi abbiano invece virato verso un'esenzione di responsabilità del fornitore di servizi online. Successivamente si analizzerà l'esperienza statunitense, con particolare riferimento al percorso giurisprudenziale e dottrinario che ha portato all'emanazione del Digital Millennium Copyright Act. Infine si citeranno alcuni recenti casi giurisprudenziali nazionali ed esteri per mostrare come l'applicazione delle attuali normative sia in continua evoluzione e finisca per creare delle contraddizioni tra le diverse pronunce degli organi giudicanti.

Il terzo capitolo vorrà confronta infine le discipline normative in materia e i recenti tentativi di riforma proposti all'interno dei più importanti Paesi occidentali, dove è evidente l'ispirazione del sistema americano di notice and take down. Peculiare attenzione verrà dedicata a quello che sta avvenendo in Italia.

Si osserverà che le attuali leggi in materia non sono soddisfacenti e inducono molti Paesi a riformare le proprie normative in maniera maggiormente penetrante e incisiva. In Italia è l'AGCOM che si è fatta carico del tentativo di "venire in soccorso" del diritto d'autore, cercando di proporre un sistema improntato alla procedura di notice and take down.

A conclusione dell'intera analisi verrà evidenziato come le normative attualmente vigenti a livello internazionale non siano sufficienti a tutelare efficacemente il diritto d'autore, anche per la difficoltà di trovare un giusto bilanciamento tra tutti gli interessi e i diritti in gioco.

CAPITOLO I – IL DIRITTO D’AUTORE E LE RETI DI COMUNICAZIONE ELETTRONICA

1.1 Il diritto d’autore e l’evoluzione delle reti di comunicazione elettronica: nuovi orizzonti e nuove problematiche

I nuovi mezzi di comunicazione hanno rivoluzionato non solo il modo di vivere quotidiano di ciascuno di noi, ma hanno avuto un impatto dirompente anche sulle leggi e sul modo di applicarle.

La crescente diffusione dell’accesso ad Internet e della banda larga ha consentito di sviluppare modalità di comunicazione sempre più semplici ed estese e nuove opportunità di mercato. Si sta assistendo ad un vero e proprio “esodo imprenditoriale”: l’intera industria dell’intrattenimento e della cultura sta lasciando i vecchi sistemi di distribuzione per utilizzare le nuove vie della diffusione digitale¹⁶.

La rivoluzione digitale iniziata nel secolo scorso ha comportato un cambiamento nella concezione di interazione sociale, modificando i termini in cui gli uomini agiscono nell’ambiente circostante e incidendo sui rapporti intersoggettivi: tutti aspetti cui l’ordinamento giuridico è chiamato ad adeguarsi. Il legislatore di ciascuno Stato affronta però in modo diverso i problemi posti dalle innovazioni tecnologiche e il riconoscimento legislativo di tali nuove situazioni non porta necessariamente ad un mutamento normativo chiaro ed esauriente.

Il diritto d’autore, inteso come diritto che tutela la forma espressiva delle opere creative, sin dal suo riconoscimento ha dovuto raffrontarsi con i rischi derivanti dallo sviluppo delle tecnologie, a

¹⁶ P. Marzano, *op. cit.*, pag. 6: “[...] una categoria di imprese, fatte armi e bagagli, abbandonava le lande dei beni materiali, con i loro antichi sistemi di distribuzione, per entrare nella terra, del tutto sconosciuta, dell’intangibile e delle autostrade dell’informazione digitale.”.

cominciare dalla stampa che permetteva di riprodurre velocemente e in un numero potenzialmente infinito di copie un'opera letteraria¹⁷.

L'accesso immediato di un sempre maggiore numero di informazioni in rete, facilmente reperibili attraverso la navigazione, ha alimentato l'aspettativa generalizzata che anche i contenuti protetti da diritti d'autore potessero essere disponibili gratuitamente e in modo incontrollato. Secondo Chris Anderson¹⁸ tale aspettativa della gratuità è talmente radicata nell'utenza di Internet che è plausibile immaginare un futuro prossimo in cui le aziende svilupperanno modelli di business in cui i prodotti e i servizi verranno offerti all'utente sulla rete a costo zero¹⁹.

E' evidente come la rivoluzione di Internet, oltre ad aver reso accessibile in modo semplice e veloce informazioni, notizie e cultura, permettendo lo scambio di idee, beni e servizi a centinaia di milioni di persone in tutto il mondo, ha tuttavia causato anche una maggiore diffusione in formato digitale di opere protette dal diritto d'autore, senza però che tale diritto venga sempre riconosciuto.

Siamo di fronte ad una situazione per cui ciò che viene commercializzato non è più la copia dell'opera, ma il diritto d'accesso all'opera stessa ed eventualmente la sua riproduzione e diffusione²⁰.

In realtà, in questo nuovo ambiente informatico, la natura del diritto d'autore, che appresta una tutela contro gli usi non autorizzati delle opere creative, non cambia; ciò che bisogna contestualizzare e far evolvere sono le modalità di gestione, sfruttamento e commercializzazione del diritto stesso, le quali sono da sempre necessariamente influenzate dallo

¹⁷ Sul diritto d'autore si vedano anche S. Ercolani, *Il diritto d'autore e i diritti connessi*, Torino, 2004 e G. Jarach e A. Pojaghi, *Manuale del diritto d'autore*, Ugo Mursia editore, 2011.

¹⁸ Capo redattore della rivista Wired, che è una rivista mensile statunitense, nota anche come "la Bibbia di internet".

¹⁹ C. Anderson, *Free! Why \$0.00 Is the Future of Business* in *Wired*, 25 febbraio 2008.

²⁰ A. Scintu, *Digital Rights Management*, Bologna, 2006, pag. 3: "L'introduzione del digitale e di Internet ha quindi causato notevoli cambiamenti nel mondo di autori, editori e broadcaster e più in generale nel mondo multimediale, creando un nuovo paradigma commerciale e di utilizzo: da distribuzione e vendita di beni tangibili a distribuzione e licenza d'uso di beni intangibili, ossia ciò che deve essere commercializzato non è più la copia dell'opera, bensì il diritto d'accesso all'opera stessa."

sviluppo tecnologico²¹. Al riguardo, deve osservarsi che il successo di Internet è dovuto proprio alla sua natura di mezzo di comunicazione basato sulla collaborazione, sulla condivisione e sulla gratuità delle informazioni.

L'anonimato degli utenti e l'impossibilità di controllare lo scambio delle opere sulla rete costituiscono un terreno congeniale ai comportamenti illeciti di chi voglia diffondere contenuti protetti in violazione del diritto d'autore²².

Il giurista non può tuttavia accontentarsi di prendere atto di questa situazione di fatto e lasciare che la rete diventi un territorio senza legge, pur senza arrivare, come peraltro ha sostenuto in un'occasione una recente giurisprudenza²³, a criminalizzare lo strumento della commissione dell'illecito (ad esempio i programmi di file-sharing), trasformandolo nella causa del comportamento illecito stesso. Non a caso, in un'altra circostanza, il Tribunale di Roma ha affermato che i fornitori di servizi online non commettono alcun illecito penale, in quanto si limitano a permettere la connettività fra i vari utenti attraverso il proprio server, mentre sono invece gli utenti stessi a realizzare tali violazioni tramite lo scambio di file²⁴. Ad ogni modo, come si approfondirà in seguito, la questione è controversa in giurisprudenza²⁵.

La Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo²⁶ riconosce ad ogni individuo "il diritto a partecipare liberamente alla vita culturale della

²¹ Centro Studi Del Ministero Per L'Innovazione E Le Tecnologie, *Contenuti digitali nell'era di internet*, Roma, 2005, pag. 5: "[...] le azioni da sviluppare devono essere adeguate al continuo evolvere della tecnologia e del mercato. In tal senso è opportuno creare le condizioni per la nascita di iniziative e di soluzioni che traggano origine e siano promosse dagli attori del settore."

²² Centro Studi Del Ministero Per L'Innovazione E Le Tecnologie, *op. cit.*, pag. 10

²³ Provvedimento di archiviazione del GIP del Tribunale di Roma, 25 gennaio 2008. Il giudice, a seguito di un'indagine svolta contro ignoti, ha stabilito che i siti di condivisione di file su reti peer to peer (beashare.com, emuleitalia.net e bittorrent.com) non commettono reato.

²⁴ Provvedimento di archiviazione del GIP del Tribunale di Roma, 25 gennaio 2008: "Non c'è illecito penale in quanto lo scambio avviene direttamente tra utenti finali senza l'intermediazione del server centrale, che svolge solo una funzione di collegamento e di autenticazione degli utenti al momento in cui accedono al sistema".

²⁵ Vedi paragrafo 2.4.

²⁶ La Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo è una dichiarazione adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948 a Parigi ed è

comunità e a godere delle arti” (art. 27, comma 1) e, al contempo, afferma “il diritto alla protezione degli interessi morali e materiali derivanti da ogni produzione scientifica, letteraria e artistica” (art. 27, comma 2).

Anche la disciplina del diritto d’autore cerca di temperare queste diverse esigenze fondamentali: garantire l’accesso alla cultura al più vasto numero di persone e al minor costo possibile e incentivare la creazione di nuove opere dell’ingegno. La protezione dei diritti degli autori assolve proprio questa duplice funzione, impedendo gli usi non consentiti delle loro opere e garantendo gli utili derivanti dallo sfruttamento economico delle loro creazioni, al fine di incentivare la produzione di ulteriori opere.

Questi principi vengono messi in crisi dalla possibilità di riprodurre, distribuire e scambiare contenuti attraverso Internet e i nuovi canali digitali, grazie ai quali non vi sono più limiti di passaggi, né intermediari, nella fruizione dei contenuti.

Caratteristica fondamentale nell’analisi del diritto d’autore alla luce delle nuove tecnologie, quindi, è la sua capacità escludente e includente²⁷. Il diritto d’autore, infatti, da un lato conferisce al titolare il diritto di escludere i terzi dallo sfruttamento e dalla fruizione dell’opera²⁸ e, dall’altro, permette di includere²⁹ terzi nello sfruttamento di specifici diritti a sua disposizione per incrementare il valore dell’opera.

In particolare, la capacità escludente del diritto d’autore si articola nello sfruttamento tangibile e intangibile dell’opera dell’ingegno. Rientrano nella categoria dello sfruttamento tangibile i diritti di

composta da 30 articoli. Essa nasce direttamente dall’esperienza della seconda guerra mondiale e rappresenta la prima espressione globale dei diritti di cui tutti gli esseri umani sono intrinsecamente titolari.

²⁷M. L. Montagnani, *Lo sfruttamento economico delle opere dell’ingegno*, in *Intellectual Asset Management* a cura di G. Ghidini, Egea, 2009, pag. 98 e ss.

²⁸M. L. Montagnani, *op. cit.*, pag. 101: “*In virtù dello ius excludendi che l’autore acquista con l’estrinsecazione dell’opera creata (o negli ordinamenti di common law, con la fissazione della stessa), egli vanta il diritto di vietare qualsiasi uso non autorizzato dell’opera*”.

²⁹ M. L. Montagnani, *op. cit.*, pag. 98: “*La possibilità di includere terzi nello sfruttamento delle opere protette è quella che maggiormente contribuisce alla moltiplicazione del valore dell’opera, che si realizza tramite il licensing dei diritti che l’autore vanta sulla stessa*”.

riproduzione, di elaborazione e di distribuzione; lo sfruttamento intangibile dell'opera, invece, avviene tramite il diritto di comunicazione al pubblico che, nell'era digitale, assume particolare importanza, in quanto è arricchito di nuove facoltà. In particolare, la comunicazione al pubblico, tradizionalmente intesa come fruizione a distanza dell'opera da parte di un numero di soggetti riuniti nello stesso luogo e nello stesso momento, oggi comprende anche la comunicazione a soggetti che fruiscono dell'opera in luoghi e momenti diversi³⁰. Con l'avvento di Internet, inoltre, rientra nella nozione di comunicazione al pubblico anche quella interattiva, che riguarda la fruizione disponibile nel momento e nei luoghi prescelti da parte di chi ha accesso alla rete.

Sotto un altro punto di vista, lo sviluppo tecnologico della rete Internet ha favorito una moltiplicazione di opere create e conseguentemente degli usi e delle elaborazioni di tali opere. Attraverso la rete, gli utenti divengono a loro volta autori, con il meccanismo dello "user generated content" (contenuto generato dagli utenti)³¹.

Il diritto d'autore si articola quindi in un'ampia serie di facoltà, rappresentate dalle diverse modalità di sfruttamento dell'opera. Tali modalità sono accresciute notevolmente e sono in continua evoluzione, ma il quadro legislativo non sempre recepisce i cambiamenti tecnologici con la stessa velocità.

³⁰ M. L. Montagnani, *op. cit.*, pag. 103.

³¹ C. Crespellani Porcella, *Il significato di UGC in education 2.0*, 8 gennaio 2010: "U.G.C. (User-Generated Content) è un acronimo che vuole rappresentare un fenomeno emergente: quello del ruolo degli utenti finali nel processo della produzione dei contenuti, siano essi didattici, scientifici, storico-artistici, ambientali, culturali, di business, di comunicazione o altro. In particolare il fenomeno dell'UGC, oramai sviluppatosi da metà di questo decennio, rappresenta una filosofia attraverso la quale la produzione dei contenuti, svolta da soggetti specializzati (società editoriali, redazioni, università ecc.) viene affiancata, e in certi casi sostituita, dalla produzione degli utenti che, per loro massa, passione, riscontro dovuto ad una retroazione spesso in tempo reale, riescono a essere più incisivi e tempestivi del normale e tradizionale processo di produzione."

A prescindere dalle teorie più catastrofiste³², che vedono nelle nuove tecnologie la scomparsa del diritto d'autore, durante questa rivoluzione digitale il legislatore deve anche contrapporsi a chi afferma che le opere dell'ingegno possano essere liberamente fruibili su internet, in quanto, grazie alla digitalizzazione, risulta venir meno la loro consistenza materiale³³.

L'accesso legale autorizzato ai contenuti creativi su Internet è ancora limitato per diversi fattori, tra i quali è sufficiente ricordare l'indeterminatezza dei confini tra utilizzi leciti e illeciti delle opere e un difficile bilanciamento tra la tutela del diritto d'autore online e quella di altri diritti altrettanto meritevoli di tutela, come la libertà di accesso a internet o la libertà di espressione e d'informazione.

Inoltre, risulta difficile individuare, in caso di usi illeciti su Internet di opere protette dal diritto d'autore, i soggetti su cui far ricadere la responsabilità e il foro competente a risolvere una controversia generata in uno spazio che non è sottoposto alla sovranità territoriale di uno Stato in particolare³⁴.

Il legislatore europeo ha provato ad intervenire nella materia per risolvere le problematiche sorte nel corso degli anni numerose volte.

³² Sundara Rajan intervistata da L. Chan, *Copyright in the Digital Era* in *UBC Reports*, Vol. 54, No. 6, 5 giugno 2008: “*Copyright law doesn't work anymore in practice. Once a work is in digital form, people can do whatever they want with it.*”.

³³ B. Terracciano, *Il diritto d'autore online, quale regolamentazione ?* in *Amministrazione in Cammino*, 30 novembre 2011, pag. 3: “[...] il legislatore nell'era della società dell'informazione deve far fronte alle difficoltà che crea il ritenere le opere di carattere creativo liberamente disponibili grazie alla comunicazione interattiva, spesso solo perché attraverso la digitalizzazione risulta difficile intravedere una loro consistenza materiale.”.

³⁴ G. Gardini, *Le regole dell'informazione. Principi giuridici, strumenti, casi*, Bruno Mondadori, 2009, pag. 227.

1.1.1 Gli interventi dell'UE in materia

Al fine di superare i numerosi problemi che si sono venuti a creare nel “nuovo” regime di circolazione delle opere dell'ingegno, la normativa italiana a tutela del diritto d'autore è stata modificata per recepire le istanze della regolamentazione a livello comunitario. In particolare, negli ultimi anni, forse nessun'altra materia ha attirato tanta attenzione da parte dell'UE come quella del diritto d'autore³⁵.

In primo luogo è intervenuta la Direttiva 2000/31/CE (“Direttiva sul commercio elettronico”), che disciplina la responsabilità dei fornitori di servizi nella società dell'informazione. Si tratta, in particolare, degli intermediari che svolgono attività di semplice trasporto dei dati (mere conduit), di memorizzazione temporanea degli stessi (caching) e di memorizzazione permanente di informazioni fornite da un destinatario del servizio (hosting).

Il decreto legislativo 9 aprile 2003 n. 70, che attuato nel nostro ordinamento la direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, solleva i fornitori di servizi online nell'esecuzione delle prestazioni dei servizi dall'obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni trasmesse o memorizzate, nonché dall'obbligo generale di scandagliare attivamente fatti o circostanze che segnino la presenza di attività illecite³⁶.

E' tuttavia previsto che il prestatore di servizi sia comunque tenuto a informare tempestivamente l'autorità giudiziaria o quella amministrativa con funzioni di vigilanza “qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un suo destinatario del servizio della società dell'informazione” e a fornire “a richiesta delle autorità competenti, le informazioni in suo possesso che consentano l'identificazione del destinatario dei suoi servizi con cui ha accordi di

³⁵ P. Marzano, *op. cit.*, pag. 8.

³⁶ Art. 17, comma 1, decreto legislativo 9 aprile 2003 n. 70, su cui si tornerà ampiamente nel paragrafo 2.3.

memorizzazione dei dati, al fine di individuare e prevenire attività illecite³⁷.

Precedentemente, era intervenuta la direttiva 2001/29/CE “sull’armonizzazione di taluni aspetti dell’istituto del diritto d’autore e dei diritti connessi nella società dell’informazione”, al fine di promuovere lo sviluppo delle digital technologies e della regolamentazione di Internet attraverso un sistema di tutela armonico a livello europeo. In questo senso la direttiva 2004/48/CE³⁸ ha poi provveduto a questo enforcement dei diritti di proprietà intellettuale, disciplinando gli aspetti sanzionatori e i rimedi giurisdizionali in materia.

Particolare importanza hanno rivestito le dichiarazioni programmatiche della Commissione Europea, tra cui merita notazione la Comunicazione al Parlamento europeo sui contenuti creativi online nel mercato unico del gennaio 2008 (COM (2007) 836), in cui è stato analizzato il tema delle eccezioni e delle limitazioni al diritto d’autore rilevanti per la diffusione della conoscenza nell’era digitale³⁹. In quell’occasione la Commissione ha sostenuto che lo sviluppo di servizi legali presuppone che si affronti e risolva il problema della pirateria online e si chiariscano i confini tra lecito e illecito, invocando una riforma della normativa⁴⁰.

³⁷ Art. 17, comma 2, decreto legislativo 9 aprile 2003 n. 70, vedi paragrafo 2.3.

³⁸ Attuata in Italia con il decreto legislativo 16 marzo 2006 n. 140.

³⁹ Nel luglio dello stesso anno la Commissione europea ha redatto il *Libro Verde sul diritto d’autore nell’economia della conoscenza* in cui ha approfondito proprio il tema delle limitazioni e delle eccezioni al diritto d’autore.

⁴⁰ Commissione Europea (COM (2007) 836) dove si legge che: “*Il trasferimento dei servizi di contenuti creativi verso un ambiente online comporta un cambiamento sistemico. Per trarre il massimo beneficio da questi cambiamenti, i responsabili politici devono conseguire i tre obiettivi seguenti:*

- *garantire che i contenuti europei contribuiscano nella misura del possibile alla competitività europea e favoriscano la disponibilità e la diffusione dell’ampia diversità della creazione di contenuti europei e del patrimonio linguistico e culturale dell’Europa;*

- *aggiornare o chiarire le eventuali disposizioni giuridiche che ostacolano inutilmente la diffusione online dei contenuti creativi nell’UE, riconoscendo nel contempo l’importanza dei diritti d’autore per la creazione;*

- *incoraggiare il ruolo attivo degli utilizzatori nella selezione, diffusione e creazione di contenuti.”*

Nel 2009, sempre la Commissione europea ha indicato, attraverso la Comunicazione “Il diritto d’autore nell’economia della conoscenza”⁴¹, alcune linee operative, basate sulla supervisione di un dialogo costante fra i portatori di interessi rilevanti.

Il dibattito comunitario riguardante l’approvazione del nuovo quadro normativo per le comunicazioni elettroniche si è incentrato in particolare sul profilo della tutela delle prerogative degli utenti di fronte ad una possibile sospensione dell’accesso a Internet nei casi di violazione dei diritti d’autore. Per scongiurare il pericolo di inadeguate garanzie contro restrizioni eccessive all’accesso a Internet, il Parlamento europeo ha richiesto che i diritti degli utenti non siano limitati senza una decisione preliminare di un’ autorità giudiziaria⁴².

In seguito all’approvazione da parte del Comitato di conciliazione UE⁴³ di una nuova versione di compromesso riguardante la tutela della libertà di accesso ad Internet da parte dei cittadini europei, è stata approvata la direttiva 2009/140/CE⁴⁴ che tra i suoi “considerando” prevede esplicitamente che la possibilità di una restrizione dell’uso di Internet sia applicabile solo quando questa è appropriata, proporzionata e necessaria in una società democratica, conformemente alla convenzione

⁴¹ Commissione Europea (COM (2009) 532): tale Comunicazione ha portato alla stesura di un documento di riflessione in merito alle difficoltà riscontrabili nella creazione di un mercato unico europeo del digitale per i contenuti creativi, riguardo tre categorie in particolare: i titolari del diritto d’autore, i consumatori e gli utenti commerciali.

⁴² Emendamento 138/46 del Parlamento Europeo, votato il 6 maggio 2009.

⁴³ Il Comitato di conciliazione è composto da membri del Consiglio e del Parlamento ed è convocato dal Presidente del Consiglio d’intesa con il Presidente del Parlamento europeo; questi ultimi esercitano congiuntamente la presidenza del Comitato e a turno ne presiedono le riunioni. Nell’ambito della procedura di codecisione il Comitato di conciliazione è l’organo che ha il compito di predisporre un testo comune che rappresenti un compromesso tra la posizione del Consiglio dell’Unione europea e quella del Parlamento europeo, in caso di disaccordo tra i due durante la procedura legislativa.

⁴⁴ Direttiva 2009/140/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 recante modifica delle direttive 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, 2002/19/CE relativa all’accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all’interconnessione delle medesime e 2002/20/CE relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica.

europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁴⁵.

Nel maggio 2011, con una Comunicazione al Parlamento europeo, la Commissione ha posto ancora una volta l'attenzione sulla necessità di realizzare una normativa generale di regolamentazione del diritto d'autore nel mercato unico digitale⁴⁶.

Al fine di intraprendere una riflessione che coinvolga gli Stati membri in un progetto di protezione dei diritti di proprietà intellettuale più efficace, la Commissione europea ha avviato recentemente una consultazione pubblica sulle misure da adottare per un corretto sviluppo dell'e-commerce, richiedendo in particolare agli stakeholders di avanzare proposte per una regolamentazione delle procedure di notice and take down⁴⁷. La Commissione ha annunciato inoltre che la consultazione pubblica sarà il punto di partenza per una proposta di direttiva che sarà presentata nel 2012.

Dalle osservazioni che precedono deriva che il tema del diritto d'autore è agli occhi delle istituzioni europee un argomento complesso nel quale devono trovare risposta le legittime esigenze di tutela degli autori nel rispetto dei diritti e libertà fondamentali degli utenti, favorendo inoltre la diffusione della cultura e la promozione del mercato dei contenuti.

⁴⁵ Direttiva 2009/140/CE, Considerando (4): *“Riconoscendo che Internet è essenziale per l'istruzione e l'esercizio pratico della libertà di espressione e l'accesso all'informazione, qualsiasi restrizione imposta all'esercizio di tali diritti fondamentali dovrebbe essere conforme alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.”*

⁴⁶ COM (2011) 287 del 24 maggio 2011: *“Un mercato unico dei diritti di proprietà intellettuale. Rafforzare la creatività e l'innovazione per permettere la creazione di crescita economica, di posti di lavoro e prodotti e servizi di prima qualità in Europa”*.

⁴⁷ Comunicato Stampa, Commissione Europea, 11/01/2012: *“The Commission will analyse how notice-and-action procedures can work in a way to best address these concerns. For this purpose, it seeks answers to questions such as: how exactly should an intermediary be notified? Should that be done electronically? Should the notice contain a detailed Internet address? Should a content provider have an opportunity to explain why he thinks certain content is not illegal? If content is illegal, how fast should an intermediary act? Should there be more transparency about the N&A procedures of individual companies? The Commission wants to involve all stakeholders in this initiative to get the right answers to these and other questions. There will for instance be a targeted public consultation on notice-and-action procedures.”*

La repressione con mezzi sproporzionati delle violazioni del diritto d'autore, oltre ad essere difficilmente attuabile, non è l'obiettivo da perseguire, mentre diventa fondamentale la ricerca di un equilibrio che veda quantomeno ridotte le violazioni ad un livello fisiologico.

La soluzione può ricercarsi, come si vedrà, in una giusta combinazione di azioni di enforcement a tutela del rispetto delle norme sul diritto d'autore e di promozione dell'offerta legale.

1.2 Le molteplici forme di violazione del diritto d'autore

Come accennato nel precedente paragrafo, le tecniche di violazione del diritto d'autore tramite le reti di comunicazione elettronica, e nello specifico tramite la rete internet, sono molteplici e sono in continua evoluzione. Le violazioni del diritto d'autore costituiscono un illecito grave, dal momento che questo complesso di norme serve non solo a proteggere gli interessi dei creatori, ma anche a promuovere il progresso del sapere e delle arti.

Gli strumenti più utilizzati per ledere contenuti protetti possono essere indifferentemente utilizzati per veicolare e utilizzare contenuti leciti ed illeciti, quali, ad esempio, lo streaming⁴⁸ e l'hotlinking⁴⁹. In particolare, il file sharing (o condivisione di file) occupa una posizione predominante tra le modalità con cui si commettono gli illeciti online e funziona attraverso una rete con architettura "peer to peer"⁵⁰. Quest'ultima permette di ricercare un file per mezzo di un URI (Universal Resource Identifier), di individuare più copie dello stesso per mezzo di hash crittografici, di

⁴⁸ Lo streaming consiste in un flusso di dati audio-video trasmessi da una sorgente a una o più destinazioni tramite una rete telematica. Questi dati non sono memorizzati permanentemente sui computer dei destinatari e vengono riprodotti man mano che arrivano a destinazione. Questo sistema rende possibile anche la diffusione in diretta di canali televisivi o manifestazioni sportive; ovviamente, però, se tali contenuti vengono diffusi tramite questo mezzo senza che il mittente sia titolare dei relativi diritti o ne abbia ricevuto autorizzazione si configura una violazione del diritto d'autore.

⁴⁹ L'hotlinking è un metodo usato nella creazione e compilazione di siti web grazie al quale vengono riproposti file digitali che si trovano su altri siti, utilizzando direttamente il file così come ospitato sul server originario; in particolare questo fenomeno è molto diffuso relativamente alle opere fotografiche. Tuttavia, se l'hotlinking avviene senza l'autorizzazione dell'autore del contenuto, si violano i suoi diritti.

⁵⁰ Il peer to peer è il nome di una rete informatica che permette ad un gruppo di computer, che abbiano in esecuzione uno specifico programma applicativo connesso a tale rete, di comunicare tra di loro e accedere direttamente ai file condivisi all'interno di ciascuno dei computer della rete. Il programma applicativo quando è in esecuzione svolge una ricerca tra tutti i computer connessi alla rete e mette automaticamente in connessione tutti i computer che hanno in condivisione il file scelto dall'utente, permettendo così che tale file venga scaricato in ogni computer connesso alla rete peer to peer che lo abbia richiesto.

eseguire lo scaricamento da più fonti contemporaneamente e di riprendere lo scaricamento del file dopo un'interruzione.

Il file sharing anonimo è cresciuto in popolarità e si è diffuso rapidamente grazie alle connessioni internet sempre più veloci e ai formati relativamente piccoli, ma di alta qualità, dei file audio e video scambiati (es. .avi, .mp3, ecc.). Il modello di condivisione “peer to peer” si è quindi rivelato destabilizzante per il diritto d'autore, perché ha provocato una massiccia diffusione non autorizzata di materiale protetto e ha alimentato in maniera esponenziale il fenomeno della pirateria online.

Gli ordinamenti giuridici si sono trovati a dover risolvere molteplici questioni nel tentativo di regolamentare questo fenomeno, prima fra tutte il conflitto con alcune libertà fondamentali. Il file sharing, in quanto tale, può considerarsi rientrante nella sfera dei diritti fondamentali previsti dalle convenzioni internazionali e dalle carte costituzionali di tutti gli stati democratici, dal momento che afferisce alla sfera delle comunicazione tra privati. Il riferimento è, in particolare, all'articolo 21 della Carta Costituzionale Italiana, che tutela la libertà di espressione e l'accesso alla cultura e all'informazione⁵¹ e all'articolo 15, che sancisce l'inviolabilità della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione tra privati⁵².

Questi diritti oggi si concretizzano anche tramite l'accesso alla rete internet, che viene considerato dal Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite⁵³ un diritto fondamentale dell'essere umano, in quanto il

⁵¹ Costituzione della Repubblica Italiana, art. 21: *“Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione.”*

⁵² Costituzione della Repubblica Italiana, art. 15: *“La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili. La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'Autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge.”*

⁵³ Il Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite è un organismo delle Nazioni Unite (UNHRC, in inglese United Nations Human Rights Council), con sede a Ginevra ed è un organo sussidiario dell'Assemblea generale. Il mandato del consiglio è quello di supervisionare il rispetto e le violazioni dei diritti umani in tutti gli stati aderenti alle Nazioni Unite (anche quelli che hanno votato contro la creazione del Consiglio), e informare l'opinione pubblica mondiale dello stato dei diritti umani nel mondo. Il

carattere unico di Internet consente agli individui di esercitare non solo il loro diritto alla libertà di opinione e di espressione, ma anche una serie di altri diritti umani grazie alla capacità della Rete di promuovere il progresso della società nel suo complesso⁵⁴. Lo stesso Consiglio riconosce inoltre la superiorità del diritto d'accesso a Internet rispetto al diritto di sfruttamento economico delle opere protette dal diritto d'autore, in quanto afferma esplicitamente che impedire l'accesso a Internet, a seguito di violazione delle leggi sulla proprietà intellettuale, costituirebbe una violazione dell'articolo 19 della Convenzione Internazionale sui Diritti Civili e Politici⁵⁵.

consiglio può contare su 29 rappresentanti che si occupano di verificare la violazione di ciascuno dei diritti umani.

⁵⁴ F. La Rue, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, 2011, pag. 20: “*The Special Rapporteur emphasizes that there should be as little restriction as possible to the flow of information via the Internet, except in few, exceptional, and limited circumstances prescribed by international human rights law. [...] Given that the Internet has become an indispensable tool for realizing a range of human rights, combating inequality, and accelerating development and human progress, ensuring universal access to the Internet should be a priority for all States.*”.

⁵⁵ F. La Rue, *op. cit.*, pag. 21: “*The Special Rapporteur considers cutting off users from Internet access, regardless of the justification provided, including on the grounds of violating intellectual property rights law, to be disproportionate and thus a violation of article 19, paragraph 3, of the International Covenant on Civil and Political Rights.*”. L'articolo 19 della Convenzione Internazionale sui Diritti Civili e Politici cui si riferisce il Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite recita che: “*1. Everyone shall have the right to hold opinions without interference. 2. Everyone shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of his choice. 3. The exercise of the rights provided for in paragraph 2 of this article carries with it special duties and responsibilities. It may therefore be subject to certain restrictions, but these shall only be such as are provided by law and are necessary.*”.

1.2.1 Le violazioni sulle reti “peer to peer” e il problema della loro perseguibilità

Lo scambio gratuito di file sulle reti peer to peer, molto semplice da realizzare oltre che molto vantaggioso economicamente, ha rivoluzionato le abitudini di fruizione dei contenuti culturali e risulta essere in costante ampliamento, nonostante sia una pratica illecita e quindi sanzionabile. Ciò succede perché si registra nel tessuto sociale una mancata percezione dell'illiceità di questo comportamento.

Il modello “peer to peer” rende difficile sanzionare la violazione del diritto poiché la rete è composta da un'infinità di soggetti, difficilmente individuabili e con diverse gradazioni di responsabilità.

Il fenomeno ha avuto inizio con “Napster”, uno dei primi software di file sharing che in seguito a una lunga disputa legale è stato chiuso dalla giustizia americana⁵⁶. Napster metteva a disposizione dei propri utenti (tutti coloro che creavano un account e scaricavano gratuitamente da internet il suo programma proprietario) una vastissima libreria musicale formata dalle opere caricate dagli utenti stessi, da cui era possibile prelevare gratuitamente i brani prescelti. Non si trattava ancora di un vero e proprio sistema “peer to peer”, in quanto gli utenti caricavano i file su una piattaforma comune alla quale si appoggiava il software. Per questo motivo le autorità giudiziarie non ebbero alcuna difficoltà nel trovare un diretto responsabile dell'attività illecita, ingiungendogli di interrompere tale attività.

Lo sviluppo della decentralizzazione delle reti “peer to peer” è stata la risposta degli utenti di Internet alle reazioni dei titolari del diritto d'autore⁵⁷, in quanto le reti decentralizzate sono più difficilmente

⁵⁶ I giudici del Nono Circuito della U.S. Court of Appeal condannarono Napster al risarcimento di svariati milioni di dollari per violazione dei diritti d'autore connessa allo scaricamento da parte dei propri utenti di brani musicali senza autorizzazione e senza il pagamento di alcun corrispettivo.

⁵⁷ Per tutto il 2001 e il 2002 la RIAA e le major discografiche misero in atto una forte azione di contrasto nei confronti della diffusione illecita di contenuti protetti, con ottimi risultati a loro favore. La Recording Industry Association of America o RIAA

attaccabili in via giudiziaria, dal momento che non sono imputabili ad un singolo individuo o entità, come nel caso di Napster.

Si sono così diffusi programmi di file sharing, grazie ai quali gli utenti possono condividere materiale protetto senza interfacciarsi con una piattaforma centrale, rendendo difficile risalire ad un unico responsabile; di conseguenza, anche le azioni legali delle major discografiche sono state meno efficaci.

Il passo successivo della comunità di Internet è stato quello di creare BitTorrent, spesso abbreviato BT, un protocollo finalizzato alla distribuzione e condivisione di file nella rete. A differenza dei tradizionali sistemi di file sharing, BitTorrent realizza e fornisce un sistema efficiente per distribuire lo stesso file verso il maggior numero di utenti disponibili, sia che questi lo stiano prelevando (download), sia che lo stiano inviando (upload). Si tratta di un meccanismo che coordina in automatico il lavoro di numerosi computer, ottenendo il massimo beneficio: in questo sistema ogni nodo contribuisce alla diffusione del file e maggiore è l'ampiezza di banda in uscita su quel nodo, maggiori sono le probabilità che il file venga diffuso verso altri nodi⁵⁸.

Per sfruttare al meglio la rete BitTorrent alcuni utenti realizzarono The Pirate Bay ("la baia dei pirati"), un sito internet svedese dedicato all'indicizzazione di file .torrent⁵⁹. A seguito del processo intentato

(Associazione Americana dell'Industria Discografica), fondata nel 1952, è l'associazione dei produttori discografici degli Stati Uniti d'America.

⁵⁸ A circa un anno dall'uscita di BitTorrent, in concomitanza con la sua diffusione su vasta scala, il suo creatore Andrej Preston, conosciuto anche come Sloncek, aprì la prima grande community BitTorrent: Supernova.org. Sul sito era possibile scaricare gratuitamente torrent di ogni genere, anche quelli relativi a materiali protetti dal diritto d'autore. Anche a causa della sua grossa popolarità, nel 2004 Supernova.org era primo in classifica su tutti i motori di ricerca, con milioni di contatti giornalieri, e il sito entrò nel mirino delle case discografiche unite nella lotta alla pirateria e della RIAA. Senza finire in tribunale, già in vista di una sentenza a suo sfavore, Supernova.org chiuse spontaneamente i battenti e il proprietario iniziò a lavorare ad un nuovo progetto "peer to peer" basato su BitTorrent.

⁵⁹ I file .torrent sono file di testo di dimensioni estremamente ridotte (pochi KB), che contengono al loro interno tutte le informazioni di riferimento del file che si vuole scaricare e condividere sulla rete BitTorrent (come ad esempio tutti i frammenti nel quale è stato diviso il file originale e l'identità dei computer da contattare). I file .torrent

vittoriosamente nei suoi confronti dai rappresentanti dell'industria fonografica nel 2009⁶⁰, il sito è stato bloccato e quindi reso inaccessibile .

Proprio a causa dello sviluppo di queste nuove e variegata forme di violazione del diritto d'autore su internet, sarebbe opportuno regolare puntualmente questi fenomeni all'interno di un'aggiornata normativa in materia, al fine di ricomprendere con certezza nell'alveo dei comportamenti che ledono la proprietà intellettuale tutti questi nuovi tipi di illeciti⁶¹.

una volta aperta e decodificati dall'apposito programma applicativo rende possibile a quest'ultimo trovare e scaricare il file di riferimento.

⁶⁰ Il Processo a The Pirate Bay è avvenuto in Svezia contro quattro persone accusate di promuovere l'infrazione del diritto d'autore tramite l'omonimo sito di ricerca di file torrent. I quattro accusati erano Fredrik Neij, Gottfrid Svartholm e Peter Sunde, in qualità di gestori del sito e Carl Lundström, un imprenditore svedese che attraverso le sue attività vendeva servizi al sito. Il processo iniziò il 13 febbraio 2009 presso la corte distrettuale di Stoccolma e il verdetto è stato annunciato il 17 aprile dello stesso anno. I quattro imputati sono stati dichiarati colpevoli e condannati a scontare un anno di prigione oltre a pagare 30 milioni di corone svedesi (2,7 milioni di euro) come risarcimento per i danni cagionati. Il giudice svedese trovò i quattro imputati colpevoli di concorso di persone nella violazione della legge sul diritto d'autore, aggravato dalla natura commerciale e organizzata di tale attività; sebbene nel corso del processo non fosse stato dimostrato il compimento di alcun reato, venne provato oltre ogni ragionevole dubbio che la condotta posta in essere dagli imputati configurava un concreto aiuto all'eventuale compimento di reati contro la proprietà intellettuale.

⁶¹ B. Terracciano, *op. cit.*, pag. 6: “[...] spesso la reale applicazione delle norme si scontra con la difficoltà di far rientrare le fattispecie concrete di Internet all'interno di quelle astratte previste dalla normativa.”.

1.3 Le violazioni del diritto d'autore in rete: gli studi sull'impatto economico

E' opinione condivisa che la produzione e la distribuzione di opere dell'ingegno, quali le opere cinematografiche, la musica, i programmi televisivi e il software, hanno un impatto positivo sulla crescita economica e sulla creazione di nuovi posti di lavoro. Tuttavia come riportato nel paragrafo precedente, nell'ultimo decennio l'aumento delle violazioni del diritto d'autore sui media digitali (c.d. pirateria digitale) ha minacciato in misura crescente il rendimento economico delle industrie che si occupano della creazione di tali opere.

L'International Federation of the Phonographic Industry⁶², nei suoi rapporti annuali, è ferma nell'affermare l'esistenza di una correlazione causale fra la condivisione del materiale protetto dal diritto d'autore e il declino delle vendite dei supporti musicali, partendo dall'assunto secondo cui ogni copia o download non autorizzato equivalga ad una vendita perduta⁶³.

Tuttavia, secondo alcuni analisti⁶⁴ gli studi fatti dall'industria dell'intrattenimento non sarebbero in grado di dimostrare l'effettiva connessione tra violazione del diritto d'autore e declino delle vendite delle opere protette. Viene in particolare obiettato che la gran parte di questi studi si basa su interviste fatte ad un campione statisticamente non

⁶² L'International Federation of the Phonographic Industry ("Federazione internazionale dell'Industria Fonografica", nota anche con l'acronimo IFPI) è un'organizzazione che rappresenta gli interessi dell'industria discografica a livello mondiale. Fornisce ai suoi membri servizi di introduzione e miglioramento delle leggi sul diritto d'autore, supporto nella lotta alla pirateria, monitoraggio di internet e chiusura di siti illegali, marketing e pubbliche relazioni, e la costruzione di nuove forme di gestione dei diritti digitali.

⁶³ La maggior parte delle ricerche rivolge un'attenzione particolare ai contenuti musicali, poiché tale mercato ha subito il fenomeno della pirateria online già prima della diffusione della banda larga e, dunque, esistono sull'argomento dati quantitativi e informazioni qualitative più consolidati.

⁶⁴ Secondo quanto riporta lo studio *Media Piracy in emerging economies del 2011*, uno dei primi studi indipendenti su larga scala relativo al tema della pirateria, quello che conosciamo della pirateria digitale normalmente inizia, e spesso finisce, con le ricerche sponsorizzate dalla stessa industria dell'intrattenimento.

significativo e che non vi sono mezzi di ricerca che analizzano i contenuti effettivamente copiati e scaricati online. Si contesta inoltre come sia difficile identificare e discernere il traffico che viola il diritto d'autore da quello che non lo viola, rendendo quindi gli studi diretti molto complessi da condurre.

Altri studi di settore, considerando i fenomeni del file sharing e del “peer to peer” ed i loro effetti sulle vendite legali di contenuti protetti dal diritto d'autore, hanno evidenziato che queste attività non provocano esclusivamente effetti negativi, nel senso che non sono necessariamente responsabili di una diminuzione delle vendite, ma possono determinare anche un aumento dell'acquisto legale di musica⁶⁵.

Recentemente il governo olandese ha commissionato uno studio vasto ed approfondito⁶⁶, basato su interviste ad utilizzatori di Internet di età maggiore di 14 anni. Lo scopo dello studio era quello di dare risposte quantitative in merito all'impatto della condivisione online di musica, film e videogames. Dallo studio è emerso che il 44% della popolazione olandese condivide abitualmente online opere protette da copyright⁶⁷. Analizzando le abitudini di spesa dei “condivisori”, si è calcolato un aumento di spesa nell'intrattenimento di circa 100 milioni di euro all'anno, con conseguenti

⁶⁵ B. Andersen e M. Frenz, *The Impact of Music Downloads and P2P File-Sharing on the Purchase of Music: A Study for Industry Canada*, University of London, 2007: “There is no direct evidence to suggest that the net effect of P2P file-sharing on CD purchasing is either positive or negative. [...] We found a strong positive relationship between P2P file-sharing and CD purchasing among the subgroup of P2P file-sharers. Specifically, among Canadians actually engaged in it, P2P file-sharing increases CD purchasing.”. Una ricerca del 2004 provò anche a tenere conto sia delle differenze di età, sia della capacità di spesa di coloro che condividono online materiale protetto da diritto d'autore (E. Boorstin, *Music Sales in the Age of File Sharing*, Department of Economics, Princeton University, 7 aprile 2004). Le conclusioni dello studio hanno mostrato l'esistenza un impatto negativo per la vendita dei CD nelle persone con un'età inferiore a 24 anni e positivo per quelle di età superiore.

⁶⁶ Huygen, Annelies, Joost Poort, Nico van Eijk et al., TNO, SNO and IViR, commissioned by the Dutch Ministries of Education, Culture and Science, Economic Affairs and Justice (2009): *Ups and Downs. Economic and cultural effects of file sharing on music, film and games*, febbraio 2009.

⁶⁷ Nell'ambito della percentuale da ultimo richiamata, le persone con età compresa fra 15 e 24 anni spendono globalmente, nei mercati considerati, quanto il resto della popolazione non dedita alla condivisione, mentre le persone con più di 24 anni spendono di più di coloro che non condividono.

forti benefici per il mercato in generale e per gli artisti. Inoltre, lo studio ha evidenziato uno spostamento della spesa a favore dei servizi online e dei concerti dal vivo, questi ultimi capaci di garantire guadagni considerevolmente maggiori agli artisti e di gran lunga minori alle case discografiche⁶⁸.

Lo studio olandese, in ultima istanza, ha confermato le conclusioni di Boorstin⁶⁹ in merito allo spostamento delle consuetudini sociali nella spesa per l'intrattenimento e per la cultura, aggiungendo un'analisi quantitativa di quanto esattamente un "pirata online" spenda di più rispetto ad un "non-pirata".

Lawrence Lessig, professore di diritto ad Harvard e Stanford e considerato un esperto in materia di diritto d'autore e nuove tecnologie, ha individuato le tipologie socialmente diffuse di utilizzo della tecnologia di condivisione dei contenuti⁷⁰.

In particolare, secondo Lessig possono classificarsi quattro tipologie di condivisione di file: a) il file sharing in sostituzione dell'acquisto (con l'effetto di diminuire la musica acquistata); b) il file sharing per scegliere la musica prima di procedere all'acquisto (con l'effetto di incrementare la musica acquistata); c) il file sharing per accedere a materiali tutelati da copyright che sono fuori mercato (per cui il danno economico è pari a zero dato che il titolare dei diritti non vende più tali materiali); d) il file sharing per accedere a materiali che non sono protetti da diritto d'autore o che il proprietario vuole distribuire liberamente (con danno economico pari a zero)⁷¹. Secondo tale classificazione, quindi il

⁶⁸ Per un concerto dal vivo, un artista legato con contratto ad una casa discografica è remunerato per il 20-50% del prezzo lordo del biglietto, a fronte dello 0,2% del prezzo lordo di un CD.

⁶⁹ Confronta nota 46.

⁷⁰ L. Lessig, *Free Culture*, New York, 2004.

⁷¹ L. Lessig, *op. cit.*, pagg. 68 e ss.: "*File sharers share different kinds of content. We can divide these different kinds into four types:*

A. There are some who use sharing networks as substitutes for purchasing content. Thus, when a new Madonna CD is released, rather than buying the CD, these users simply take it. We might quibble about whether everyone who takes it would actually have bought it if sharing didn't make it available for free. Most probably wouldn't have,

danno economico per l'industria, nel suo complesso, deriva da quanto, tradotto in denaro, la condivisione di tipo a) supera quella di tipo b).

Anche l'AGCOM ha realizzato un'indagine conoscitiva⁷² in materia di violazione del diritto d'autore sulle reti elettroniche, in cui, tra le altre cose, ha affermato che l'impatto complessivo della pirateria online, misurata attraverso i dati sul file sharing e sul peer to peer, può portare tre tipologie di effetti ai titolari dei diritti: positivi, neutrali e negativi.

Con riferimento ai primi, il file sharing può creare e aumentare domanda nel mercato legale, può contribuire ad aumentare la domanda di prodotti correlati (es. concerti dal vivo) e può portare a conoscenza di un maggior numero di utenti un contenuto per il quale vi è inizialmente una richiesta estremamente limitata (c.d. network effect). Per ciò che riguarda gli effetti neutrali, il file sharing può soddisfare la domanda di utenti interessati a prodotti non più reperibili sul mercato oppure prodotti ormai diventati di pubblico dominio. Infine, gli effetti negativi si manifestano nei casi in cui il file sharing sostituisce completamente l'acquisto legale dell'opera oppure fa ritardare l'acquisto legale ad un momento in cui il

but clearly there are some who would. The latter are the target of category A: users who download instead of purchasing.

B. There are some who use sharing networks to sample music before purchasing it. Thus, a friend sends another friend an MP3 of an artist he's not heard of. The other friend then buys CDs by that artist. This is a kind of targeted advertising, quite likely to succeed. If the friend recommending the album gains nothing from a bad recommendation, then one could expect that the recommendations will actually be quite good. The net effect of this sharing could increase the quantity of music purchased.

C. There are many who use sharing networks to get access to copyrighted content that is no longer sold or that they would not have purchased because the transaction costs off the Net are too high. This use of sharing networks is among the most rewarding for many. Songs that were part of your childhood but have long vanished from the marketplace magically appear again on the network. (One friend told me that when she discovered Napster, she spent a solid weekend "recalling" old songs. She was astonished at the range and mix of content that was available.) For content not sold, this is still technically a violation of copyright, though because the copyright owner is not selling the content anymore, the economic harm is zero--the same harm that occurs when I sell my collection of 1960s 45-rpm records to a local collector.

D. Finally, there are many who use sharing networks to get access to content that is not copyrighted or that the copyright owner wants to give away."

⁷² AGCOM, *Il diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica. Indagine Conoscitiva*, Roma, 2010, su cui vedere ampiamente paragrafo 3.3.

prezzo, per ragioni di mercato, diventa inferiore rispetto a quello di lancio⁷³.

Una nota di riflessione meritano gli studi su cui le grandi case editrici internazionali si basano per calcolare i danni che subiscono a causa delle violazioni dei loro diritti su Internet⁷⁴.

A parere del Government Accountability Office degli Stati Uniti d'America (GAO)⁷⁵ tali studi sono stati effettuati in modo approssimativo e non permettono di quantificare con esattezza quale sia l'effettivo impatto della pirateria sui titolari del diritto d'autore, in quanto sono basati in misura eccessiva su sondaggi ed episodi personali, e, dove mancano dati, spesso questi sono sostituiti da opinioni non provate⁷⁶.

Sempre secondo il GAO, il problema si palesa in particolare quando negli studi si assume un rapporto di causa (download) effetto (diminuzione vendite) tramite congetture arbitrarie: per fare un esempio banale, l'assunzione a priori che il download di un brano causi automaticamente la mancata vendita di un intero album⁷⁷.

⁷³ AGCOM, *Il diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica. Indagine Conoscitiva*, Roma, 2010, pag. 36.

⁷⁴ Tra gli altri: Norbert Michael, *The Impact of Digital File-Sharing on the Music Industry: An Empirical Analysis*, 2006; Rob & Waldfogel, *Piracy on the High C's*, 2006; Alejandro Zenter *Measuring the Effect of File Sharing on Music Purchases*, 2003; Liebowitz, *File-Sharing: Creative Destruction or Just Plain Destruction?*, 2006.

⁷⁵ Lo United States Government Accountability Office (GAO) è una sezione investigativa del Congresso degli Stati Uniti d'America dedita ad accertare la validità e l'affidabilità delle informazioni e dei dati presentati al Congresso; fa parte della branca legislativa del Governo federale degli Stati Uniti d'America.

⁷⁶ GAO, *Observations on Efforts to Quantify the Economic Effects of Counterfeit and Pirated Goods*, aprile 2010, pag. 16: "Available information on the scope and magnitude of counterfeiting and piracy provides only a crude indication of how widespread they may be, and that neither governments nor industry were able to provide solid assessments of their respective situations. The report stated that one of the key problems is that data have not been systematically collected or evaluated and, in many cases, assessments "rely excessively on fragmentary and anecdotal information; where data are lacking, unsubstantiated opinions are often treated as facts."

⁷⁷ GAO, *op. cit.*, pag. 21: "While [The Business Software Alliance survey] has an enviable data set on industries and consumers located around the world from its country surveys it uses assumptions that have raised concerns among experts we interviewed, including the assumption of a one-to-one rate of substitution".

Prima di stabilire una relazione di causa-effetto fra due variabili, occorre stabilire se esse sono dipendenti fra loro esclusivamente, o se sono indipendenti, oppure se sono dipendenti sia fra loro sia da altre variabili. E' quindi necessario che gli studi del settore si basino il più possibile su dati empirici ed effettivamente riscontrabili.

In ogni caso, a prescindere dai risultati di questi studi, è necessario prendere atto del fatto che l'impatto economico della pirateria online sul diritto d'autore non ha soltanto avuto un effettivo riscontro nei confronti dei dati di vendita, ma ha anche sostanzialmente messo in crisi, e reso scarsamente remunerativi, i tradizionali modelli di distribuzione e diffusione delle opere dell'ingegno.

1.4 Il rapporto tra titolari del diritto d'autore e fornitori di servizi online

Alla luce delle considerazioni che precedono, si delinea quindi un contrasto tra i titolari del diritto d'autore e i fornitori di servizi online che offrono la possibilità agli utenti di caricare senza autorizzazione dei file multimediali che contengono opere protette dal diritto d'autore sui loro server, rendendole disponibili alla comunità dei destinatari del servizio, tramite download o tramite streaming.

Come già accennato, e come si approfondirà nel prossimo capitolo, la legge non assoggetta il fornitore di servizi online ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza sulla propria rete, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite⁷⁸. I fornitori di servizi online non realizzano pertanto alcuna attività di verifica e di controllo sui contenuti che vengono costantemente caricati sui loro server, limitandosi ad intervenire solo a seguito di sollecitazioni esterne che segnalano la presenza di contenuti illeciti accessibili sui loro siti.

Per i titolari del diritto d'autore effettuare costanti controlli dei contenuti caricati presso i numerosi fornitori di servizi online esistenti è un'attività molto costosa, con la conseguenza che tali contenuti rimangono spesso pubblicati per lunghi periodi di tempo senza che alcuna segnalazione della loro illiceità giunga ai fornitori di servizi.

Inoltre va considerata la mancanza di interesse dei fornitori di servizi online ad effettuare controlli di loro iniziativa, poiché essi, sfruttando l'assenza di un obbligo di sorveglianza normativamente imposto, possono beneficiare della presenza di contenuti illeciti fintanto che non giunga loro una segnalazione in merito, vedendo aumentare nel frattempo i contatti del proprio sito e i propri utenti.

Questa situazione, naturalmente, non è soddisfacente per i titolari del diritto d'autore, i quali non vorrebbero essere onerati dal dovere di

⁷⁸ Art. 17, comma 1, decreto legislativo 70/2003.

segnalare di volta in volta i contenuti illeciti, richiedendo al contrario che siano i fornitori dei servizi online a memorizzare le segnalazioni e a svolgere un'attività di prevenzione degli illeciti, anche tramite filtri, al fine di impedire il caricamento di materiale protetto dal diritto d'autore.

E' su questo punto che nasce lo scontro tra titolari del diritto d'autore e fornitori di servizi online: questi ultimi non hanno inconvenienti a mantenere lo status quo, poiché direttamente o indirettamente, se ne avvantaggiano, mentre i titolari del diritto d'autore vorrebbero, come detto, maggiore collaborazione, vigilanza e prevenzione da parte dei fornitori di servizi online.

Alcuni attori della telecomunicazione hanno tentato, in via autoregolamentare, di trovare un punto di incontro tra le parti, salvaguardando i propri interessi e cercando di cooperare con i titolari dei diritti. Ad esempio, Google, tramite la sua controllata YouTube, ha sviluppato uno strumento di gestione e controllo dei contenuti video che vengono quotidianamente caricati sulla nota piattaforma, chiamato VideoID. Tale programma permette ai titolari del diritto d'autore di verificare più facilmente se nel database di YouTube sono presenti dei video che violano i loro diritti e permette loro di scegliere come comportarsi nei confronti di questi video.

In particolare i titolari del diritto d'autore possono limitarsi alla segnalazione dell'illiceità del video per ottenere la sua rimozione oppure possono scegliere di concedere l'utilizzo del video caricato dall'utente, ricevendo in cambio i guadagni ricavati da una breve pubblicità che Youtube inserisce all'inizio di ogni riproduzione del video.

Come rivela Google stessa⁷⁹, tale proposta è stata accolta positivamente da parte dei titolari del diritto d'autore, in quanto il 90% delle segnalazioni ricevute tramite VideoID conteneva la richiesta di mantenere il video su YouTube in cambio dei guadagni ottenuti dalla pubblicità successivamente inserita. Bisogna però riflettere sulla possibilità

⁷⁹ Making money on YouTube with Content ID, The Official Google Blog: *“As it turns out, they are choosing to generate revenue and exposure for their content online, monetizing 90% of all claims created through Video ID.”*

che i titolari del diritto d'autore, più che essere soddisfatti, vedano questa opzione semplicemente come un tentativo estremo di ottenere una compensazione economica per le proprie opere, rassegnandosi al fatto che altrimenti il loro diritto continuerebbe ad essere comunque violato in altri siti o con metodi diversi senza che loro ricevano alcunchè.

Non mancano voci critiche nei confronti di questo sistema. Fred von Lohmann, della Electronic Frontier Foundation⁸⁰, ad esempio ritiene che i titolari del diritto d'autore non possono guadagnare dai video illecitamente caricati su YouTube e allo stesso tempo pretendere che quest'ultima sia obbligata a controllare preventivamente l'eventuale caricamento di contenuti che violano tali diritti⁸¹.

Si deve altresì tenere conto che nel caso del sistema VideoID di YouTube l'autore rilascia un'autorizzazione all'utilizzo del video successiva al suo caricamento e alla sua diffusione, di fatto sanando la sua illiceità, ma che fino al momento dell'eventuale autorizzazione il video è comunque reso disponibile in violazione delle norme sul diritto d'autore.

Questa contrapposizione tra titolari del diritto d'autore e fornitori di servizi online è oggi ancora irrisolto ed è oggetto di numerosi dibattiti e proposte: basta citare, da ultimo, l'accordo negli USA tra Motion Picture Association of America⁸² e Recording Industry Association of America e la maggior parte dei fornitori di servizi online statunitensi⁸³. Questi ultimi si sono impegnati ad allertare, tramite avvisi informativi, gli utenti,

⁸⁰ L'Electronic Frontier Foundation (EFF) è un'organizzazione internazionale non profit con sede a San Francisco di avvocati e legali rivolta alla tutela dei diritti digitali e della libertà di parola nel contesto dell'odierna era digitale.

⁸¹ F. von Lohmann intervistato da G. Sandoval in *YouTube's filters help copyright owners profit from pirated video* in *CNET*, 27 agosto 2008: *"The second (big media companies) say yes to profiting from those clips this way, it will make it hard for them to argue that ISPs should be forced to screen for unauthorized material. It's hard to make that argument when you're re being compensated."*

⁸² La Motion Picture Association of America ("Organizzazione americana dei produttori cinematografici", MPAA) è un'associazione formata per promuovere i diritti e gli interessi dei produttori cinematografici e i suoi membri sono i sette studi principali del cinema statunitense: Walt Disney, Sony, Metro-Goldwyn-Mayer, Paramount Pictures, Twentieth Century Fox, Universal Studios, e Warner Bros.

⁸³ MPAA/RIAA agreement with US ISPs for 5 Strikes plan, Memorandum of Understanding, 7 luglio 2011.

ogniquale volta essi accedano a servizi illegali che consentano il download di materiale coperto dal diritto d'autore⁸⁴.

Tuttavia il limite di questo tipo di accordi risiede nel fatto che essi sono, appunto, solo dei protocolli di intesa stipulati in via autoregolamentare e che, di conseguenza, valgono esclusivamente per chi li sottoscrive e sono difficilmente coercibili.

Le situazioni trattate finora hanno comunque portato anche a delle soluzioni legislative, che si andranno ad esaminare nei prossimi capitoli.

⁸⁴ Saranno inviati fino a sei avvisi di notifica in formato elettronico verso chi effettuerà tali download illeciti; per coloro che proseguiranno nel comportamento scorretto, dopo il sesto avviso, sarà messo in atto un sistema di blocco che non consentirà più lo scaricamento illegale dei contenuti.

CAPITOLO II - LE VIOLAZIONI AL DIRITTO D'AUTORE SULLE RETI DI COMUNICAZIONE ELETTRONICA AL VAGLIO DELLA DOTTRINA E DELLA GIURISPRUDENZA

2.1 La giurisprudenza italiana prima del d.lgs. n. 70/2003: l'assenza di un obbligo generale di sorveglianza a carico dei fornitori di servizi online

La responsabilità dei fornitori di servizi online per violazione del diritto d'autore è stata oggetto di un acceso dibattito dottrinario e giurisprudenziale sin dall'avvento della rete. Questo dibattito ha avuto un passaggio fondamentale nell'emanazione del d.lgs. n. 70 del 9 aprile 2003, con il quale è stata recepita nell'ordinamento italiano la Direttiva 2000/31/CE⁸⁵.

Prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo 70 del 2003, si sentiva ugualmente la necessità di una regolamentazione in materia⁸⁶; a tal proposito la giurisprudenza italiana aveva comunque affrontato il tema della responsabilità extracontrattuale derivante dalla commissione di illeciti sulla rete ed è interessante studiare le conclusioni cui era giunta. In linea generale la responsabilità era ritenuta sussistente, oltre che in capo ai

⁸⁵ Direttiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»).

⁸⁶ O. Troiano, *Gli illeciti attraverso Internet: problemi di imputazione e responsabilità* in AIDA, 1998, pag. 399, che afferma che senza regole certe d'imputazione degli effetti giuridicamente rilevanti degli atti attuati per via telematica verrebbe meno la stessa possibilità di agire nella realtà virtuale.

singoli utenti, di difficile identificazione, anche in capo ai fornitori di servizi online⁸⁷, ma non tutti la ricostruivano secondo i medesimi schemi.

Inizialmente, nel dibattito dottrinario, la tesi maggiormente seguita (e fatta propria anche dalla giurisprudenza), è stata quella della c.d. responsabilità per stampa⁸⁸.

Questo orientamento equiparava i fornitori di servizi alla figura dell'editore e sul modello di quest'ultimo ne ricostruiva la responsabilità ex art. 11 della l. n. 47/1948⁸⁹. Secondo tale normativa, rispondono dei reati commessi col mezzo della stampa il proprietario della pubblicazione e l'editore, ovvero l'intestatario del sito web e chi mette a disposizione lo spazio web, in solido con gli autori del reato e fra di loro.

Questo orientamento era seguito anche dalla giurisprudenza. Ad esempio, nell'ordinanza dell'8 agosto 1997 del Tribunale di Napoli⁹⁰, si equiparava il fornitore di servizi online ad un organo di stampa, con la conseguenza di attribuirgli la responsabilità aquiliana per aver consentito o comunque agevolato il comportamento illecito di un utente⁹¹. Il Tribunale campano affermava che sul fornitore grava un obbligo di diligente verifica circa la legittima titolarità del segno distintivo usato dall'inserzionista e di controllo preventivo circa il contenuto del messaggio⁹².

⁸⁷ A. Contaldo e G. Cassano, *La natura giuridica e la responsabilità civile degli Internet Service Provider (ISP): il punto sulla giurisprudenza in Corriere Giuridico*, 9/2009, pag. 1206: “La giurisprudenza ha avuto chiaro che il problema fondamentale si sostanziava nel capire se ed entro quali limiti si potessero imporre obblighi di controllo ai provider.”

⁸⁸ A. Contaldo e G. Cassano, *op. cit.*, pag. 1210: “Un orientamento riconosce la responsabilità del provider per l'illecito commesso anche da colui che si serva di strumenti forniti dal prestatore, richiamando l'equiparazione tra provider e direttore di giornale.”

⁸⁹ L. n. 47 dell'8 febbraio 1948, Art. 11: “Per i reati commessi col mezzo della stampa sono civilmente responsabili, in solido con gli autori del reato e fra di loro, il proprietario della pubblicazione e l'editore.”

⁹⁰ Riportata in *La diffusione telematica aggrava la slealtà della concorrenza in Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 1997, pag. 970.

⁹¹ Il fornitore di servizi online qui era stato citato in causa poiché aveva ospitato sul suo sito una pubblicità di una società terza che configurava gli estremi della concorrenza sleale nei confronti della società attrice.

⁹² Tribunale di Napoli, Ordinanza 8 agosto 1997: “Il proprietario di un canale di comunicazione destinato a un pubblico di lettori, al quale va equiparato quale organo di stampa un «sito» Internet, ha l'obbligo di vigilare sul compimento di atti di

Anche il Tribunale di Bari, con decisione dell'11 giugno 1998, equiparava esplicitamente il sito web ad una testata di giornale⁹³.

Il ricorso alle norme sul responsabile editoriale di una testata giornalistica, con il conseguente obbligo di monitoraggio del materiale inviato in rete da parte del fornitore di servizi, sembrava quindi la soluzione condivisa dai giudici italiani. Confermavano tale orientamento le varie operazioni di polizia poste in essere nei confronti di diversi fornitori di servizi online considerati responsabili per fatti commessi dai loro utenti⁹⁴.

Questo approccio giurisprudenziale è stato messo in discussione prima da parte della dottrina⁹⁵ e successivamente dall'ordinanza del

concorrenza sleale eventualmente perpetrati attraverso la pubblicazione di messaggi pubblicitari di cui deve verificare la natura palese, veritiera e corretta, concorrendo, in difetto, e a titolo di responsabilità aquiliana nell'illecito di concorrenza sleale.”

⁹³ C. Gattei, *Considerazioni sulla responsabilità degli Internet Provider*, in *Interlex.it*, 23 novembre 1998: “*La controversia riguardava la titolarità dei diritti su un marchio e su un progetto editoriale denominato "Mondo Italia" sviluppato su un sito internet. Il ricorrente sosteneva di essere l'autore del progetto informatico, proposto e realizzato con la collaborazione della testata Giornalistica Regionale della sede RAI di Bari. Dopo un periodo di rodaggio, nel 1995 il sito della TGR fu messo in rete, ma qualche mese dopo l'autore fu estromesso ed il suo nome cancellato dal sito internet. Il ricorrente reclamava quindi la paternità del progetto e la richiesta di vedere il proprio nome indicato sul sito della TGR. Il tribunale riconobbe che un sito internet "si configura come un peculiare giornale telematico."*

⁹⁴ Una delle ultime operazioni di polizia di questo tipo è stato il sequestro dell'intero sito "Isole della Rete", avvenuto nell'estate del 1998; sul sito erano stati inviati messaggi che invitavano a boicottare un'agenzia specializzata in viaggi in Turchia e il fornitore di servizi online era stato ritenuto responsabile per tali messaggi.

⁹⁵ In questo senso V. Zeno-Zencovich, *La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa: note critiche*, in *Dir. Inf. e Inf.*, 1998, pag. 17: “*Chi pretende di estendere alla «pubblicazione» telematica il regime della stampa dovrebbe peraltro preliminarmente operare una ricognizione degli svariati mezzi di diffusione esistenti in passato o affermatisi successivamente ed esaminare se ad essi sia mai stato applicato il regime della stampa: si pensi alla diffusione vocale, dallo strillone all'oratore da comizio; alla cinematografia e al teatro; alla radio e alla televisione. In tutti questi casi vi è una attività di diffusione destinata ad un numero indeterminato di soggetti e spesso tale diffusione perviene a un numero assai maggiore di persone di quelle raggiungibili da un comune stampato. Eppure non si dubita che ad essi non si applichi la legge sulla stampa o che per fare ciò è necessaria una precisa disposizione della legge come fa, con riguardo a «telegiornali» e «giornali radio», l'art. 10, I comma, della L. 6 agosto 1990, n. 223.*”

Tribunale di Roma del 4 luglio 1998⁹⁶. La controversia traeva origine dall'invio da parte di un utente di un messaggio controverso sul newsgroup *it.economia.analisi-tech*, gestito dalla società Pantheon ed ospitato sul sito internet di Agorà Telematica.

Il messaggio conteneva osservazioni e opinioni critiche rivolte verso una banca locale, che quest'ultima ha considerato come diffamatorie e lesive del suo onore, del suo decoro e della sua reputazione. L'istituto di credito decideva pertanto di agire nei confronti dell'autore del messaggio, dell'amministratore del sistema che ospitava il newsgroup e dello stesso responsabile della Pantheon.

Il Tribunale di Roma ha considerato che il messaggio rientrasse nei limiti del diritto di critica e che non fosse diffamatorio, escludendo quindi ogni responsabilità. Tuttavia, il giudice è andato oltre nella sua decisione, indicando quali sarebbero stati i possibili obblighi e quindi le relative responsabilità del gestore di un sito internet.

In particolare, secondo l'ordinanza del Tribunale di Roma il gestore di un sito internet non ha "nessun potere di vigilanza e controllo sui messaggi immessi in rete". Il fornitore di servizi online, continua il Tribunale, "si limita a mettere a disposizione degli utenti lo spazio virtuale dell'area di discussione e nel caso di specie, trattandosi di un newsgroup non moderato, non ha alcun potere di controllo e vigilanza sugli interventi che vi vengono inseriti".

La decisione del Tribunale di Roma è stata una svolta fondamentale nella definizione della responsabilità dei fornitori di servizi online, in quanto ha escluso anche in Italia un obbligo di controllo e monitoraggio per il fornitore sui dati inviati da terzi sul proprio server. In particolare, ciò è avvenuto considerando i newsgroup come uno spazio virtuale messo a disposizione dal fornitore di servizi per consentire agli utenti di discutere e comunicare in piena libertà senza nessun controllo da

⁹⁶ Riportata in P. Costanzo (con nota di), *I newsgroups al vaglio dell'Autorità giudiziaria (ancora a proposito della responsabilità degli attori d'Internet)*, in *Dir. Inf. e Inf.*, 1998, pag. 811.

parte del titolare del server, salvo che tali newsgroup fossero gestiti da un moderatore.

Il Tribunale di Roma non ha risolto però tutte le questioni relative alla responsabilità del fornitore di servizi online, come, ad esempio, se il titolare di un newsgroup moderato debba essere considerato responsabile per le comunicazioni inviate da terzi. Allo stesso modo nulla ha affermato riguardo alle eventuali responsabilità successive dello stesso fornitore per non aver provveduto a cancellare il messaggio lesivo nel momento in cui ne fosse venuto a conoscenza.

La decisione del Tribunale di Roma è stata comunque importante per superare quel principio di identità tra testata giornalistica e sito internet che sembrava essere la soluzione comune adottata dai giudici italiani. Essa è stata altresì rilevante per aver escluso che un gestore di un sito internet abbia un obbligo di controllo, almeno preventivo, sul materiale inviato dai suoi utenti⁹⁷.

A commento della decisione del Tribunale di Roma si può affermare che in ogni caso il gestore del server non può mantenere sul server materiale potenzialmente dannoso, salvo risponderne in via risarcitoria. Ed infatti, nel momento stesso in cui viene avvisato della presenza di un contenuto illecito sul suo server da parte di colui il quale si ritiene danneggiato, la sua posizione cambia radicalmente. In particolare non appena il fornitore di servizi online ha notizia che sul suo server è in atto un comportamento pregiudiziale di diritti di terzi, egli è tenuto a scegliere se sospendere prudenzialmente la visibilità del messaggio incriminato o mantenerlo in linea, rischiando in questo secondo caso di incrementare il danno provocato dal contenuto illecito. La sua posizione

⁹⁷ Nuovamente V. Zeno-Zencovich, nell'occasione difensore di Agorà Telematica, intervistato sull'argomento dal quotidiano "La Repubblica" del 18 luglio 1998 ha affermato che: "La sentenza ha due aspetti estremamente interessanti dal punto di vista giuridico. Il primo aspetto è che viene finalmente stabilito che un internet provider non può controllare i messaggi, perchè è solo un centralinista o un postino. Il secondo aspetto colpisce la tendenza a considerare i contenuti messi in rete come contenuti giornalistici, sottoposti quindi a tutte le norme che regolano la legge sulla stampa. E la sentenza di Roma fa chiarezza su entrambi i punti".

muta poiché solo il fornitore del servizio è in grado di cancellare i contenuti presenti sul proprio server.

Tra le pronunce successive a quella appena commentata è degna di menzione l'ordinanza del 14 maggio 2001 del Tribunale di Monza, che ha sottolineato come non sia possibile assimilare la posizione dell'editore a quella del fornitore di servizi online, definendo inoltre l'applicazione di tale tipo di responsabilità a carico del fornitore come "paraoggettiva"⁹⁸. Infatti anche volendo etichettarla come culpa in vigilando, detta responsabilità sarebbe di fatto una forma di responsabilità oggettiva legislativamente non tipizzata, non potendosi in alcun modo immaginare mezzi concreti attraverso i quali il provider potrebbe effettuare la propria vigilanza, considerato anche che il monitoraggio dovrebbe essere costante, essendo ogni sito modificabile in qualsiasi momento⁹⁹.

Vale la pena, al termine di questa rassegna della giurisprudenza anteriore al d. lgs. 70/2003, ricordare l'ordinanza del Tribunale di Napoli del 14 giugno 2002¹⁰⁰, ancorché successiva all'entrata in vigore del nuovo regime di responsabilità dettato dalla direttiva sul commercio elettronico (2000/31/CE).

⁹⁸ R. Spreafico, *La responsabilità del provider e del fornitore di servizi telematici dopo il d. lgs. 70/2003*, Milano, 2009, pag. 3: "In particolare il Tribunale lombardo ha sottolineato come non sia possibile applicare l'analogia con la posizione dell'editore, trattandosi innanzitutto di una norma penale applicata oggettivamente fuori dal suo contesto ed inoltre essendo pressoché impossibile per il provider controllare l'illiceità di quanto pubblicato sul suo sito. L'unica eccezione anche in questo caso era vista nell'ipotesi di un illecito evidente nel qual caso sarebbe stato onere del provider intervenire."

⁹⁹ R. Ristuccia e L. Tufarelli, *La natura giuridica di Internet e le responsabilità del provider*, in *Interlex.it*, 19 giugno 1997: "Sinceramente sembra difficile addossare all'ISP responsabilità simili a quelle previste per i direttori responsabili delle pubblicazioni stampate. Da una parte perché le cause di responsabilità oggettiva sono un numerus clausus e le stesse non possono formare oggetto di interpretazione analogica e dall'altra perché nella maggioranza dei casi è del tutto impossibile controllare i servizi di messaggiera pubblica, vuoi per la dimensione quantitativa del fenomeno, vuoi per le modalità con cui un siffatto servizio telematico è strutturato."

¹⁰⁰ Riportata in D. De Angelis e D. Mula, *Il service provider e la legittimazione passiva nel procedimento cautelare per violazioni dei diritti d'autore commesse da terzi*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, 28 febbraio 2011.

L'attore, un editore (Liguori Editore), agiva contro un fornitore di servizi online (Tiscali) e il gestore del sito (Sinergia promotion & Incentive) per ottenere l'inibizione delle pagine di un portale online (www.terapiaonline.it), a causa della pubblicazione non autorizzata di un libro¹⁰¹. Il responsabile del sito, e non il fornitore di servizi online, è stato ritenuto unico responsabile della violazione dei diritti d'autore sull'opera diffusa su tale portale illegittimamente.

Questa decisione appare importante perché per la prima volta viene compiuta in Italia una distinzione esauriente tra i vari ruoli degli intermediari di internet. In particolare, il giudice compie una distinzione tra network, access, content e service provider ai fini dell'attribuzione delle relative responsabilità.

Mentre l'access e il network provider¹⁰² non hanno nessun contributo nell'illecito, il content provider¹⁰³ risponde della responsabilità per fatto proprio, qualora fornisca il materiale per la compilazione del sito.

Per quanto riguarda invece l'host provider¹⁰⁴, l'ordinanza in questione esclude la sua responsabilità, benché abbia un banner pubblicitario nel sito che ospita il contenuto illecito¹⁰⁵. La mera presenza

¹⁰¹ Nel dettaglio, la Tiscali era stata chiamata in causa perché sul sito www.terapiaonline.it era presente un banner pubblicitario della Tiscali stessa. L'attore aveva quindi chiamato in causa come "intermediario" o "gestore" del sito la società Tiscali. Tiscali si è dichiarata estranea totalmente ai fatti, affermando che il gestore del sito fosse un altro soggetto. Il giudice di Napoli ha accolto il reclamo di Tiscali e l'ha estromessa dal procedimento.

¹⁰² Fornitori di servizi che rendono possibile l'accesso a Internet ad aziende o privati.

¹⁰³ Fornitore di servizi che realizza i contenuti disponibili su uno specifico sito web.

¹⁰⁴ Fornitore di servizi che ospita su un proprio server le pagine di un sito web, rendendolo così accessibile dalla rete Internet.

¹⁰⁵ D. De Angelis e D. Mula, *op. cit.*: "In particolare, il Tribunale ha per la prima volta compiuto una chiara distinzione della responsabilità del provider a seconda della concreta attività da esso effettivamente svolta, sancendo che: a) l'access provider non può essere considerato responsabile in quanto la sua attività si esplica esclusivamente e limitatamente nel fornire la connessione alla rete; b) i provider che erogano servizi aggiuntivi alla semplice connessione possono essere passibili di responsabilità qualora si dimostri che erano a conoscenza che l'attività o l'informazione trasmessa o svolta suo tramite fosse illecita, "tanto, seppure con la espressa limitazione derivante dalla circostanza che non si possa imporre al prestatore di servizi un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni trasmesse e memorizzate né, tanto meno, un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di

del banner pubblicitario in un sito in qualche modo lesivo di altrui diritti non può provocare la responsabilità di tale soggetto, come ha rilevato il giudice di Napoli, paragonando Tiscali “ad un soggetto pubblicizzato su di un giornale”.

Può dunque concludersi che, alla luce della giurisprudenza italiana anteriore all'intervento del legislatore del 2003, restava ancora insoluta la questione dell'esistenza e dell'individuazione della norma su cui fondare la responsabilità del fornitore di servizi online.

attività illecite”. Il regime delineato, sottolineava il Tribunale, “si traduce nella subordinazione della responsabilità del provider alla circostanza che questi sappia della illiceità dell’attività o dell’informazione o anche, semplicemente, della esistenza dell’attività o dell’informazione”.

2.2 Responsabilità dei fornitori di servizi online: soluzioni normative e giurisprudenziali statunitensi

Prima di affrontare l'evoluzione giurisprudenziale italiana e comunitaria successive all'emanazione della disciplina sul commercio elettronico è opportuno soffermarsi sulle indicazioni che, in materia di responsabilità dei fornitori di servizi online, giungevano in quegli anni da oltreoceano.

Lo sviluppo dell'iter giurisprudenziale e normativo negli Stati Uniti, relativo alla questione della responsabilità dei fornitori di servizi online, può condensarsi nell'arco di un decennio¹⁰⁶.

Il cammino non è stato tuttavia lineare, anche a causa delle scelte di singoli Stati non sempre in armonia con quella del legislatore federale, ma ha avuto certamente il pregio di aver evidenziato rapidamente le questioni più importanti relative alla problematica della responsabilità del fornitore di servizi online e di aver raggiunto soluzioni che costituiscono nel quadro dei principi e valori fondamentali dell'ordinamento statunitense, un buon bilanciamento degli interessi coinvolti, sia pure con taluni eccessi.

L'ordinamento giuridico statunitense conosce tre tipi di responsabilità extracontrattuale: diretta (*direct liability*), indiretta (*vicarious liability*) e concorsuale (*contributory liability*)¹⁰⁷.

La *direct liability* è una responsabilità per fatto proprio espressamente prevista dalla legge, che, tranne casi eccezionali, richiede l'elemento psicologico del dolo o della colpa. La responsabilità diretta, analogamente a quella aquiliana prevista dall'art 2043 c.c., si configura quando un soggetto imputabile, con propria condotta dolosa o colposa,

¹⁰⁶ A.Palazzo e U.Ruffolo, *La tutela del navigatore in internet*, Giuffrè, 2002, pagg. 204 e ss.

¹⁰⁷ L. Bugiolacchi, *Principi e questioni aperte in materia di responsabilità extracontrattuale dell'internet provider*, in *Dir. Inf. e Inf.*, 2000, pagg. 829 e ss..

causa ad altri un danno ingiusto¹⁰⁸. Questa forma di responsabilità non si applica a tutti i tipi di illecito, ma solo ad alcuni, tra cui la diffamazione.

La *vicarious liability* è invece una responsabilità per fatto altrui e riguarda tutti i tipi di illecito: tale forma di imputazione della responsabilità si basa sul potere di controllo di un soggetto, cui vengono imputate le conseguenze della condotta posta in essere dall'autore materiale del fatto dannoso. L'attività controllata deve essere svolta nell'interesse del "controllore" o questo deve comunque trarre un "financial benefit" all'attività svolta dal soggetto su cui ha potere di controllo.

La *contributory liability*, di matrice giurisprudenziale, consiste nella responsabilità del soggetto che abbia partecipato alla commissione dell'illecito, qualora gli sia nota, o almeno conoscibile, la violazione di norme da parte dell'autore della condotta dannosa. Possono essere configurati due tipi di condotta concorsuale: uno in cui il concorrente collabora con l'autore materiale dell'illecito, l'altro in cui invece si limita a fornire lo strumento con cui l'illecito viene compiuto.

La questione ha interessato direttamente il tema della responsabilità dei fornitori di servizi online, dal momento che è indubbio che questi ultimi, fornendo un servizio di hosting, offrono all'utente uno strumento che può essere utilizzato per la commissione di illeciti su internet, come in particolare la violazione del diritto d'autore.

La *direct liability* dell'intermediario per violazione del diritto d'autore è stata affermata per la prima volta nel caso "Playboy v. Frena" del 1993¹⁰⁹, che rappresentava il *leading case* in materia.

Nella fattispecie, alcuni utenti avevano caricato e distribuito tramite un BBS¹¹⁰, gestito dal fornitore di servizi online, fotografie protette dal diritto d'autore tratte da una nota rivista.

¹⁰⁸ In materia di violazione del Copyright, in base al § 504 del Copyright Act del 1976, la *direct liability* ha fondamento puramente oggettivo; gli "statutory damages" conseguono dalla semplice infrazione a prescindere da ogni elemento soggettivo che rileva invece ai fini del risarcimento dei danni ulteriori e del lucro cessante.

¹⁰⁹ Playboy v. Frena, 839 F.Supp. 1552 (M.D. Flo.1993).

¹¹⁰ Un BBS (o Bulletin Board System) è un computer che utilizza un software per permettere a utenti esterni di connettersi a esso attraverso la linea telefonica, dando la

Il fornitore di servizi, nonostante non avesse svolto alcun ruolo attivo nella diffusione del materiale e fosse intervenuto con celerità non appena informato del fatto, rimuovendo il materiale illecito, fu ritenuto “directly liable”.

La responsabilità venne affermata sulla base del semplice nesso di causalità tra fornitura del servizio telematico ed illecito: senza il BBS predisposto dal fornitore, l’illecito non sarebbe stato compiuto. Il nesso di causalità venne stabilito in modo discutibile e la responsabilità diretta venne pertanto attribuita a titolo oggettivo, non all’autore della violazione, ma ad un concorrente nel compimento dell’illecito.

Venivano pertanto trascurati l’impossibilità del fornitore del servizio di controllare i contenuti immessi dagli utenti e lo svolgimento diligente dell’attività di controllo in fase di rimozione del contenuto illecito.

L’opinione condivisa secondo cui l’applicazione della *direct liability* in materia di diritto d’autore al fornitore di servizi online avrebbe comportato la paralisi della rete venne ulteriormente rafforzata dal caso “Religious Tecnology Center v. Netcom online communication Services” del 1995¹¹¹.

Un utente, all’insaputa del fornitore di servizi, aveva immesso e diffuso in un newsgroup testi coperti dal diritto d’autore appartenenti a Scientology e al suo fondatore. La Corte distrettuale affermò che ai fini della configurazione della *direct liability* in capo al fornitore di servizi è necessario “un qualche elemento di volontà o nesso di causalità”.

possibilità di utilizzare funzioni di messaggistica e file sharing centralizzato. Il sistema è stato sviluppato negli anni settanta e ha costituito il fulcro delle prime comunicazioni telematiche amatoriali, dando vita alla telematica di base. Nell'uso moderno (soprattutto in giapponese), ma ultimamente anche in italiano, il termine si usa anche per indicare i forum, i guestbook e i newsgroup su Internet.

¹¹¹ District Court of the Northern California District n. C-95-20091 RMW : “Some element of volition or causation which is lacking where a defendant system is merely used to create a copy by a third party. It does not make sense to adopt a rule that could lead to liability of countless parties whose role in the infringement is nothing more than setting up and operating a system that is necessary for the functioning of the internet. The court does not find workable a theory of infringement that would hold the entire internet liable for activities that cannot reasonably be deterred.”.

La Corte dunque superò il precedente di “Playboy v. Frena” individuando espressamente il fondamento di tale scelta di “overrule”¹¹² nella necessità di garantire il funzionamento della rete, che sarebbe stato impedito dall’adozione di forme di responsabilità oggettiva. La stessa Corte rilevò la non configurabilità della *vicarious liability* dal momento che il fornitore di servizi telematici non aveva alcun “financial interest” nell’attività illecita e soprattutto non disponeva del potere di controllo sull’attività svolta dagli utenti.

Pur essendo favorevole alla *contributory liability* per le caratteristiche del servizio di hosting, la Corte non prese in considerazione l’opportunità di una normativa specifica in materia di responsabilità del fornitore di servizi online, teoria poi ripresa nell’Online Copyright Infringement Liability Limitation Act ¹¹³.

Il favore verso criteri di imputazione soggettiva delle responsabilità dei fornitori di servizi online fu ribadito in altri due casi: “Sega Enterprises v. Maphia” e “Sega Enterprises v. Sabella”¹¹⁴.

¹¹² Nell’ordinamento giuridico americano, un precedente vincolante può essere revocato da un giudice superiore a quello che lo ha stabilito nonché, laddove non opera lo stare decisis orizzontale, da un giudice appartenente allo stesso ufficio di quest’ultimo. La revoca, che è detta *overruling*, determina l’esclusione retroattiva del precedente dalla *common law* e la sua sostituzione con il nuovo precedente stabilito dal giudice che l’ha operata. L’*overruling* deve essere adeguatamente motivato con riferimento, ad esempio, ad una più approfondita analisi della fattispecie, al mutamento delle circostanze di fatto o all’interesse pubblico. La vincolatività del precedente può inoltre essere superata con il *distinguishing*: in questo caso il giudice esclude l’applicabilità di uno specifico precedente al caso di specie sulla base delle sottili differenze in fatto che possano marcare una certa distanza fra la fattispecie portata al suo esame e la fattispecie in passato decisa da altro giudice, sempre che tali differenze si possano considerare rilevanti per la questione da decidere. In altri termini, con il *distinguishing* il giudice dimostra che l’identità tra la fattispecie portata al suo esame e quella del precedente è solo apparente. Il ricorso a questa tecnica, che gioca un ruolo molto importante nei sistemi di *common law*, è, a differenza dell’*overruling*, possibile anche ai giudici inferiori. Tanto con l’*overruling* quanto con il *distinguishing* il giudice legittima se stesso ad individuare autonomamente la regola del caso di specie, indipendentemente dalla vincolatività del precedente.

¹¹³ Online Copyright Infringement Liability Limitation Act (OCILLA) è una legge federale degli Stati Uniti d’America approvata all’interno del Digital Millennium Copyright Act (DMCA) 1998, di cui costituisce il Titolo II.

¹¹⁴ *Sega Enterprises v. Maphia*, 857 F. Supp. 679 (N.D. Cal.1994) e *Sega v. Sabella* 1995 C93-04260((N.D. Cal.1996).

Nel primo caso un operatore di BBS aveva sollecitato gli utenti a scaricare e diffondere copie non autorizzate di alcuni videogiochi. La responsabilità del fornitore venne qualificata come *contributory*: prescindendo dal fatto che dalla semplice predisposizione di un BBS non è desumibile la prevedibilità dell'illecito, nella fattispecie era però evidente l'esistenza di un diretto contributo di natura morale alla duplicazione ed alla diffusione delle opere soggette al diritto d'autore.

Nel secondo caso, molto simile al primo, il fornitore fu ritenuto responsabile in quanto, messo a conoscenza dell'illecito al quale non aveva dato alcun contributo morale, aveva tuttavia colposamente omesso di intervenire per impedirne la prosecuzione.

Dopo tali pronunce sembrava ormai acquisito, non solo in materia di violazione di diritto d'autore, ma in generale, il principio della responsabilità colposa del fornitore di servizi online. In capo a quest'ultimo, a causa dell'impossibilità di controllare i materiali immessi in rete dagli utenti, non solo non sussisteva l'obbligo preventivo di vigilanza, ma la violazione dell'obbligo successivo di rimozione, che allo stato della tecnica è pacificamente possibile e anche esigibile, doveva essere valutato in base al criterio di imputazione della colpa.

L'equilibrata evoluzione verso criteri di responsabilità soggettiva riguardo la responsabilità del fornitore di servizi online, subì una forte accelerazione a causa dell'emanazione del Communications Decency Act¹¹⁵ del 1996, che fu interpretato in modo completamente lassista. La causa di tale interpretazione estrema del Communications Decency Act fu la Section 230¹¹⁶, che determinò, in concreto, un'esenzione di responsabilità assoluta ed incondizionata a favore dei fornitori per gli illeciti commessi da terzi utilizzando i loro servizi. Questa esenzione fu estesa anche al caso in

¹¹⁵ Il Communications Decency Act (CDA) fu il primo rilevante tentativo da parte del legislatore statunitense di regolare il materiale pornografico su Internet. Tale emendamento fu una proposta bipartisan dei senatori Exon (Partito Democratico) e Gorton (Partito Repubblicano) e venne approvato il 1 febbraio 1996 all'interno del Telecommunications Act, di cui andò a costituire il Titolo V.

¹¹⁶ Communications Decency Act, Section 230: "*No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider*".

cui i fornitori stessi non fossero riusciti a rimuovere il contenuto dopo aver ricevuto notifica dell'illecito¹¹⁷.

I fornitori, confidando nell'impunità, non solo non si preoccuparono più di adottare misure di sicurezza o di investire nella ricerca di strumenti adeguati di protezione dei diritti di proprietà intellettuale, ma omisero persino di adottare le misure di diligenza minime, quale quella della rimozione di materiale palesemente illecito di cui erano a conoscenza. Dati gli effetti egualmente indesiderati delle due opposte soluzioni, da un parte quella fondata sulla responsabilità oggettiva e dall'altra quella basata sulla totale irresponsabilità del fornitore di servizi, venne ripreso il confronto sul criterio ottimale di imputazione di responsabilità.

Gli effetti di tale dibattito si avvertirono già nel caso “Playboy Enterprises Inc. v. Handenburgh”¹¹⁸. Anche questo caso riguardava la diffusione di materiale protetto dal diritto d'autore in un BBS.

La Corte distrettuale stabilì che sull'intermediario non gravava alcun obbligo preventivo di sorveglianza, ma allo stesso tempo si discostò dalla posizione favorevole all'assoluta irresponsabilità espressa in casi precedenti, condannando il fornitore di servizi per non aver provveduto alla pronta rimozione del materiale in oggetto e avendo anzi favorito, attraverso una nutrita attività promozionale, la sua diffusione allo scopo di trarre vantaggio sotto forma di incremento di abbonati. La Corte scelse dunque il criterio di imputazione basato sulla colpa.

¹¹⁷ K. S. Myers, *Wikimmunity: Fitting the Communications Decency Act to Wikipedia* in *Harvard Journal of Law and Technology*, vol. 20, 2006, pag. 163: “Effectively, this section immunizes both ISPs and Internet users from liability for torts committed by others using their website or online forum, even if the provider fails to take action after receiving actual notice of the harmful or offensive content”.

¹¹⁸ 982,F.Supp.503, 512 (N.D. Ohio 1997).

2.2.1 Il regime normativo introdotto dal Digital Millennium Copyright Act

La discussione dottrinale e giurisprudenziale si concluse a livello legislativo con l'emanazione del Digital Millennium Copyright Act (in seguito DMCA) nel 1998.

Il DMCA, oltre ad aver costituito l'occasione e lo strumento di adeguamento a convenzioni internazionali da parte degli U.S.A.¹¹⁹, rappresenta il punto d'arrivo, come si è visto, di un lungo dibattito interno, in cui la questione della responsabilità dei fornitori di servizi online ha rivestito importanza centrale.

Il DMCA è suddiviso in due titoli. Il Titolo I prevede un articolato ed efficiente sistema sanzionatorio contro la violazione dei sistemi di protezione¹²⁰, in ottemperanza all'obbligo imposto dai Trattati WIPO¹²¹ di assicurare adeguata tutela e misure sanzionatorie efficaci contro l'aggiramento delle misure tecnologiche impiegate dagli autori a protezione dei loro diritti.

Il Titolo II è quello propriamente relativo alla responsabilità del fornitore di servizi online. Esso ebbe un iter formativo lungo che iniziò

¹¹⁹ Il Digital Millennium Copyright Act ha realizzato la ratifica da parte degli USA dei trattati WIPO Copy Treaty (WCT) e WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT) siglati a Ginevra nel 1996. Il WCT fornisce protezioni supplementari per il diritto d'autore, ritenute necessarie a causa dei progressi tecnologici, e riconosce ufficialmente che software e banche dati devono essere protette come opere dell'ingegno. Il WPPT è finalizzato a mantenere e sviluppare la protezione dei diritti degli interpreti e dei produttori di fonogrammi in maniera più efficace ed uniforme possibile nei Paesi aderenti.

¹²⁰ L'art. 1201 del DMCA non si limita a punire coloro che aggirino le contromisure tecnologiche adottate dai titolari del diritto d'autore, ma estende la sanzione anche a coloro che producano, offrano o distribuiscano al pubblico prodotti o servizi che consentano l'aggiramento di tali misure di protezione. La creazione e l'offerta dei sistemi antiaggiramento sono puniti indipendentemente dalla prova del loro effettivo uso a fini illeciti.

¹²¹ La World Intellectual Property Organization (WIPO) è una delle agenzie specializzate delle Nazioni Unite. La WIPO è stata creata nel 1967 con la finalità di incoraggiare l'attività creativa e promuovere la protezione della proprietà intellettuale nel mondo. La WIPO conta attualmente 184 stati membri, regola 24 trattati internazionali ed ha sede a Ginevra in Svizzera.

precedentemente alla stipulazione dei Trattati WIPO, in quanto fu elaborato, partendo proprio dai dubbi giurisprudenziali di quegli anni, da un gruppo di lavoro istituito dall'ex Presidente statunitense Bill Clinton nel 1993 e formato dall'Information Infrastructure Task Force (IITF), diventato successivamente Working Group on Intellectual Property Rights.

Quest'ultimo pubblicò nel 1995 un importante rapporto riguardo la protezione del diritto d'autore negli Stati Uniti (c.d. White Paper)¹²², con riferimento al clima creato a seguito del Communications Decency Act, proponendo una responsabilità del fornitore di servizi online che si avvicinasse alla *strict liability*¹²³, mettendo in risalto l'opportunità di non considerare esclusi dalla responsabilità gli intermediari. Questa al contrario avrebbe dovuto essere attribuita ai fornitori sulla base del fatto che erano gli unici soggetti in grado di monitorare i siti e di conseguenza prevenire gli illeciti.

Il White Paper fu impiegato come importante fonte d'ispirazione per la stesura del Titolo II del DMCA e, sebbene quest'ultimo abbia poi previsto una responsabilità più tenue della *strict liability*, ha ripreso il principio per cui i fornitori di servizi online non possono essere esonerati a priori da qualsiasi tipo di responsabilità e che devono attivarsi per rimuovere i contenuti illeciti e sanzionare gli utenti colpevoli¹²⁴.

¹²² Working Group on Intellectual Property Rights, *Intellectual Property And The National Information Infrastructure: The Report Of The Working Group On Intellectual Property Rights*, Settembre 1995.

¹²³ Un tipo di responsabilità equiparabile alla responsabilità oggettiva del nostro ordinamento. USLegal.com: "*Strict liability is the legal responsibility for damages or injury, even if the person found strictly liable was not at fault. In order to prove strict liability in tort, plaintiff needs to prove only that the tort happened and that the defendant was responsible for the act or omission. In the case of strict liability, neither good faith nor the fact that the defendant took all possible precautions are valid defenses.*"

¹²⁴ Working Group on Intellectual Property Rights, *Intellectual Property And The National Information Infrastructure: The Report Of The Working Group On Intellectual Property Rights*, Settembre 1995, pag. 124: "*Service providers should make clear that infringing activity is not tolerated on the system and reserve the right to remove infringing material or disconnect the subscriber who participated in the placement of it on the system.*"

In particolare la prima versione del DMCA prevedeva sei esenzioni da responsabilità per i fornitori di servizi.

Il fornitore non era ritenuto responsabile se: a) non fosse stato all'origine della trasmissione; b) non avesse creato, selezionato o modificato il contenuto del materiale diffuso; c) non avesse selezionato i destinatari dell'informazione; d) non avesse ricevuto un "direct financial benefit" dalla diffusione in rete del materiale illecito; e) non avesse reclamizzato, sponsorizzato o sostenuto i contenuti illeciti in rete; f) non avesse avuto conoscenza, nemmeno tramite una comunicazione inviata da terzi, dell'illiceità del materiale o che l'accesso allo stesso era vietato.

Tale impostazione prevedeva quindi l'esonero di responsabilità dei fornitori nei casi più frequenti, ovvero quelli di hosting. L'host provider, per essere esente dalla responsabilità, non avrebbe dovuto avere "actual knowledge" dell'illecito e non avrebbe dovuto ricavare beneficio economico dalla presenza sul server di tale materiale illecito.

La versione definitiva del DMCA ha cercato di bilanciare gli interessi tra fornitori di servizi e titolari del diritto d'autore, ribadendo l'assenza dell'obbligo generale di vigilanza preventiva e stabilendo una disciplina più analitica per i vari tipi di attività svolti dagli intermediari di servizi. Stabilendo l'assenza di tale obbligo di sorveglianza, l'analisi si spostava pertanto dal momento preventivo della vigilanza a quello successivo dell'inerzia nella rimozione del materiale illecito ospitato. La conoscenza diretta dell'illecito o di circostanze tali da rendere evidente il carattere illecito del materiale caricato online dovevano indurre il fornitore di servizi ad attivarsi per rimuoverlo.

L'imputabilità a titolo di colpa, e non solo di dolo, dell'illecito rischiava tuttavia di far riapparire surrettiziamente l'obbligo di vigilanza dal momento anteriore a quello posteriore all'immissione del materiale illecito in rete. Nel dubbio che il materiale ospitato fosse illecito, il fornitore di servizi si sarebbe trovato nella difficile situazione di dover decidere se rimuoverlo o meno, assumendo così un ruolo da censore della rete, con il rischio di rendersi contrattualmente inadempiente nei confronti del proprio utente.

In conclusione si può notare che, almeno da un punto di vista teorico, il DMCA manifesta alcune criticità, come ad esempio l'esclusione dell'autorità giudiziaria, le possibili quantità elevate di segnalazioni false e il fatto che il fornitore di servizi agisce in base alla conoscenza di mera presunzione di reato¹²⁵. Tuttavia si può affermare che dal lato pratico ha adottato una soluzione positiva che elimina all'origine la possibilità per il fornitore di servizi online di incorrere in forme di responsabilità: il sistema del notice and take down. Questa procedura permette ai titolari del diritto d'autore di far valere le loro ragioni attraverso la notifica ("notice") al fornitore di servizi online di condotte contrarie alla legge, richiedendo la rimozione ("take down") del contenuto illecito¹²⁶.

¹²⁵ Commissione Interministeriale sui contenuti digitali nell'era di Internet, *I contenuti digitali nell'era di Internet*, 2005, Roma, pag. 37.

¹²⁶ Del notice and take down si tratterà estesamente nel paragrafo 3.1.1.

2.3 Il recepimento della direttiva 2000/31/CE in Italia: il d. lgs. 70/2003

Il DMCA, con le sue importanti innovazioni, ha costituito un modello che ha profondamente influenzato i legislatori di altri Stati, tra cui anche quello comunitario, sul tema della responsabilità dei fornitori di servizi per ogni tipo di illecito in rete.

In ragione della complessità della materia e del rischio di soluzioni discordanti all'interno dell'Unione Europea, questa è intervenuta con specifiche norme mediante la Direttiva CE 31/2000. Tale direttiva è stata recepita in Italia con il d. lgs. n. 70 del 9 aprile 2003, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 61 del 14 aprile 2003 ed entrato in vigore il 14 maggio 2003¹²⁷.

Ciò che ai nostri fini interessa particolarmente analizzare di questa legge è la spinosa questione della responsabilità dei fornitori di servizi online, trattata negli articoli 14, 15, 16 e 17.

Il legislatore ha effettuato una “tipizzazione” delle attività caratteristiche del prestatore di servizi (rispettivamente: attività di “mere conduit”, di “caching” e di “hosting”), prevedendo per esse responsabilità differenziate¹²⁸.

L'art.14 del D.Lgs. 70/03¹²⁹ disciplina l'attività di “mere conduit”, consistente nel fornire l'accesso alla rete o nel trasmettere, su una

¹²⁷ Il legislatore italiano ha emanato il d. lgs. 70/2003 sulla base della legge delega n.39/2002 conferita dal Parlamento.

¹²⁸ Si veda al riguardo anche l'ordinanza del Tribunale di Napoli del 14 giugno 2002 riportata nel paragrafo 2.1.

¹²⁹ D. lgs 70/2003, Art. 14 (Responsabilità nell'attività di semplice trasporto - Mere conduit): “1. Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, o nel fornire un accesso alla rete di comunicazione, il prestatore non è responsabile delle informazioni trasmesse a condizione che: a) non dia origine alla trasmissione; b) non selezioni il destinatario della trasmissione; c) non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse. 2. Le attività di trasmissione e di fornitura di accesso di cui al comma 1, includono la memorizzazione automatica, intermedia e transitoria delle informazioni trasmesse, a condizione che questa serva solo alla trasmissione sulla rete di comunicazione e che la sua durata non ecceda il tempo

rete di comunicazione, informazioni non proprie (cioè del destinatario del servizio).

Per queste ipotesi l'articolo in commento stabilisce l'esonero da responsabilità per i fornitori che si trovano in una posizione di neutralità rispetto ai contenuti trasmessi online. In pratica si stabilisce che il carrier (cioè l'operatore telefonico) o l'access provider (ossia il fornitore di connettività) non sono responsabili di ciò che viene veicolato attraverso la loro rete. Tale esenzione di responsabilità viene meno qualora essi stessi diano origine alla trasmissione (lettera a); selezionino il destinatario della trasmissione (lettera b); selezionino o modifichino le informazioni trasmesse (lettera c)¹³⁰.

In questo caso l'esonero di responsabilità si giustifica con il carattere passivo, tecnico e automatico del servizio prestato dal fornitore che rimane estraneo alla creazione ed al controllo del contenuto delle informazioni trasmesse per suo tramite, come si evince dall' art 42 della Direttiva 2000/31/CE¹³¹. Coerentemente con questa impostazione l'esenzione da responsabilità viene meno quando ci sia una partecipazione attiva al processo comunicativo, o dal punto di vista del contenuto creando, modificando oppure selezionando le informazioni trasmesse, o dal punto di vista della scelta dei destinatari.

Il legislatore ha regolamentato anche l'esigenza tecnica del fornitore di servizi di trattenere temporaneamente le informazioni nel processo di trasmissione; tale attività di "memorizzazione automatica intermedia e transitoria" viene ricondotta dall'art 14 comma 2 alla disciplina di "mere conduit" e alle relative esenzioni di responsabilità, purchè tale attività sia strettamente necessaria alla trasmissione sulla rete di

ragionevolmente necessario a tale scopo. 3. L'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza può esigere anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 2, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse.

¹³⁰ A. Putignani, *Sul provider responsabilità differenziate* in *Guida al Diritto* n.20/03, pag.48.

¹³¹ Art 42, Direttiva 2000/31/CE: *"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"*.

comunicazione, secondo criteri da rispettare rigorosamente, pena la perdita di esonero da responsabilità. La memorizzazione deve essere infatti automatica e immune da contatti qualificati con il fornitore di servizi, il quale non deve modificare o prendere visione della trasmissione e, anche dal punto di vista cronologico, non può eccedere il tempo ragionevolmente necessario a tale attività di memorizzazione¹³². Il superamento dei criteri di esenzione, ed in particolare di quello cronologico, deve essere valutato in concreto con riferimento alle caratteristiche del mezzo tecnico e ai suoi rapidissimi cambiamenti e, comunque, sempre alla luce del principio di ragionevolezza.

Il livello di diligenza previsto per il servizio di “mere conduit” è dunque piuttosto basso. Fino a quando il servizio conserva carattere neutro, l’intermediario ha il solo obbligo attivo di cooperare prontamente con l’autorità giudiziaria o amministrativa di vigilanza che, avendo rilevato un’attività illecita, gli chieda di porvi fine o impedirne la reiterazione, disabilitando ad esempio l’accesso in rete al suo autore.

La seconda attività disciplinata dal d. lgs. 70/2003 è contenuta nell’art. 15¹³³ ed è dedicata all’attività di memorizzazione temporanea, più

¹³² E. Tosi, *Commercio elettronico e servizi della società dell’informazione*, Giuffrè, 2003, pagg. 284 e ss..

¹³³ D.lgs 70/2003, art. 15, (Responsabilità nell’attività di memorizzazione temporanea - Caching): “1. Nella prestazione di un servizio della società dell’informazione consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non è responsabile della memorizzazione automatica, intermedia e temporanea di tali informazioni effettuata al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltramento ad altri destinatari a loro richiesta, a condizione che: a) non modifichi le informazioni; b) si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni; c) si conformi alle norme di aggiornamento delle informazioni, indicate in un modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore; d) non interferisca con l’uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull’impiego delle informazioni; e) 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 oppure che un organo giurisdizionale o un’autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione. 2. L’autorità giudiziaria o quella amministrativa aventi funzioni di vigilanza può esigere, anche in via d’urgenza, che il prestatore, nell’esercizio delle attività di cui al comma 1, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse.”.

nota col termine anglosassone di “caching”; sono disciplinate da detto articolo, ad esempio, le attività di organizzazione delle mailing-list o di newsgroup. Il caching ha lo scopo di aumentare la “capacità di portata” della rete, conservando presso il server del fornitore di servizi online, per un certo periodo di tempo, i dati cui hanno avuto accesso i fruitori del servizio, in modo da favorirne la consultazione, in un secondo momento, da parte di altri utenti.

La norma poc’anzi citata prevede, l’esenzione dalla responsabilità per il fornitore di servizi che abbia effettuato “la memorizzazione automatica, intermedia e temporanea di tali informazioni, al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltra ad altri destinatari a loro richiesta”. L’esenzione dalla responsabilità, però, non opera nei cinque casi previsti nel comma 1 dell’art. 15 (cfr. nota 108).

Anche in riferimento a quanto detto riguardo l’art. 14, risulta evidente la ratio delle condizioni di esenzione di responsabilità descritte nelle lettere a) e b) dell’art. 15. Il fornitore di servizi online non viene considerato responsabile purché abbia tenuto un ruolo neutro rispetto all’informazione riprodotta, non manipolandola e non consentendovi l’accesso a condizioni diverse da quelle poste per l’informazione originale.

Per quanto riguarda la lettera d), il fornitore deve accordarsi preventivamente con l’utente per stabilire la liceità di determinate tecnologie nell’utilizzo del servizio e, fatto ciò, il fornitore non può interferire con queste, a meno che ne ravvisi un uso illecito¹³⁴.

Le condizioni sotto le lettere c) ed e) impongono invece un grado più elevato di diligenza al fornitore di servizi di caching, rispetto a quello del servizio di mere conduit, dettato dalla necessità di tenere aggiornate le copie rispetto agli originali. La condizione della lettera c) impone infatti un aggiornamento contenutistico da parte del fornitore di servizi delle informazioni conservate, in conformità alle norme del settore. Sempre in tema di obbligo di aggiornamento la lettera e) dell’art. 15 pone come condizione la rimozione delle copie i cui originali siano stati cancellati. Il

¹³⁴ G. Cassano e I.P. Cimino, *Diritto dell’Internet e delle nuove tecnologie telematiche*, Cedam, 2009, pag. 522.

fornitore di servizi online incorre nella responsabilità qualora rimanga inerte a seguito di una comunicazione in merito proveniente da un soggetto interessato o dell'ordine dell'autorità giudiziaria o di vigilanza in tal senso, dato che in caso contrario consentirebbe la permanenza in rete di informazione non più esistenti in originale o dichiarate illegali dalla competente autorità. Il requisito della conoscenza effettiva, e non semplicemente potenziale, serve a ridurre la gravosità dell'obbligo imposto al fornitore, mentre la diligenza richiesta nell' "agire prontamente" deve essere quella prevista per la particolare natura dell'attività professionale¹³⁵, ex art. 1176 del codice civile¹³⁶.

L'art. 16¹³⁷ disciplina l'attività di hosting che è il servizio online maggiormente insidioso a livello di responsabilità, in quanto permette la memorizzazione duratura dei contenuti¹³⁸.

Ai sensi della norma citata, il fornitore (c.d. host provider) non è ritenuto responsabile se non è effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e se, comunque, non appena ne sia a

¹³⁵ G. Cassano e I.P. Cimino, *op. cit.*, pag. 522: "E' fuor di dubbio che la prova della prontezza dell'intervento debba gravare sul prestatore convenuto e, in genere, deve essere lo stesso a dimostrare di aver tenuto un comportamento conforme alla diligenza professionale, che è certamente invocabile in materia, ex art. 1176, cc."

¹³⁶ Art. 1176, Codice Civile: "Nell'adempire l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia. Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata."

¹³⁷ D. lgs. 70/2003, Art. 16, (Responsabilità nell'attività di memorizzazione di informazioni - Hosting): "1. Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore: a) non sia effettivamente a conoscenza 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 rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione; b) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso. 2. Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore. 3. L'autorità giudiziaria o quella amministrativa competente può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 1, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse."

¹³⁸ G. Cassano e I.P. Cimino, *op. cit.*, pag. 523.

conoscenza, agisca prontamente per rimuovere il contenuto o disabilitarne l'accesso. Indubbiamente il fornitore di servizi online è responsabile se, essendo a conoscenza dell'illecito, sia rimasto inerte o se, ignorando l'illecito, non abbia ottemperato all'ordine di rimozione dell'autorità. Tale norma va letta nel senso che in caso di intervento dell'autorità competente il fornitore deve rimuovere subito il contenuto, mentre invece quando la segnalazione arriva da altro soggetto interessato, il fornitore deve preliminarmente compiere una valutazione dell'eventuale liceità o illiceità del contenuto e, solo dopo tale valutazione, decidere se rimuoverlo o meno¹³⁹.

Infine l'art. 17¹⁴⁰ stabilisce al suo primo comma un fondamentale principio generale da applicarsi con riferimento alle attività già descritte negli articoli 14, 15 e 16 e, cioè, sancisce l'assenza dell'obbligo generale del fornitore di servizi online di sorveglianza sulle informazioni trasmesse

¹³⁹ G. Cassano e I.P. Cimino, op. cit., pag. 525: *“Pertanto, riducendo ad unità il sistema creato da tali due norme, bisogna ritenere che su comunicazione delle autorità competenti il provider sarà tenuto ad attivarsi immediatamente per rimuovere le informazioni o disabilitarne l'accesso, onde evitare il protrarsi ingiustificato di conseguenze dannose in capo ai terzi che siano lesi da tali attività illecite; quando, invece, la comunicazione provenga da qualsiasi altro soggetto, il provider dovrà preliminarmente compiere una deliberazione sulla liceità o illiceità delle attività poste in essere e solo all'esito di tale verifica determinarsi, eventualmente, per la rimozione o disabilitazione dell'accesso.”*

¹⁴⁰ D. lgs. 70/2003, Art. 17, (Assenza dell'obbligo generale di sorveglianza): *“1. Nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 14, 15 e 16, il prestatore non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite. 2. Fatte salve le disposizioni di cui agli articoli 14, 15 e 16, il prestatore è comunque tenuto: a) 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; b) 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. 3. Il prestatore è civilmente responsabile del contenuto di tali servizi nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non ha 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.”*

o memorizzate e di ricerca attiva di fatti e circostanze che indichino la presenza in rete di attività illecite.

Il secondo comma dell'art. 17 prevede tuttavia due specifici obblighi a carico dei fornitori di servizi online: l'obbligo di informare l'autorità competente qualora sia a conoscenza di attività illecite messe in atto da un proprio utente e l'obbligo di fornire informazioni utili all'identificazione di un destinatario del servizio implicato in tali attività a richiesta delle autorità competenti.

Il terzo comma dello stesso articolo prevede poi nuovamente la responsabilità del fornitore di servizi online che non abbia ottemperato alle richieste dell'autorità giudiziaria o amministrativa ovvero che, a conoscenza del carattere illecito di un contenuto, non abbia provveduto ad informarne l'autorità.

In conclusione, alla luce delle indicazioni dettate dal d. lgs. 70/2003, si può notare come la responsabilità dei fornitori di servizi online si basi sull'elemento soggettivo della colpa e di come tale normativa si sia fatto carico di elencare le cause di esenzione di tale responsabilità, a seconda dell'attività svolta dal fornitore¹⁴¹.

¹⁴¹ G. Cassano e I.P. Cimino, op. cit., pag. 527: *“La responsabilità del provider [...] è chiaramente fondata sul criterio della colpa. Il legislatore si è fatto carico di tipizzare le regole di condotta alle quali deve uniformarsi nella prestazione dei propri servizi l'internet provider, prevedendo ipso facto la responsabilità di tale operatore telematico ogniqualvolta si riscontri l'inottemperanza ad uno di tali precetti, con lesione di un interesse meritevole di tutela giuridica facente capo ad un terzo.”*

2.4 Le responsabilità dei gestori del web e dei motori di ricerca dopo la direttiva 2000/31/CE e il d. lgs. 70/2003: casi recenti giurisprudenziali nazionali ed esteri.

Il DMCA, come si è visto nel paragrafo ad esso dedicato, ha ispirato il legislatore comunitario e di conseguenza le normative nazionali che hanno recepito tale disciplina, influenzando anche le decisioni dei giudici degli Stati membri in materia di responsabilità dei fornitori di servizi online, specie con riferimento ai c.d. motori di ricerca¹⁴².

Una serie di casi giurisprudenziali recenti, italiani ed esteri, ha evidenziato come la giurisprudenza in merito sia molto diversificata da Paese a Paese, anche a causa di normative nazionali non armonizzate. In particolare, negli ultimi due anni sono state emesse delle sentenze particolarmente interessanti riguardo l'applicazione di queste leggi, che mostrano come dopo un decennio dalla loro emanazione la giurisprudenza in materia sia ancora in costante evoluzione.

A tal proposito è opportuno iniziare dall'analisi della controversia intercorsa tra PFA¹⁴³ e Yahoo¹⁴⁴. Tale disputa è peraltro peculiare in quanto la decisione inizialmente presa è stata ribaltata in soli quattro mesi in sede di reclamo.

Una società di distribuzione cinematografica citava in giudizio un motore di ricerca, in quanto riteneva quest'ultimo responsabile della mancata rimozione di collegamenti ipertestuali a siti che permettevano di

¹⁴² I motori di ricerca sono strumenti che consentono agli utenti di cercare e reperire informazioni in rete. Digitando parole chiave il motore di ricerca conduce al sito o all'informazione desiderata, o propone una serie di risultati pertinenti con il criterio di ricerca impostato dall'utente. Essi svolgono una funzione di fondamentale importanza nel mondo di internet, poiché in presenza di un gran numero di pagine web, senza i motori di ricerca l'accesso ad un sito sarebbe possibile solo conoscendo l'esatto indirizzo telematico.

¹⁴³ PFA Films è una società italiana di produzione e distribuzione di opere cinematografiche.

¹⁴⁴ Yahoo è un fornitore di servizi online, conosciuto principalmente per la sua funzione di motore di ricerca.

usufruire illecitamente di una delle proprie opere cinematografiche di cui deteneva i diritti di utilizzazione economica¹⁴⁵.

Con un'ordinanza¹⁴⁶ emessa in sede cautelare, il tribunale di Roma ingiungeva al motore di ricerca la rimozione dai propri server dell'accesso ai file audiovisivi non autorizzati del film e l'inibitoria della prosecuzione di tali violazioni. La sezione specializzata del Tribunale di Roma ha dunque inizialmente riconosciuto la responsabilità del motore di ricerca, nonostante esso nella fase di selezione e posizionamento delle informazioni non avesse svolto un ruolo attivo e quindi non avesse avuto conoscenza dei contenuti dei siti sorgente ai quali è effettuato il collegamento, né avesse esercitato un controllo preventivo sugli stessi.

Tuttavia, il giudice ha ritenuto che il motore di ricerca, una volta venuto a conoscenza del contenuto illecito di specifici siti, identificati dal c.d. Uniform Resource Locator (URL)¹⁴⁷, era in condizione di esercitare un controllo successivo e di impedirne l'indicizzazione e il collegamento. In altri termini, si sostiene che la norma di esonero da responsabilità, speciale e derogatoria rispetto al principio generale di responsabilità dell'impresa per le proprie attività, rinviene la propria ratio nella generale presunzione di inesigibilità di un controllo del gestore sulle informazioni presenti in rete, per gli eccessivi costi che questo porrebbe a carico dell'impresa e che questa passerebbe al consumatore.

¹⁴⁵ Yahoo era stata messa a conoscenza, da una diffida di PFA, titolare dei diritti di sfruttamento economico sull'opera cinematografica "About Elly", che digitando le parole chiave "About Elly" il motore di ricerca forniva una serie di link a siti che trasmettono in tutto o in parte il film, senza avere la titolarità dei relativi diritti di sfruttamento economico. Tutti i siti non autorizzati ad eccezione di quello ufficiale del film. La società americana, secondo PFA, era quindi in condizione di esercitare un controllo successivo e disabilitare i link che puntavano a tali siti ed era proprio questo che la società di distribuzione cinematografica chiedeva al tribunale di Roma di imporre a Yahoo.

¹⁴⁶ Ordinanza del 20 marzo 2011 della IX Sezione Civile, Sezione specializzata in materia di proprietà industriale ed intellettuale, Tribunale di Roma.

¹⁴⁷ L'Uniform Resource Locator (URL), in telecomunicazioni e informatica, è una sequenza di caratteri che identifica univocamente l'indirizzo di una risorsa in Internet, tipicamente presente su un server rendendola accessibile ad un client che ne fa richiesta attraverso l'utilizzo di un web browser.

Peraltro, essendo stato reso edotto il motore di ricerca dell'illiceità dei contenuti da una previa diffida della società attrice, la mancata attivazione del motore in tal senso lo ha reso responsabile di un concorso nella violazione dei diritti di proprietà intellettuale. Sul presupposto della consapevolezza dell'illecito, il fornitore di servizi online non è coperto dall'esenzione di responsabilità e può quindi essere destinatario di misure di inibitoria, in qualità di intermediario i cui servizi sono utilizzati per la violazione.

Tale pronuncia, accolta con disappunto da alcuni commentatori¹⁴⁸, è stata riformata a seguito del reclamo proposto dal motore di ricerca. Il Tribunale di Roma, solo quattro mesi dopo¹⁴⁹, ha accolto questo reclamo, sostenendo che la società di distribuzione cinematografica si sia limitata a denunciare del tutto genericamente l'immissione in rete dei contenuti da parte di terzi¹⁵⁰, omettendo di individuare i singoli URL dei siti web dai quali era possibile accedere alla visione dell'opera cinematografica e tale mancanza ha, dunque, impedito di verificare l'entità e la sussistenza delle violazioni lamentate¹⁵¹.

¹⁴⁸ Guido Scorza, professore di Diritto dell'informatica presso l'Università La Sapienza di Roma, intervistato da *Il Sole 24 Ore* nell'edizione del 25 marzo 2011, afferma che: *"Nella sostanza si tratta di un'ordinanza aberrante e colpisce che se da un lato si afferma la necessità di eliminare i link pirata dall'indicizzazione, dall'altro non è stato coinvolto nel provvedimento il gestore del sito pirata, sia per eventualmente sanzionarlo, sia per dargli la possibilità di difendersi. Perché il fatto che fossero siti illeciti è stato ritenuto un dato di fatto, ma non è stato accertato."*

¹⁴⁹ Ordinanza del 11 luglio 2011 della IX Sezione Civile, Sezione specializzata in materia di proprietà industriale ed intellettuale, Tribunale di Roma.

¹⁵⁰ Ivi, pag. 11: *"in definitiva non è stata fornita alcuna prova della presenza dei contenuti ritenuti illeciti e della corrispondenza degli stessi alla riproduzione di parti significative di programmi sui quali insistono i diritti dell'attrice."*

¹⁵¹ B. Terracciano, *op. cit.*, pag. 10: *"L'Ordinanza in esame pare essere atta a segnare un nuovo corso della giurisprudenza in materia e sembra dare soluzione alle difficoltà che incontra la tutela del diritto d'autore nelle reti di comunicazione elettronica sin qui esposte affermando principi quali: l'enforcement dei diritti d'autore in Rete non legittima deroghe ai principi generali in materia di onere della prova; nel nostro Ordinamento non vi sono forme di responsabilità oggettiva degli Internet Service Provider; chiunque chieda a un ISP la rimozione o l'inibitoria alla diffusione di un contenuto deve individuarlo in modo puntuale con l'URL che lo contraddistingue e fornire la prova della circostanza che la singola diffusione al pubblico del singolo contenuto non è autorizzata e raffigura una violazione dei propri diritti d'autore."*

Per dimostrare ulteriormente come questa materia sia oggetto di diverse e mutevoli interpretazioni, si esamineranno due casi apparentemente simili, ma con esiti diversi. Sebbene la prima decisione sia statunitense e la seconda italiana, e quindi i giudici sono stati chiamati ad applicare legislazioni differenti, bisogna notare che, come si è esposto nei precedenti paragrafi, la disciplina normativa dei due Paesi in materia è analoga, laddove prevede l'attivazione del fornitore di servizi online per la rimozione dei contenuti illeciti ai fini dell'esenzione di responsabilità.

I convenuti in entrambi i casi sono stati YouTube¹⁵² e i gestori della controllante Google, che sono stati chiamati in causa negli Stati Uniti da uno tra i più grandi creatori e distributori al mondo di programmi televisivi, film ed altre forme di intrattenimento (Viacom¹⁵³) e in Italia da un creatore e distributore nazionale di programmi televisivi (RTI¹⁵⁴).

Nel caso statunitense “Viacom v. Youtube” sono le stesse società convenute (YouTube e Google) a chiedere che venga accertato che esse sono protette dal “safe harbor” previsto dal Digital Millennium Copyright Act (DMCA)¹⁵⁵, nei confronti di tutte le domande per violazione diretta ed indiretta del diritto d'autore, comprese le richieste relative all'induzione alla violazione, in quanto non avevano conoscenza di tali violazioni.

Viacom al contrario sostiene che le convenute non sono protette dalla previsione legislativa del “safe harbor”, bensì sono responsabili per la violazione intenzionale dei diritti d'autore di migliaia di opere di cui Viacom è titolare, in quanto avevano una conoscenza effettiva ed erano consapevoli di fatti e circostanze dalle quali l'attività di violazione risultava

¹⁵² YouTube è la più grande piattaforma online di hosting di file audiovisivi ed è il terzo sito più visitato al mondo, dopo Google e Facebook. YouTube, di proprietà di Google, permette ai suoi utenti di visualizzare in streaming video caricati da altri utenti o da società di intrattenimento.

¹⁵³ Viacom (abbreviazione di “Video & Audio Communications”) è un conglomerato statunitense di media in cui rientrano rilevanti società dello spettacolo, quali i produttori di opere cinematografiche Paramount Pictures e CBS Films e i canali televisivi CBS, MTV e Nickelodeon.

¹⁵⁴ Reti Televisive Italiane (R.T.I.) è una società posseduta al 100% da Mediaset. Tra quelle del Gruppo Mediaset, è la società licenziataria delle concessioni televisive ed ha sede a Cologno Monzese.

¹⁵⁵ Paragrafo 512 (c), del capitolo 17 dello United States Code.

evidente. La parte attrice fa rilevare inoltre la mancanza di un'azione tempestiva di rimozione dei contenuti illeciti da parte di YouTube, nonostante questa avesse i mezzi idonei per interrompere tale violazione, nonché il beneficio finanziario ottenuto da quest'ultima.

Le argomentazioni difensive di YouTube si basano principalmente sulla clausola generale di fair use¹⁵⁶ e sulle già richiamate “safe harbor provisions” contenute nel DMCA.

La sentenza della corte statunitense¹⁵⁷ non fa nessun riferimento al profilo del “fair use”, mentre riconosce a YouTube e a Google ai sensi del paragrafo 512 del DMCA¹⁵⁸, il beneficio della protezione di cui al suddetto paragrafo contro tutte le accuse di violazione diretta e indiretta del diritto d'autore.

Come precedentemente accennato, la controversia appena esposta ha punti in comune con un recente caso italiano che ha visto contrapposte dinanzi al Tribunale di Roma RTI da un lato e YouTube e controllanti dall'altro¹⁵⁹. In particolare RTI citava in giudizio il sito di hosting americano chiedendo che fosse condannato al risarcimento dei danni derivanti dall'illecita diffusione in rete di spezzoni tratti dal reality show “Grande Fratello”, di cui RTI detiene tuttora il diritto esclusivo di

¹⁵⁶ La clausola di “fair use” è una significativa limitazione ai diritti d'esclusiva dei titolari di diritto d'autore prevista nella section 107 dello US Copyright Act del 1976. In particolare il “fair use” di un'opera protetta dal diritto d'autore deve essere verificato in base a quattro fattori, tenendo presente che un solo fattore non è da solo sufficiente per ammetterla o escluderla a priori: a) l'oggetto e la natura dell'uso, in particolare se ha natura commerciale oppure didattica e senza scopo di lucro; b) la natura dell'opera protetta; c) la quantità e l'importanza della parte utilizzata in rapporto all'insieme dell'opera protetta; d) le conseguenze di questo uso sul mercato potenziale o sul valore dell'opera protetta.

¹⁵⁷ United States District Court, Southern District of New York, 23 giugno 2010.

¹⁵⁸ Secondo quanto stabilito dal Digital Millennium Copyright Act, 17 U.S.C. § 512(c), un internet service provider che offra un servizio di caricamento e visualizzazione di video non è responsabile in via indiretta per le violazioni del diritto d'autore commesse dagli utenti del medesimo servizio quando non sia a conoscenza dell'esistenza di specifici casi di violazione.

¹⁵⁹ Per un ulteriore confronto comparativo risulta rilevante anche il caso spagnolo fra Telecinco e YouTube, in cui il 23 settembre 2010 il giudice di Madrid ha deciso in favore di YouTube, affermando che quest'ultimo non ha alcuna responsabilità nelle violazioni al diritto d'autore lamentate da Telecinco, in quanto mette a disposizione degli editori una serie di strumenti adeguati per impedire che tali violazioni avvengano.

utilizzazione e sfruttamento economico. Inoltre RTI mirava ad ottenere un ordine di rimozione dei video tratti dalla decima edizione del programma caricati senza la sua autorizzazione su YouTube.

Proprio come accaduto nella controversia statunitense, anche in questo caso YouTube era chiamata a rispondere di illeciti che essa stessa non aveva direttamente commesso, ma che secondo RTI aveva contribuito a commettere tramite la propria condotta omissiva, da cui sarebbe discesa la mancanza della diligenza richiesta nell'esercizio della sua attività professionale¹⁶⁰.

YouTube difendeva la propria condotta facendo rilevare che, in quanto mero hosting provider, non poteva essere considerata responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, né poteva essere assoggettata ad un obbligo generale di sorveglianza delle informazioni trasmesse o di ricerca di fatti e circostanze che indicassero l'esistenza di attività illegittime. Inoltre, l'ordine eventualmente emesso dal giudice sarebbe stato, a parere di YouTube, tecnicamente ineseguibile, e avrebbe comportato la totale paralisi dell'attività del sito.

Nell'ordinanza del 16 dicembre 2009 il Tribunale di Roma ha ritenuto i due provider responsabili delle violazioni dei diritti di RTI in quanto, pur consapevoli della presenza di materiale sospetto, si sono astenuti dall'accertarne l'illiceità e dal rimuoverlo.

Nella successiva ordinanza, in sede di reclamo, del 15 febbraio 2010, il giudice romano ha poi precisato che in capo al fornitore di servizi online vi era conoscenza dell'illiceità del materiale caricato e diffuso, in considerazione delle ripetute diffide ricevute da RTI, e che quindi non si voleva obbligare il fornitore di servizi online a porre in essere un'attività preventiva di sorveglianza, ma la semplice rimozione di quei contenuti della cui illiceità era consapevole. In particolare veniva anche negata la necessità di uno specifico intervento del giudice per dichiararne l'illiceità, come invece avrebbe voluto la parte convenuta¹⁶¹.

¹⁶⁰ Vedi nota 111.

¹⁶¹ Ordinanza del 15 febbraio 2010 della IX Sezione Civile, Sezione specializzata in materia di proprietà industriale ed intellettuale, Tribunale di Roma: *“Non si tratta*

Protagonista di queste costanti evoluzioni giurisprudenziali è stata anche la Corte di Giustizia UE con due ravvicinate pronunce sui temi della responsabilità del fornitore di servizi online e della predisposizione di sistemi di controllo preventivi.

La Corte ha affrontato questi argomenti dapprima in una controversia avente ad oggetto un caso di contraffazione su Internet¹⁶².

La multinazionale dei cosmetici, titolare di diversi marchi registrati di rinomanza mondiale, ha chiamato in causa il gestore di un popolare e sofisticato mercato elettronico su internet, nel quale vengono pubblicate liste di prodotti offerti in vendita dagli utenti del mercato stesso. La multinazionale aveva agito in giudizio essenzialmente al fine di impedire la prosecuzione delle attività che la parte attrice considerava lesive dei propri diritti di marchio, riferendosi in particolare all'offerta di vendita da parte di alcuni utenti nel Regno Unito di prodotti contraffatti, non destinati alla vendita nello spazio economico europeo e privi delle confezioni, o comunque disimballati¹⁶³.

Inoltre, l'attrice, la quale aveva notificato al fornitore di servizi le attività che considerava lesive dei propri diritti di marchio, lamentava l'inadeguatezza delle misure predisposte dal convenuto per impedire la vendita di prodotti contraffatti sul proprio mercato online.

quindi di pretendere dal provider un'attività preventiva di controllo e di accertamento di ciascun singolo frammento caricato dagli utenti ma di rimuovere materiale illecitamente trasmesso, dopo aver avuto conoscenza dall'avente diritto a mezzo di diffide della sua presenza in rete con conseguente denunciata lesione di diritti esclusivi, e ciò senza dover attendere apposito ordine, come pretenderebbe di fare la reclamata YouTube, da parte dell'autorità giudiziaria."

¹⁶² Il 12 luglio 2011 la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CG) ha pronunciato la sentenza nel caso C-324/09, originato dal procedimento dinanzi la High Court of Justice of England and Wales, Chancery Division (High Court) e che vedeva come attore L'Oreal e come convenuto eBay.

¹⁶³ Le norme comunitarie permettono al titolare di un marchio di opporsi alla rivendita di prodotti senza le confezioni originali se ciò comporta che i prodotti vengono venduti privi di informazioni essenziali (quali l'identità del produttore) o se l'eliminazione delle confezioni nuoce all'immagine del prodotto e, conseguentemente, alla reputazione del marchio. L'Oreal affermava altresì che eBay aveva violato i suoi diritti di proprietà intellettuale utilizzando marchi L'Oreal impropriamente, nonché acquistando termini uguali a tali marchi come parole chiave per ottenere collegamenti sponsorizzati su motori di ricerca al fine di attrarre clientela verso eBay.

Nella domanda di pronuncia pregiudiziale la High Court aveva sottoposto dieci questioni alla Corte di Giustizia, chiedendo l'interpretazione di norme appartenenti a diverse direttive europee, fra le quali la n. 2000/31 sul commercio elettronico e la n. 2004/48 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, oltre alla n. 89/104 sui marchi, nonché al Regolamento n. 40/94 sul marchio comunitario¹⁶⁴.

La Corte di Giustizia, rispondendo ai quesiti in merito all'esonero di responsabilità del fornitore di servizi online, afferma che questo non è applicabile in due fattispecie. La prima si configura nel caso in cui il fornitore di servizi online, anziché limitarsi ad una fornitura neutra di un servizio mediante un trattamento puramente tecnico e automatico dei dati forniti dai suoi clienti, svolge un ruolo attivo, prestando un'assistenza consistente, in particolare nell'ottimizzare la presentazione delle offerte in vendita e nel promuovere tali offerte. L'altra si realizza quando il fornitore di servizi online si sia limitato alla fornitura neutra di un servizio, ma sia stato al corrente di fatti o di circostanze che rendevano manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione senza intervenire.

Nel caso specifico, quindi, la sentenza stabilisce che il fornitore di servizi non può fruire dell'esonero da responsabilità di cui sopra essendo al corrente di fatti o di circostanze in base ai quali un soggetto diligente avrebbe dovuto constatare l'illiceità e agire immediatamente, in conformità

¹⁶⁴ A parere della Corte di Giustizia, il titolare di un marchio registrato può opporsi all'uso di una parola chiave corrispondente al marchio laddove il messaggio pubblicitario collegato alla parola chiave non consente all'utente normalmente informato e ragionevolmente attento di sapere se i prodotti o servizi pubblicizzati provengano dal titolare del marchio o da un'impresa economicamente collegata a quest'ultimo oppure, al contrario, da un terzo. La stessa afferma che le norme della Direttiva n. 89/104 e del Regolamento No. 40/94 si applicano non appena risulti che l'offerta in vendita di un prodotto recante un marchio che si trova in uno stato terzo è rivolta ai consumatori del territorio dell'Unione Europea per il quale il marchio è stato registrato. Tuttavia il semplice fatto che un sito sia tecnicamente accessibile dal territorio per il quale il marchio è registrato non è sufficiente per concludere che l'offerta di vendita sia destinata a consumatori che si trovano in tale territorio. La Corte di Giustizia sottolinea che è compito dei giudici nazionali dei paesi membri dell'Unione Europea valutare caso per caso se un'offerta in vendita che compare in un mercato online sia destinata a consumatori che si trovano in un certo territorio dell'Unione Europea.

con l'art. 14 della Direttiva 2000/31, per rimuovere le informazioni o disabilitarne l'accesso.

La sentenza afferma inoltre che nel caso in cui sia notificata un'attività illecita al fornitore di servizi online, a prescindere dalla precisione e dalla capacità probatoria di tale notifica, questa vale in ogni caso, per il giudice nazionale, come elemento per valutare l'effettività della conoscenza dell'illecito da parte del fornitore, applicando il criterio della diligenza che ci si aspetta ragionevolmente da tale operatore economico¹⁶⁵.

Da ultimo, la sentenza chiarisce che se il gestore del mercato online non agisce di propria iniziativa per sospendere l'utente che viola i diritti di proprietà intellettuale, in modo da impedire violazioni ulteriori, i tribunali nazionali possono ingiungere al fornitore di servizi di adottare provvedimenti che contribuiscano non solo a far cessare le violazioni di tali diritti ad opera degli utenti, ma anche a prevenire nuove violazioni della stessa natura, specificando tuttavia che tali ingiunzioni devono essere effettive, proporzionate, dissuasive e non devono creare ostacoli al commercio legittimo. Quest'ultimo punto della sentenza sembrerebbe quindi aprire alla possibilità di utilizzo di sistemi di controllo di tipo preventivo, quali, ad esempio, i sistemi di filtraggio.

In una diversa direzione è andata la sentenza emanata il 24 novembre 2011 dalla terza sezione della Corte di Giustizia Europea, scaturita dalla controversia sorta tra la Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs (SABAM)¹⁶⁶ e la Scarlet Extended SA¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Corte di Giustizia UE, Sentenza C-324/09: *“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 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”*.

¹⁶⁶ La SABAM è l'associazione degli autori, compositori ed editori belgi; è molto simile alla nostra SIAE, ha sede a Bruxelles ed è stata fondata nel 1922.

¹⁶⁷ La Scarlet è un fornitore di accesso ad Internet con sede in Belgio e nei Paesi Bassi.

Nel 2004 la SABAM, dopo essersi accorta che alcuni utenti si avvalevano dei servizi della Scarlet per scaricare illecitamente tramite sistemi “peer to peer” opere contenute nel proprio catalogo, si è rivolta al Tribunal de première instance de Bruxelles per ottenere che venisse riconosciuta la violazione dei propri diritti d’autore e che la Scarlet fosse condannata a bloccare tali violazioni, rendendo impossibile agli utenti qualsiasi forma di invio o di ricezione di file contenenti opere protette, mediante la predisposizione di un sistema di filtraggio preventivo, a pena di ammenda. Il Tribunale di primo grado, dopo aver ottenuto il parere del perito designato che affermava che, nonostante la presenza di numerosi ostacoli tecnici, non si poteva escludere completamente che il filtraggio ed il blocco degli scambi illeciti di file fosse realizzabile, condannava la Scarlet a predisporre tali sistemi di controllo preventivo, sostenendo che, nella sua qualità di fornitore di accesso ad Internet, tale società fosse nella situazione ideale per adottare tali misure.

La Scarlet proponeva appello contro tale ingiunzione dinanzi alla Cour d’appel de Bruxelles, contestando l’efficacia dei dispositivi di blocco o di filtraggio, la cui utilità era ostacolata da diversi fattori pratici, tra cui problemi di capacità della rete e di impatto sulla stessa¹⁶⁸. Soprattutto veniva contestata la conformità di tale ingiunzione all’art. 15 della direttiva 2000/31¹⁶⁹, in quanto imponeva sostanzialmente un obbligo generale di sorveglianza su tutte le comunicazioni che circolano sulla sua rete.

¹⁶⁸ Corte di Giustizia UE, sentenza del 24 novembre 2011, causa C-70/10: *“La Scarlet interponeva appello contro tale sentenza dinanzi al giudice del rinvio, affermando, anzitutto, che le risultava impossibile ottemperare a tale ingiunzione poiché l’efficacia e la durata nel tempo dei dispositivi di blocco o di filtraggio non erano dimostrate e l’attuazione di tali dispositivi era ostacolata da diversi fattori pratici, quali problemi di capacità della rete e di impatto sulla stessa”*.

¹⁶⁹ Direttiva 2000/31/CE, art. 15: *“Assenza dell’obbligo generale di sorveglianza 1. Nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 12, 13 e 14, gli Stati membri non impongono ai prestatori un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite. 2. Gli Stati membri possono stabilire che i prestatori di servizi della società dell’informazione siano tenuti ad informare senza indugio la pubblica autorità competente di presunte attività o informazioni illecite dei destinatari dei loro servizi o a comunicare alle autorità*

La Cour d'appel de Bruxelles ha deciso a questo punto di sospendere il processo e fare un rinvio pregiudiziale¹⁷⁰ alla Corte di Giustizia UE, per verificare se la normativa europea consenta ai giudici nazionali di imporre a un fornitore di servizi online la predisposizione in modo generalizzato e preventivo di un sistema di filtraggio delle comunicazioni sulla propria rete allo scopo di identificare i download illegali di opere protette dal diritto d'autore.

La Corte di Giustizia UE ha stabilito che tale sistema di filtraggio presupporrebbe: a) che il fornitore di servizi online identifichi fra tutte le comunicazioni elettroniche dei suoi clienti quelle che fanno parte del traffico peer to peer; b) che lo stesso identifichi all'interno di tale traffico quali file contengano opere dell'ingegno protette dal diritto d'autore; c) che determini anche quale tra questi file contenuti opere protette sono scambiati illecitamente; d) che proceda conseguentemente al blocco degli scambi di file così qualificati come illeciti.

Tale filtraggio preventivo, così descritto, obbligherebbe dunque il fornitore di servizi online a mettere in atto una vigilanza attiva e costante su tutti i dati di ciascuno dei suoi clienti per prevenire qualsiasi eventuale violazione dei diritti di proprietà intellettuale. In altri termini, tale ingiunzione imporrebbe al fornitore una sorveglianza generalizzata, la quale, come esaminato in precedenza, è esplicitamente vietata dal già citato art. 15 della direttiva 2000/31.

La Corte aggiunge che applicando questo sistema si rischierebbe anche di ledere la libertà di informazione degli utenti, poiché tale filtraggio potrebbe non essere in grado di distinguere adeguatamente tra un contenuto illecito ed uno lecito. Inoltre, la raccolta e l'identificazione degli indirizzi

competenti, a loro richiesta, informazioni che consentano l'identificazione dei destinatari dei loro servizi con cui hanno accordi di memorizzazione dei dati.”.

¹⁷⁰ Questa consente ai giudici degli Stati membri, nell'ambito di una controversia della quale sono investiti, di interpellare la Corte di Giustizia UE in merito all'interpretazione del diritto dell'UE o alla validità di un suo atto. La Corte non risolve la controversia nazionale, ma tramite una sentenza giuridicamente vincolante, fornisce l'interpretazione ufficiale della questione, vincolante per tutti gli Stati membri; spetta poi al giudice nazionale risolvere la causa conformemente alla decisione della Corte. Tale decisione vincola egualmente gli altri giudici nazionali ai quali venga sottoposto un problema simile.

IP degli utenti che effettuano l'invio dei contenuti illeciti sulla rete presenta alcune criticità sotto il profilo della normativa europea sul trattamento dei dati personali. Infatti, sia la libertà di informazione¹⁷¹ che la protezione dei dati personali¹⁷² sono diritti tutelati dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

La Corte è pertanto dell'avviso che il diritto comunitario vieta che sia rivolta ad un fornitore di servizi online un'ingiunzione di predisporre un sistema di filtraggio preventivo di così ampia portata sui contenuti scambiati in rete, in quanto tale ingiunzione non rispetterebbe l'obbligo di garantire un giusto bilanciamento tra il diritto di proprietà intellettuale e la libertà di impresa, il diritto alla protezione dei dati personali e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni.¹⁷³ In questa sentenza quindi, a differenza della precedente, la Corte sembrerebbe esprimersi contro l'implementazione di sistemi di filtraggio preventivi.

Non sono mancate in Italia le reazioni a questa decisione sia da parte dei titolari del diritto d'autore che dei fornitori di servizi online. Confindustria Cultura Italia¹⁷⁴ ha affermato che la sentenza non contrasta con la sua linea in quanto non ha mai chiesto di imporre filtri preventivi,

¹⁷¹ Carta dei diritti fondamentali dell'UE, art. 11: *“Libertà di espressione e d'informazione 1. Ogni individuo ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. 2. La libertà dei media e il loro pluralismo sono rispettati.”*

¹⁷² Carta dei diritti fondamentali dell'UE, art. 8: *“Protezione dei dati di carattere personale 1. Ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano. 2. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni individuo ha il diritto di accedere ai dati raccolti che lo riguardano e di ottenerne la rettifica. 3. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente.”*

¹⁷³ Corte di Giustizia UE, sentenza del 24 novembre 2011, causa C-70/10: *“Pertanto, occorre dichiarare che, adottando l'ingiunzione che costringe il FAI a predisporre il sistema di filtraggio controverso, il giudice nazionale in questione non rispetterebbe l'obbligo di garantire un giusto equilibrio tra, da un lato, il diritto di proprietà intellettuale e, dall'altro, la libertà di impresa, il diritto alla tutela dei dati personali e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni.”*

¹⁷⁴ Confindustria Cultura Italia è la Federazione Italiana dell'Industria della Cultura e vi aderiscono le associazioni appartenenti al settore editoriale e stampa, musica, produzione televisiva, cinema e spettacolo e videogiochi.

ma solo che, una volta accertati gli illeciti, questi siano tempestivamente interrotti, anche attraverso la misura dell'inibizione dell'accesso ai siti colpevoli di gravi e ripetute violazioni¹⁷⁵. D'altra parte, Confindustria digitale¹⁷⁶ ha commentato che la Corte, dichiarando l'inapplicabilità di filtri preventivi, incentiva a combattere le violazioni del diritto d'autore in rete attraverso misure strutturali di promozione del mercato di accesso legale ai contenuti online, confermando che i fornitori di servizi online non possono essere gli "sceriffi della rete"¹⁷⁷.

Quest'ultima sentenza della Corte di Giustizia UE ha avuto immediati riflessi anche giurisprudenziali; infatti, solo venti giorni dopo la decisione comunitaria, il tribunale di Roma ne ha fatto esplicito riferimento per dirimere una controversia sorta tra RTI e Google.

In particolare, il portale telematico Calciolink, ospitato sulla piattaforma Blogger.com di proprietà di Google, effettuava lo streaming di partite di calcio del campionato italiano di serie A trasmesse da Mediaset. RTI chiedeva pertanto a Google di rimuovere i contenuti che violavano i suoi diritti e, in assenza di risposta, la citava in giudizio anche per ingiungere a Google di impedire per il futuro la pubblicazione da parte dei propri utenti di contenuti illeciti.

Google si difendeva affermando che si era tempestivamente attivata per impedire l'accesso degli utenti a tali contenuti, giungendo anche a rimuovere l'intero portale telematico Calciolink per violazione dei

¹⁷⁵ Comunicato Stampa di Confindustria Cultura Italia del 24/11/2011: *“Nessuno vuole imporre obblighi di sorveglianza e filtraggi preventivi della rete Internet, men che meno l'industria dei contenuti. Chiediamo tuttavia con forza che, ove riscontrate violazioni gravi e sistematiche del diritto d'autore, le Autorità competenti, e quindi anche l'AGCOM, possano intervenire tempestivamente per porre fine alle violazioni. Il cosiddetto website blocking è una misura non invasiva delle libertà, e tale da assicurare un livello di garanzie, anche procedurali, sufficienti per i soggetti coinvolti.”*

¹⁷⁶ Confindustria Digitale è la federazione di rappresentanza industriale delle imprese dell'economia digitale e annovera tra i suoi soci fondatori le associazioni nazionali di fornitori di servizi online.

¹⁷⁷ Comunicato Stampa di Confindustria Digitale del 24/11/2011: *“Una sentenza intelligente che, indicando l'incompatibilità con il diritto comunitario dei filtri su Internet, incentiva a contrastare la pirateria attraverso una politica di reale promozione del mercato legale dei contenuti on line [...]; gli Internet Service Providers non possono essere gli “sceriffi della rete”.*

termini contrattuali. Sosteneva inoltre che non potesse essergli imposto l'obbligo di vigilanza generale, né la prevenzione di future violazioni da parte dei propri utenti.

Il 13 dicembre 2011 il Tribunale di Roma ha rigettato le richieste di RTI, in particolare la richiesta di inibitoria finalizzata ad impedire la futura diffusione di contenuti non ancora presenti in rete.

Il giudice, riprendendo la sentenza della Corte di Giustizia sul caso SABAM v. Scarlet, ha affermato che è necessario un corretto bilanciamento dei diritti in questione e che un sistema di filtraggio preventivo sarebbe in pieno contrasto con la normativa comunitaria; inoltre anche un controllo in tempo reale sarebbe inattuabile a causa della sua complessità tecnica e dell'eccessiva onerosità a carico del fornitore di servizi online. A prescindere da quanto detto, poi tale tipo di monitoraggio andrebbe a ledere il diritto di manifestare e comunicare il proprio pensiero, tenendo conto che non è possibile "censurare" contenuti futuri¹⁷⁸.

Tale sentenza è stata ovviamente accolta da Google come la conferma che i fornitori di servizi online non hanno l'obbligo di monitorare in via generale i contenuti caricati dagli utenti, né quello di prevenire violazioni future tramite sistemi di filtraggio¹⁷⁹, mentre alcuni esperti del settore hanno fatto notare come questa sia doverosamente conforme alla

¹⁷⁸ Causa Civile 40724/2011, Tribunale di Roma, Sezione IX, 13 dicembre 2011: *"Il diritto d'autore deve essere armonizzato ed attuato nel bilanciamento dei contrapposti interessi coinvolti: tutela della proprietà intellettuale, tutela della libera circolazione dei servizi, tutela della libertà di informazione [...] il controllo preventivo non pare condotta esigibile dall'hosting, dal momento che il giudice italiano non può porre uno specifico obbligo di sorveglianza in violazione del chiaro dettato comunitario [...] il fornitore del servizio non può essere assoggettato all'onere di procedere ad una verifica in tempo reale del materiale immesso dagli utenti, onere non esigibile in ragione della complessità tecnica di siffatto controllo e del costo [...] anche ove tale controllo divenisse attuabile con costi contenuti e con meccanismo automatici, configgerebbe con forme di libera manifestazione e comunicazione del pensiero e l'inibitoria deve avere quale oggetto contenuti esistenti e presenti sulla rete e non contenuti futuri."*

¹⁷⁹ Comunicato Stampa Google, 15 dicembre 2011: *"Il tribunale di Roma ha emesso un'importante decisione sulla limitazione della responsabilità degli Internet Provider al diritto d'autore e all'hosting di video. Ha affermato che le piattaforme web non hanno l'obbligo di monitorare i contenuti caricati dagli utenti alla ricerca di violazioni del diritto d'autore, né di prevenire future violazioni da parte degli utenti"*.

recente pronuncia della Corte di Giustizia UE che si è esaminata in precedenza¹⁸⁰.

¹⁸⁰ G. Scorza, *Scontro Mediaset/Google. Vince la libertà di manifestazione del pensiero* in *LeggiOggi.it*, 15 dicembre 2011: “*La decisione del Tribunale di Roma che si pone nel solco delle più recenti prese di posizione delle istituzioni dell’Unione Europea e, soprattutto, della Corte di Giustizia UE.*”.

CAPITOLO III - LA TUTELA DEL DIRITTO D'AUTORE SULLE RETI DI COMUNICAZIONE ELETTRONICA: I SISTEMI DI NOTICE AND TAKEDOWN TRA ESPERIMENTI NORMATIVI, DIFFICOLTÁ APPLICATIVE E TENDENZE EVOLUTIVE

3.1 La tutela del diritto d'autore su internet e l'esperienza internazionale.

Come si può evincere dall'analisi svolta nei capitoli precedenti, la materia della tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica è regolata nel tempo da normative internazionali e comunitarie, che hanno definito il quadro comune delle misure dirette a contrastare il fenomeno degli illeciti online. A fronte dell'insieme di regole previsto dai trattati WIPO e dalla normativa comunitaria, rimane un margine di discrezionalità riconosciuto ai legislatori nazionali riguardo l'adozione di sistemi normativi, amministrativi e giurisdizionali adeguati alla finalità di assicurare un efficace enforcement delle opere protette, assicurando il bilanciamento con i diritti fondamentali alla riservatezza delle comunicazioni e all'accesso ad Internet.

La varietà di sistemi sanzionatori riscontrabile nei diversi ordinamenti aveva trovato per la prima volta un elemento di uniformità nell'accordo TRIPS¹⁸¹, allegato al trattato istitutivo della WTO¹⁸², in base

¹⁸¹ L'Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (c.d. Accordo TRIPs) fu firmato a Marrakesh il 15 aprile 1994 ed entrò in vigore il 1° gennaio 1995, in contemporanea con l'Accordo istitutivo della Organizzazione mondiale del Commercio, ai cui Membri si applica anche l'accordo citato. I motivi che hanno portato all'approvazione di questo accordo vanno ricercati nell'avvento di nuove tecnologie, in particolar modo informatiche, e nelle distorsioni nel commercio internazionale provocate dalla crescita del fenomeno della c.d. "pirateria". Questi due fenomeni, e più ancora le loro ricadute economiche, hanno portato i detentori dei diritti di proprietà

al quale le violazioni del diritto d'autore, finalizzate alla commercializzazione di opere protette illecitamente acquisite, devono essere perseguite attraverso adeguate misure repressive, di stampo sia pecuniario che detentivo.

A livello internazionale anche l'OCSE¹⁸³ si è interessata alla questione, ritenendo che, nell'ambito delle misure necessarie a favorire lo sviluppo economico, rivesta un ruolo significativo anche la tutela adeguata chiara e uniforme del diritto d'autore. A tal proposito, in un rapporto del 2007¹⁸⁴, l'OCSE riscontra un generale inasprimento dei sistemi sanzionatori volti a colpire la pirateria online, rilevando tuttavia anche l'esistenza di oggettive difficoltà di esecuzione dei rimedi previsti per contrastare il fenomeno¹⁸⁵. Da questo punto di vista viene citata la direttiva 29 del 2001 nella misura in cui richiede che gli Stati membri assicurino ai

intellettuale, lungo gli anni '70 ed '80, a far pressione sui Governi occidentali, perché intervenissero più drasticamente nel riaffermare la legittimità di tali diritti e limitare quanto più possibile gli effetti negativi di una loro violazione. Sebbene a livello internazionale esistessero già dei trattati che disciplinavano la materia, mancavano in essi quelle norme adeguate a tutelare le nuove tipologie di diritti scaturiti dai nuovi ritrovati tecnologici.

¹⁸² La World Trade Organization (WTO) è l'organizzazione mondiale del commercio, ha sede a Ginevra, in Svizzera, e conta 153 Stati membri. Le due funzioni principali della WTO sono quella di discutere e approvare trattati commerciali internazionali e quella di risolvere le dispute commerciali sorte tra Stati membri.

¹⁸³ L'OCSE (Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico) è un'organizzazione internazionale di studi economici. L'organizzazione svolge prevalentemente un ruolo di assemblea consultiva che consente un'occasione di confronto delle esperienze politiche per la risoluzione dei problemi comuni, lo sviluppo di pratiche commerciali ed il coordinamento delle politiche locali ed internazionali dei Paesi membri. L'OCSE conta 34 paesi membri e ha sede a Parigi.

¹⁸⁴ OCSE, *The Economic Impact of Counterfeiting and Piracy*, 2007.

¹⁸⁵ OCSE, *The Economic Impact of Counterfeiting and Piracy*, 2007, pag. 25: *“Both governments and industry have been actively engaged in expanding efforts to combat counterfeiting and piracy in international and national contexts. While the efforts have had positive results, counterfeiting and piracy levels remain high. Governments have strengthened legal frameworks, enforcement efforts and have launched awareness-raising initiatives. Improved enforcement appears essential to reduce illegal activities further and well-publicised enforcement actions have a role in reversing the trend. Improving the situation may also require governments to strengthen their legal regimes yet further, possibly increasing the civil and criminal sanctions that apply to IP crime. Actions may also be needed to keep the Internet from becoming a more prominent distribution channel for infringing items. Multilaterally, ways to strengthen the existing framework and practices to combat counterfeiting and piracy could be explored.”*

titolari dei diritti la possibilità di ottenere un provvedimento inibitorio nei confronti degli intermediari, i cui servizi siano stati utilizzati da terzi per violare tali diritti¹⁸⁶.

In tutti i Paesi del mondo le piattaforme gestite dai fornitori di servizi online vengono utilizzate spesso come strumenti per commettere le violazioni del diritto d'autore e, per tale motivo, questi soggetti vengono individuati come coloro maggiormente idonei a porre in essere dei sistemi in grado di mettere fine alle attività illecite. E' la stessa normativa comunitaria¹⁸⁷ che, pur escludendo in via generale un obbligo di sorveglianza a carico dei fornitori, lascia comunque impregiudicata la facoltà degli Stati membri di adottare normative nazionali che attribuiscono all'autorità giudiziaria o amministrativa il potere di esigere, attraverso un provvedimento inibitorio, che il fornitore di servizi online ponga fine ad una violazione, nonché di definire procedure per la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime.

Nell'analisi svolta nei prossimi paragrafi si cercherà di dare una breve panoramica generale di come i maggiori Paesi occidentali abbiano normativamente interpretato l'esigenza di adottare normative efficaci a tutela dei diritti di proprietà intellettuale online ed i nuovi scenari che si sono venuti a creare.

3.1.1 Gli Stati Uniti d'America

Il diritto d'autore è tutelato online negli Stati Uniti d'America¹⁸⁸ dal DMCA del 1998. Tale normativa, attraverso il sistema del notice and take down, ha adottato una soluzione che ha eliminato all'origine la possibilità per il fornitore di servizi di incorrere in forme di responsabilità

¹⁸⁶ Direttiva 2001/29/CE, art. 8 comma 3 "Gli Stati membri si assicurano che i titolari dei diritti possano chiedere un provvedimento inibitorio nei confronti degli intermediari i cui servizi siano utilizzati da terzi per violare un diritto d'autore o diritti connessi."

¹⁸⁷ Direttiva 2000/31/CE, artt. 12, 13 e 14

¹⁸⁸ Cfr. paragrafo 2.2.1.

in caso di violazioni del diritto d'autore compiute da terzi attraverso i servizi da essi offerti.

La procedura di notice and take down nasce infatti come la prima risposta normativa (e autoregolamentare) alle violazioni del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica ed è stata fonte di ispirazione per le normative europee in materia di contrasto alla pirateria online.

L'atto col quale è stata introdotta la procedura di notice and take down in America è l'Online Copyright Infringement Liability Limitation Act, approvato all'interno del richiamato Digital Millennium Copyright Act nel 1998¹⁸⁹.

La norma prevede tre requisiti che il fornitore di servizi deve soddisfare simultaneamente per poter usufruire dell'esenzione di responsabilità offerta dal DMCA.

Il primo di questi requisiti si suddivide in tre *steps*: il fornitore di servizi online non deve avere conoscenza effettiva della violazione che sta avvenendo sulla sua rete; in assenza di tale conoscenza effettiva non deve essersi nemmeno accorto della sussistenza di quegli elementi di fatto che lo dovrebbero rendere edotto circa l'esistenza dell'illecito; se eventualmente venisse, in qualunque modo, a conoscenza della violazione o si accorgesse degli elementi di fatto, deve attivarsi tempestivamente per rimuovere il materiale protetto o per disabilitare l'accesso al contenuto illecito.

Il secondo requisito prevede che il fornitore non debba ricevere dall'attività illecita presente sulla propria rete un beneficio finanziario che gli si possa direttamente attribuire.

Il terzo dispone che il fornitore, qualora ricevesse dal titolare del diritto d'autore la specifica notifica (che deve essere obbligatoriamente in

¹⁸⁹ Tale normativa è anche conosciuta con i nomi di "safe harbor" oppure "DMCA 512", dal momento che questo provvedimento costituisce la sezione 512 del Titolo 17 dello United States Code. Lo United States Code (USC) è la raccolta e codifica delle leggi federali degli Stati Uniti. Il codice è suddiviso in 50 titoli che si riferiscono alle vaste aree, organizzate logicamente, della legislazione statunitense.

linea con quanto previsto dalla normativa), debba attivarsi per rimuovere il contenuto o disabilitarne l'accesso immediatamente¹⁹⁰.

E' proprio dalla previsione di questo terzo requisito che scaturisce la procedura di notice and take down, che consiste in una notifica da parte del titolare del diritto d'autore nei confronti del fornitore di servizi online, avente ad oggetto la segnalazione e la richiesta di cessazione della violazione in corso.

La notifica effettuata dal titolare è un atto formale di intimidazione alla rimozione del contenuto, che deve contenere, a pena di nullità, alcuni elementi: la sottoscrizione fisica, o elettronica, di chi la invia con l'autorizzazione ad agire rilasciata dal titolare del diritto violato; l'individuazione del diritto vantato e che si ritiene leso; l'indicazione specifica del materiale illecito di cui si chiede la rimozione; il nome e l'indirizzo, fisico o elettronico, del titolare del diritto, oltre ad una dichiarazione esplicita in cui si afferma che il materiale di cui si chiede la rimozione è utilizzato senza l'autorizzazione di quest'ultimo¹⁹¹.

¹⁹⁰ USC, Title 17, Section 512: *"In general. - A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the storage at the direction of a user of material that resides on a system or network controlled or operated by or for the service provider, if the service provider: a) (i) does not have actual knowledge that the material or an activity using the material on the system or network is infringing; (ii) in the absence of such actual knowledge, is not aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent; or (iii) upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove, or disable access to, the material; b) does not receive a financial benefit directly attributable to the infringing activity, in a case in which the service provider has the right and ability to control such activity; and c) upon notification of claimed infringement as described in paragraph (3), responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity."*

¹⁹¹ USC, Title 17, Section 512: *"To be effective under this subsection, a notification of claimed infringement must be a written communication provided to the designated agent of a service provider that includes substantially the following: (i) A physical or electronic signature of a person authorized to act on behalf of the owner of an exclusive right that is allegedly infringed. (ii) Identification of the copyrighted work claimed to have been infringed, or, if multiple copyrighted works at a single online site are covered by a single notification, a representative list of such works at that site. (iii) Identification of the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity and that is to be removed or access to which is to be disabled, and information reasonably sufficient to permit the service provider to locate the material."*

Se la notifica risulta incompleta anche di uno solo degli elementi, il fornitore di servizi online deve invitare l'istante a completarla; se quest'ultimo non provvede, la notifica si considera nulla e, pertanto, priva di effetto. Il formalismo richiesto nella compilazione della notifica assume concreta rilevanza a causa della previsione normativa per cui, in caso di nullità, essa non ha valore al fine di imputare al fornitore di servizi online la conoscenza dell'illiceità del materiale ospitato¹⁹².

Sul fornitore incombono altri due obblighi. Il primo consiste nel dover nominare un soggetto, detto *agent*, che viene incaricato di esaminare sollecitamente le notifiche inviate. Ricevuta la segnalazione, il fornitore di servizi online non può essere ritenuto responsabile nei confronti dell'autore del contenuto rimosso, se lo ha eliminato in buona fede, e questo successivamente si rivela invece essere lecito¹⁹³.

Non appena rimosso il materiale denunciato l'*agent* deve informare l'autore del contenuto oggetto di notifica, il quale può a sua volta inviare al fornitore di servizi un'altra notifica ("counternotification") intimandogli di ripristinare il materiale rimosso. A questo punto l'*agent* deve informare l'istante, ovvero il presunto titolare del diritto, il quale può scegliere se desistere o insistere: nel primo caso il fornitore di servizi è

(iv) Information reasonably sufficient to permit the service provider to contact the complaining party, such as an address, telephone number, and, if available, an electronic mail address at which the complaining party may be contacted. (v) A statement that the complaining party has a good faith belief that use of the material in the manner complained of is not authorized by the copyright owner, its agent, or the law. (vi) A statement that the information in the notification is accurate, and under penalty of perjury, that the complaining party is authorized to act on behalf of the owner of an exclusive right that is allegedly infringed."

¹⁹² USC, Title 17, Section 512: "*(i) Subject to clause (ii), a notification from a copyright owner or from a person authorized to act on behalf of the copyright owner that fails to comply substantially with the provisions of subparagraph (A) shall not be considered under paragraph (1)(A) in determining whether a service provider has actual knowledge or is aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent."*

¹⁹³ USC, Title 17, Section 512: "*No liability for taking down generally. - Subject to paragraph (2), a service provider shall not be liable to any person for any claim based on the service provider's good faith disabling of access to, or removal of, material or activity claimed to be infringing or based on facts or circumstances from which infringing activity is apparent, regardless of whether the material or activity is ultimately determined to be infringing."*

obbligato al ripristino del contenuto, nel secondo invece deve ottemperare all'ordine di rimozione. Inoltre, in questo caso, la questione dell'illiceità del materiale viene rimessa dalle parti all'autorità giudiziaria.

Il secondo obbligo consiste nel rivelare, su richiesta dell'autorità giudiziaria, i dati personali degli utenti responsabili della diffusione del contenuto illecito¹⁹⁴.

Sul fornitore di servizi online quindi grava solo il costo connesso alla nomina dell'*agent*; mentre i soggetti titolari dei diritti sopportano il più gravoso onere economico connesso alla ricerca del materiale illecito su internet. Il sistema del notice and take down appare quindi, dal lato dello sviluppo del web, economicamente efficiente, in quanto non impone costosi obblighi di controllo ai fornitori di servizi online, i quali, qualora fossero chiamati a farsi carico di tali spese, finirebbero per farle ricadere sugli utenti, aumentando i canoni di abbonamento per l'accesso alla rete¹⁹⁵.

L'efficienza e la praticità di tale sistema ha tuttavia l'effetto negativo di vedere aumentare i casi di materiale lecito rimosso per eccesso di prudenza. Di fronte a una notifica che intima la rimozione di materiale, il fornitore di servizi, confidando nell'esenzione da responsabilità nei confronti dell'autore del contenuto, è indotto ad assecondare tale intimazione, senza curarsi di approfondirne la fondatezza. Inoltre è difficile che l'autore del materiale rimosso invii una contro-notifica, avviando la conseguente azione giudiziaria, a causa sia dei notevoli costi ad essa connessi, sia del fatto che il presunto titolare del diritto d'autore otterrà in ogni caso la rimozione del materiale fino all'esito della controversia giudiziaria¹⁹⁶.

¹⁹⁴ USC, Title 17, Section 512: "*Request. - A copyright owner or a person authorized to act on the owner's behalf may request the clerk of any United States district court to issue a subpoena to a service provider for identification of an alleged infringer in accordance with this subsection.*"

¹⁹⁵ C.C.M. Beans, *the Copyright Dilemma involving online Service Provider*, in *Federal Communications Law Journal*, 1999, pag. 845: "*The main thing it does not do—and rightfully so—is force OSPs to police their networks. Doing so would greatly increase overhead costs, forcing the public to pay significantly increased access fees.*"

¹⁹⁶ A. Yen, *Internet Service Provider Liability in Boston College Law School Research Paper*, No. 2000-03: "*The DMCA ossifies and perpetuates ambiguities in existing law that encourage ISPs to indiscriminately remove material from the Internet. As noted*

Attraverso questa esenzione di responsabilità condizionata, la normativa tenta di riequilibrare e tutelare gli interessi sia dei detentori dei diritti di sfruttamento commerciale di un'opera dell'ingegno che dei fornitori di servizi online. In particolare, si è cercato di predisporre un adeguato incentivo ai fornitori di servizi sulle reti di comunicazione elettronica nell'adottare accorgimenti tecnici idonei a rimuovere l'accesso e il caricamento illegale di materiali protetti e, allo stesso tempo, di limitare la loro responsabilità nei confronti dei titolari del diritto d'autore in caso di illeciti compiuti da terzi¹⁹⁷.

In conclusione, la disciplina statunitense del sistema di notice and take down non può considerarsi esente da critiche, ma è stata un primo passo importante nel cammino della tutela del diritto d'autore ed ha risposto in modo pratico alle necessità del momento storico in cui è stata approvata¹⁹⁸.

earlier, a correct reading of contributory infringement exposes ISPs to liability only if the content provider's complaint establishes a strong case for copyright infringement. However, existing ambiguities in the law are large enough to make risk averse ISPs behave more defensively than necessary. These ISPs will remove material from the Internet even if no strong case for infringement exists."

¹⁹⁷ J.M. Urban and L. Quilter, *Efficient Process or "Chilling Effects"? Takedown Notices Under Section 512 of the Digital Millennium Copyright Act*, in *Santa Clara Comp. & High Tech. L.J.* 621 (2006), p. 622: "In negotiating the § 512 compromise, copyright holders sought to ensure that OSPs had incentives to remove infringing material, and OSPs sought to avoid lawsuits and judgments based on secondary liability for users' acts of copyright infringement."

¹⁹⁸ C.C.M. Beans, *op. cit.*, pag. 846: "Without question, there will come a time, probably sooner than later, when this legislation will have to be amended, but today it is exactly what copyright law needs: A knowledge standard applied to online service providers drafted in such a way as to give OSPs a clear idea as to what they need to do to avoid liability."

3.1.1.1 I tentativi di riforma della normativa in materia: SOPA e PIPA

Il DMCA ha rappresentato, nel corso dell'ultimo decennio un modello da seguire e ha influenzato il legislatore di molti Stati europei, in tema di responsabilità dei fornitori di servizi per gli illeciti compiuti in rete.

Tuttavia, negli ultimi mesi, il legislatore statunitense ha cercato di rivedere quello che per anni sembrava essere un sistema ormai acquisito, fondato sulla procedura di notice and take down. Conseguenza di tale tentativo è stata la presentazione al Congresso nel 2011 dello “Stop Online Piracy Act” (SOPA)¹⁹⁹.

Dal riassunto di tale disegno di legge, fornito dal Congressional Research Service²⁰⁰, emerge subito, ad una prima lettura, il ruolo importante riconosciuto al Dipartimento di Giustizia, cui viene attribuita la possibilità di richiedere ai giudici l'emissione di specifiche ordinanze, necessarie per attivare determinati poteri del procuratore generale nei confronti di siti web, posti anche al di fuori dalla giurisdizione statunitense, accusati di violare i diritti d'autore o comunque facilitare tale attività. Infatti, dopo l'emissione di questa ordinanza da parte del Tribunale, viene previsto che il procuratore generale possa vietare ai fornitori di servizi online che abbiano sede negli Stati Uniti, o comunque ricadano sotto la sua giurisdizione, di intrattenere rapporti commerciali con i siti oggetto dell'ordinanza, imponendo inoltre di adottare misure tecnicamente possibili e ragionevoli per impedire sul territorio statunitense l'accesso al sito

¹⁹⁹ Il SOPA (Stop Online Piracy Act), conosciuto anche come H.R. 3261, è una proposta di legge presentata alla House of Representatives dal deputato repubblicano Lamar S. Smith ed ha raccolto il supporto e l'approvazione di altri 32 deputati (16 repubblicani e 16 democratici).

²⁰⁰ Il Congressional Research Service è un organo imparziale della Biblioteca del Congresso statunitense, che lavora a stretto contatto ed esclusivamente con i membri del Congresso, fornendo ricerche e analisi su tutte le problematiche emergenti di politica interna.

accusato di violazione. Il modo più rapido, sebbene maggiormente invasivo, consiste nell'applicare il cosiddetto filtraggio dei DNS²⁰¹, ma il procuratore generale ha anche facoltà di vietare direttamente ai motori di ricerca di far apparire tra i risultati della ricerca la visualizzazione dei collegamenti ai siti.

Il disegno di legge, al fine di garantire ai titolari un'ulteriore tutela contro i siti che ospitano violazioni del diritto d'autore, prevede anche uno speciale procedimento in due fasi, alternativo all'ordinanza del giudice. Il titolare deve prima informare, in forma scritta, i servizi di pagamento ed i circuiti pubblicitari di cui si serve il sito; a loro volta, questi devono inoltrare al sito la notifica ricevuta e sospendere i rapporti commerciali, a meno che quest'ultimo non fornisca una contro-notifica, in cui spieghi il motivo per il quale il contenuto non viola la normativa. Il titolare può citare in giudizio il gestore del sito per contestare la contro-notifica e ottenere i provvedimenti sanzionatori, oppure, in assenza di una contro-notifica, può agire nei confronti dei servizi di pagamento o dei circuiti pubblicitari che non abbiano sospeso i loro servizi²⁰².

²⁰¹ Il sistema dei nomi a dominio, in inglese Domain Name System (spesso indicato con DNS), è un sistema utilizzato per la risoluzione di nomi dei nodi della rete in indirizzi IP e viceversa. Il servizio è realizzato tramite un database distribuito, costituito dai server DNS. Il nome DNS denota anche il protocollo che regola il funzionamento del servizio, i programmi che lo implementano, i server su cui questi girano, l'insieme di questi server che cooperano per fornire il servizio. I nomi DNS, o "nomi di dominio", sono una delle caratteristiche più visibili di Internet. C'è confusione in merito alla definizione dell'acronimo: la S spesso viene interpretata come service, ma la definizione corretta è system. L'operazione di convertire un nome in un indirizzo è detta risoluzione DNS, convertire un indirizzo IP in nome è detto risoluzione inversa.

²⁰² H.R. 3261, Congressional Research Service Summary: *"Sets forth an additional two-step process that allows an intellectual property right holder harmed by a U.S.-directed site dedicated to infringement, or a site promoted or used for infringement under certain circumstances, to first provide a written notification identifying the site to related payment network providers and Internet advertising services requiring such entities to forward the notification and suspend their services to such an identified site unless the site's owner, operator, or domain name registrant, upon receiving the forwarded notification, provides a counter notification explaining that it is not dedicated to engaging in specified violations. Authorizes the right holder to then commence an action for limited injunctive relief against the owner, operator, or domain name registrant, or against the site or domain name itself if such persons are unable to be found, if: (1) such a counter notification is provided (and, if it is a foreign site,*

La proposta prevede, di contro, sanzioni per il titolare del diritto d'autore che consapevolmente calunnia un sito web, accusandolo falsamente di dedicarsi alla violazione del diritto d'autore.

La seconda sezione della bozza normativa aumenta infine le pene previste per lo streaming illecito, rendendo reato federale tale tipo di diffusione non autorizzata di opere protette dal diritto d'autore²⁰³.

Dal confronto tra la proposta SOPA e il DMCA emerge un sostanziale inasprimento delle sanzioni in materia, che raggiunge il suo apice nella previsione normativa dell'oscuramento dei siti responsabili di violazioni del diritto d'autore.

Questo disegno di legge è stato fortemente criticato negli Stati Uniti anche da parte degli stessi autori di opere dell'ingegno per la facilità con cui rischierebbe di creare gravi danni collaterali nei confronti di siti legittimi²⁰⁴. Anche in Europa ci sono state forti prese di posizione in merito, tra cui la più importante è senz'altro quella della Vicepresidente della Commissione Europea e Commissario Europeo per l'agenda digitale, Neelie Kroes, che ha definito il SOPA “una pessima legge che non salvaguarda la libertà della rete”²⁰⁵.

La proposta SOPA si è affiancata ad un altro disegno di legge, sui medesimi temi e con contenuti simili, presentato al Senato con il nome

includes consent to U.S. jurisdiction to adjudicate whether the site is dedicated to such violations), or (2) a payment network provider or Internet advertising service fails to suspend its services in the absence of such a counter notification.”.

²⁰³ H.R. 3261, Congressional Research Service Summary: “*Expands the offense of criminal copyright infringement to include public performances of: (1) copyrighted work by digital transmission, and (2) work intended for commercial dissemination by making it available on a computer network.*”.

²⁰⁴ Molti famosi artisti americani, tra cui due vincitori dell'Oscar come Trent Reznor e Michael Moore, hanno firmato una lettera inviata al Congresso con cui si invitava ad un ripensamento del SOPA: “*We fear that the broad new enforcement powers provided under SOPA and PIPA could be easily abused against legitimate services like those upon which we depend. These bills would allow entire websites to be blocked without due process, causing collateral damage to the legitimate users of the same services - artists and creators like us who would be censored as a result.*”.

²⁰⁵ Neelie Kroes il 20 gennaio 2012 ha commentato così il SOPA sul suo profilo ufficiale di Twitter: “*Glad tide is turning on #SOPA: don't need bad legislation when should be safeguarding benefits of open net.*”.

di Protect Intellectual Property Act (PIPA)²⁰⁶. Queste due proposte di legge hanno incontrato nel mese di gennaio del 2012 una forte opposizione, pubblica e privata, che ha coinvolto tra gli altri diverse grandi società che operano nel settore informatico e telematico, alcune delle quali si sono riunite in un gruppo di pressione, la NetCoalition, di cui fanno parte tra gli altri Google, Yahoo, Amazon, eBay, PayPal e Wikipedia. Inoltre, per apparente coincidenza, il 18 gennaio 2012, a 24 ore di distanza dall'oscuramento volontario da parte di molti siti come segno di protesta contro i disegni di legge SOPA e PIPA²⁰⁷, i media hanno dato la notizia della chiusura di Megaupload e Megavideo²⁰⁸, due siti di file sharing illegale molto popolari nel mondo di internet. Tale chiusura è stata decisa dall'FBI in collaborazione con il Dipartimento della Giustizia americano; il fondatore dei siti, il cittadino tedesco Kim Schmitz, e altri tre responsabili sono stati anche arrestati.

Anche a causa della protesta sollevata in rete, che peraltro ha trovato riscontro nella campagna presidenziale in corso²⁰⁹, il legislatore americano ha deciso di interrompere momentaneamente l'iter legislativo di approvazione delle proposte SOPA e PIPA, affermando di voler rielaborare l'approccio a questa modifica normativa²¹⁰.

²⁰⁶ Il PIPA (Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act) è stato presentato in Senato dal senatore democratico Patrick Leahy e da altri 11 cofirmatari, sia del partito democratico che del partito repubblicano.

²⁰⁷ Howard Gardner, in qualità di direttore esecutivo della Wikimedia Foundation, che tra le altre cose si occupa dell'organizzazione e della gestione di Wikipedia, attraverso un comunicato diffuso lunedì 16 gennaio 2012 sul sito, ha annunciato che la versione in inglese della famosa enciclopedia online non sarebbe stata accessibile per 24 ore a partire dalle 6 del mattino (ora italiana) del giorno successivo.

²⁰⁸ Tecnicamente il sito si presenta come un "cyberlocker", una sorta di magazzino tramite il quale gli utenti possono archiviare file troppo grandi da spedire via e-mail per condividerli in via riservata con altre persone. Un uso del tutto legittimo nel quale si innesta una zona grigia di illegalità, poiché molti caricano file protetti dal diritto d'autore e poi diffondono il link per scaricarli su forum e blog, mettendo di fatto in piedi una rete di contenuti pirata. Megaupload guadagna vendendo pubblicità sulle sue pagine e facendosi pagare dagli utenti che vogliono scaricare più di un certo numero di file a velocità di download maggiormente elevate.

²⁰⁹ Tutti i candidati repubblicani alla presidenza si sono dichiarati contrari a queste proposte di legge, così come aveva già fatto in precedenza l'amministrazione Obama.

²¹⁰ Lamar Smith, deputato repubblicano promotore del SOPA, intervistato da J. Melvin, *Congress puts brakes on anti-piracy bills* in *Reuters*, 20 gennaio 2012: *"I have heard*

3.1.2 La Francia

Anche la Francia ha recentemente ravvisato la necessità di dotarsi di un sistema di protezione e promozione dell'industria culturale maggiormente in grado di prevenire e reprimere gli illeciti in campo digitale, nonostante il legislatore fosse già intervenuto il 30 giugno 2006 al fine di applicare nell'ordinamento francese la normativa comunitaria in materia²¹¹.

Per questo motivo è stata predisposta nel 2009 una nuova legge denominata HADOPI. Questo termine è un acronimo francese che sta per "Alta Autorità per la diffusione delle opere e la protezione dei diritti su Internet"²¹² e contrassegna sia questa autorità amministrativa che la legge n°2009-669.

La prima stesura della legge HADOPI è stata votata il 13 maggio 2009, ma ha subito, per la forte pressione da parte dell'opposizione al governo, un rinvio al Conseil Constitutionnelle²¹³. Era stato infatti contestato che i poteri sanzionatori dell'HADOPI si sarebbero concretizzati in una restrizione eccessiva del diritto di accesso ad Internet, tutelato

from the critics and I take seriously their concerns regarding proposed legislation to address the problem of online piracy. It is clear that we need to revisit the approach on how best to address the problem of foreign thieves that steal and sell American inventions and products."

²¹¹ Loi sur le Droit d'Auteur et les Droits Voisins dans la Société de l'Information (DADVSI), pubblicata nel Journal Officiel il 3 agosto 2006; prevede ammende fino a 300.000 euro e fino a tre anni di detenzione per chi favorisce la pirateria ed elimina i DRM.

²¹² Haute Autorité pour la Diffusion des Oeuvres et la Protection des droits sur Internet (HADOPI) è un'autorità amministrativa francese incaricata di monitorare la rete per rilevare violazioni del diritto d'autore. E' stata istituita con la DADVSI ed è composta da 9 membri di cui 3 sono nominati dal governo, 2 dal parlamento, 3 dagli organi giudiziari e 1 dal Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique.

²¹³ Il Conseil Constitutionnelle è l'organo di garanzia costituzionale francese, istituito dalla Costituzione del 1958 ed incaricato di svolgere il controllo di legittimità costituzionale delle leggi ordinarie francesi e di verificare la regolarità delle elezioni.

nell'ambito del diritto della libertà di espressione. Si contestò quindi che tali poteri fossero affidati ad un'autorità amministrativa e non giudiziaria.

Il Conseil Constitutionnelle, accogliendo il ricorso con decisione del 10 giugno 2009, ha stabilito che solo dopo l'accertamento dell'illecito da parte dell'autorità giudiziaria il diritto di accesso ad internet può essere limitato. È interessante notare che i giudici costituzionali, per sottolineare l'importanza della libertà d'espressione in ogni sua forma, hanno citato a sostegno della propria motivazione l'originario art. 11 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e dei cittadini del 1789²¹⁴, anziché l'articolo dell'attuale costituzione francese.

In seguito alla decisione è stata varata la cosiddetta legge HADOPI II²¹⁵, che ha modificato il procedimento per emettere la sanzione della disconnessione, in ossequio alla sentenza del Conseil Constitutionnelle. In particolare, l'emissione della sanzione è stata rimessa dall'autorità amministrativa a un giudice ordinario, il quale è l'unico competente a decidere se operare la disconnessione e per quanto tempo.

La nuova disciplina francese ha ricevuto grande attenzione, in quanto per la prima volta è stato introdotto nel territorio europeo un sistema sanzionatorio denominato "three strikes". In questo sistema i titolari dei diritti d'autore violati in rete inviano la loro segnalazione direttamente all'autorità amministrativa incaricata (HADOPI), che procede ad un accertamento dell'esistenza dell'abuso e ne attribuisce la responsabilità al soggetto titolare della connessione corrispondente all'indirizzo IP utilizzato per il download illegale. L'autorità invia altresì una email di avvertimento alla posta elettronica del titolare dell'indirizzo IP. In caso di una seconda violazione da parte dello stesso indirizzo IP, l'HADOPI invia una

²¹⁴ L'art. 11 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e dei cittadini, elaborata durante la Rivoluzione Francese del 1789, disponeva che: *"La libera comunicazione dei pensieri e delle opinioni è uno dei più preziosi diritti dell'uomo: ogni cittadino può dunque parlare, scrivere, stampare liberamente, salvo rispondere in caso di abuso di questa libertà, nei casi stabiliti dalla legge."*

²¹⁵ In seguito alla pronuncia del Consiglio Costituzionale, il Governo ha quindi predisposto il disegno di legge denominato "Protection penal de la propriété littéraire et artistique sur Internet" (HADOPI II) che, dichiarata conforme alle disposizioni costituzionali, è stata promulgata in data 28 ottobre 2009.

raccomandata cartacea direttamente alla sua residenza. Nel momento in cui dovesse verificarsi una terza infrazione, si attiverebbe infine il procedimento sanzionatorio dinanzi al giudice ordinario, che può ordinare il blocco della connessione ad Internet per un periodo che va dai 3 ai 12 mesi.

La stessa HADOPI II ha inserito nel Codice della Proprietà Intellettuale una nuova norma che prevede, in caso di disconnessione coatta, il divieto di stipulare un nuovo contratto con un altro fornitore di servizi online durante il periodo di disconnessione. La legge prevede per la violazione di quest'ultimo divieto sanzioni analoghe a quelle contenute nel codice penale per la violazione di determinati ordini dell'autorità giudiziaria²¹⁶.

A causa della sanzioni indirizzate direttamente agli utenti, la legge è stata oggetto di molte critiche da parte delle associazioni di consumatori francesi e dalla comunità degli utilizzatori di internet²¹⁷. Desti tuttavia particolare stupore riscontrare come uno dei nove membri dell'HADOPI sia proprio uno dei più strenui oppositori della normativa: il deputato del Partito Socialista francese Didier Mathus, il quale ha dichiarato che l'HADOPI non ha futuro, che la legge dovrebbe essere abrogata e che la repressione non ha mai funzionato e mai funzionerà²¹⁸.

²¹⁶ Le sanzioni per la violazione, da parte dell'abbonato destinatario della sanzione, del divieto di sottoscrivere un nuovo abbonamento nel periodo stabilito, sono analoghe a quelle previste dall'art. 434-41 del Codice Penale per le ipotesi di mancata ottemperanza a determinati ordini dell'Autorità giudiziaria (sospensione della patente, interdizione dall'utilizzo di assegni o carte di credito, ecc.).

²¹⁷ La più importante associazione di consumatori in Francia (UFC Que Choisir) e la community online "La Quadrature du Net" sono due tra i più rumorosi oppositori della legge.

²¹⁸ Didier Mathus intervistato da S. Fanen, *L'Hadopi n'a pas d'avenir* in *Liberation* del 5 gennaio 2012: "Je n'ai pas pour autant changé de position vis-à-vis de l'Hadopi, qui pour moi n'a pas d'avenir. [...] L'abrogation est aujourd'hui la position partagée par tous les spécialistes autour de lui, mais on verra... Dans tous les cas, nous souhaitons prendre acte du bénéfice des échanges libres pour la culture mondiale. La répression ne marche pas et ne marchera jamais."

3.1.3 La Gran Bretagna

Anche la Gran Bretagna ha messo recentemente mano alla normativa riguardante il diritto d'autore al fine di riuscire a prevenire con maggior efficacia gli illeciti online.

Nell'ambito di un dibattito iniziato nel 2008, il governo inglese ha analizzato le possibili proposte di riforma da adottare al fine di contrastare le violazioni del diritto d'autore sulla rete. Nel giugno 2009 è stato realizzato un documento programmatico finalizzato a rendere la Gran Bretagna la nazione leader nella nuova era digitale: il "Digital Britain"²¹⁹.

Tale programma prevedeva tra i suoi obiettivi una riforma legislativa in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti elettroniche, auspicando non soltanto misure punitive nei confronti degli utenti, ma anche iniziative volte a promuovere la formazione di efficienti mercati per l'accesso legale ai contenuti.

In questa prospettiva, un ruolo fondamentale era assegnato alla stipula di accordi commerciali tra singoli titolari dei diritti, gestori collettivi e operatori di reti e servizi a banda larga. Analogamente il programma prevedeva di stimolare la diffusione di modelli di business per l'erogazione di contenuti a pagamento mediante servizi affidabili e di qualità. Queste iniziative includevano interventi di "persuasione" e informazione volti ad orientare alla legalità le scelte dei consumatori. In questo senso, si prevedeva di lanciare campagne pubblicitarie realizzate con messaggi di facile comprensione, per aiutare i consumatori ad orientarsi nell'intricata normativa sul diritto d'autore²²⁰.

Questo sistema di promozione dell'offerta legale doveva essere corredato da sanzioni effettive nei confronti di coloro che persistevano nelle violazioni del diritto d'autore. Se l'approccio orientato al mercato costituisce un elemento irrinunciabile della strategia inglese, il programma affidava infatti al governo anche il compito di predisporre l'adozione di una

²¹⁹ *Digital Britain*, pag. 9: "Ambition: to secure the UK's position as one of the world's leading digital knowledge economies."

²²⁰ *Digital Britain*, Chapter 9 "Delivering Digital Britain".

legislazione repressiva in grado di sostenere l'affermazione dei nuovi modelli di business e di contribuire a creare le condizioni per l'attuazione di politiche volte a incentivare i consumatori verso l'acquisto di contenuti legali²²¹.

Nel piano predisposto dal Digital Britain si è prevista anche la cooperazione di Ofcom²²² con i ministeri competenti e le altre autorità di regolamentazione, al fine di elaborare documenti di indirizzo e linee guida per realizzare una normativa efficace.

Si è voluto inoltre incaricare Ofcom del compito di adottare misure volte a contrastare le violazioni del diritto d'autore attraverso l'utilizzo della rete internet e, in particolare, di prescrivere obblighi ai fornitori di servizi online che servissero a favorire la cooperazione tra questi e i titolari del diritto d'autore. Si è mirato sostanzialmente a far sì che i fornitori adottassero misure tecniche che permettessero loro di informare gli utenti nel momento in cui avessero scaricato illegalmente materiale protetto dal diritto d'autore e che, nuovi eventuali download illeciti, avrebbero potuto essere oggetto di notifica al titolare dei diritti violati.

L'Autorità è stata inoltre incaricata del compito di predisporre opportuni interventi regolatori nei confronti dei fornitori di servizi al fine di garantire la corretta adozione del sistema di notifica, concretizzato nella segnalazione agli utenti che la loro connessione era stata utilizzata per violare i diritti della proprietà intellettuale e nella conservazione in forma anonima dei dati relativi agli utenti che si fossero resi responsabili di ripetute violazioni.

²²¹ *Digital Britain*, Chapter 9 “Delivering Digital Britain”, pag. 226: “*This document identifies a number of areas for legislative change. Broadly, these areas are: Intellectual Property protection: introducing measures on copyright licensing to tackle illegal file sharing aimed at deterring online copyright infringement[...].*”

²²² The Office of Communications (Ofcom) è l'autorità amministrativa indipendente di vigilanza per le società di comunicazione nel Regno Unito, ha sede a Londra e ha iniziato ad operare nel 2003 grazie Communications Act, ricevendo le competenze che prima erano divise tra cinque differenti agenzie governative (Broadcasting Standards Commission, Independent Television Commission, Office of Telecommunications (OfTel), Radio Authority, Radiocommunications Agency).

L'efficace attuazione di tali obblighi presuppone inoltre la stesura di un codice di autoregolamentazione, preparato da un organismo rappresentativo di tutti i soggetti coinvolti. In altri termini, si è voluto predisporre un processo di autoregolamentazione del mercato, coordinato da un organismo dotato di un certo grado di indipendenza, cui far aderire volontariamente i titolari dei diritti d'autore e i fornitori di servizi online. Ad Ofcom è stato assegnato il potere di approvare il codice di condotta, nel caso in cui questo sia effettivamente predisposto, ovvero efficaci poteri di sostituzione di questi soggetti, laddove si siano dimostrati incapaci di istituire un organismo di autogoverno preposto alle funzioni di coordinamento e negoziazione previste dal programma Digital Britain. I poteri attribuiti ad Ofcom nel documento programmatico erano quindi tesi a supportare i sistemi di autoregolamentazione e le politiche di informazione degli utenti.

Al termine della consultazione pubblica sul Digital Britain, il governo britannico ha presentato al Parlamento un disegno di legge che, a seguito di approvazione dell'organo legislativo l'8 aprile 2010, è entrato in vigore nel giugno 2010, con il nome Digital Economy Act²²³.

Secondo questa legge, che ha seguito abbastanza fedelmente i punti programmatici del Digital Britain, è ancora una volta il soggetto titolare del diritto d'autore che si deve attivare per primo, una volta rilevata la violazione dei propri diritti, e preparare una apposita segnalazione (il Copyright Infringement Report), che deve necessariamente contenere: l'indicazione del diritto che si vuole far rispettare; la descrizione della

²²³ Nome esteso: An Act to make provision about the functions of the Office of Communications; to make provision about the online infringement of copyright and about penalties for infringement of copyright and performers' rights; to make provision about internet domain registries; to make provision about the functions of the Channel Four Television Corporation; to make provision about the regulation of television and radio services; to make provision about the regulation of the use of the electromagnetic spectrum; to amend the Video Recordings Act 1984; to make provision about public lending right in relation to electronic publications; and for connected purposes.

violazione subita; l'indirizzo IP²²⁴ dei computer dai quali è stata compiuta la violazione²²⁵ e l'ora approssimativa in cui questa è avvenuta²²⁶.

Il rapporto così compilato deve essere inviato, in base all'indirizzo IP raccolto, al fornitore di servizi online, il quale, dopo aver verificato la validità della segnalazione, è chiamato a risalire agli utenti, dall'indirizzo IP fornito, al fine di notificare la segnalazione entro un mese dalla data in cui il rapporto è stato ricevuto²²⁷. Gli indirizzi IP in forma anonima, con le rispettive segnalazioni, vengono conservati dal fornitore di servizi online in un apposito registro, del quale viene fornita copia ai titolari del diritto d'autore su loro richiesta; questi possono rivolgersi all'autorità giudiziaria per chiedere l'identificazione degli indirizzi IP, al fine di poter citare in giudizio gli utenti così individuati²²⁸.

²²⁴ Un Indirizzo IP (Internet Protocol address) è un numero che identifica univocamente un dispositivo collegato alla rete che utilizza l'Internet Protocol come protocollo di comunicazione. Un indirizzo IP assolve essenzialmente a due funzioni principali: identificare un dispositivo sulla rete e fornirne il percorso di raggiungibilità.

²²⁵ Un esempio classico di come ottenere gli indirizzi IP degli autori degli illeciti è quello di connettersi a una rete peer to peer e scaricare il file che contiene l'opera dell'ingegno oggetto della violazione. Una volta cominciato il download del file è possibile sapere qual è l'indirizzo IP di tutti i computer che stanno in quel momento condividendo quel file.

²²⁶ Digital Economy Act, Section 3: “A “copyright infringement report” is a report that— (a)states that there appears to have been an infringement of the owner's copyright; (b)includes a description of the apparent infringement; (c)includes evidence of the apparent infringement that shows the subscriber's IP address and the time at which the evidence was gathered; (d)is sent to the internet service provider within the period of 1 month beginning with the day on which the evidence was gathered; and (e)complies with any other requirement of the initial obligations code.”.

²²⁷ Digital Economy Act, Section 3: “(4)An internet service provider who receives a copyright infringement report must notify the subscriber of the report if the initial obligations code requires the provider to do so. (5)A notification under subsection (4) must be sent to the subscriber within the period of 1 month beginning with the day on which the provider receives the report.”

²²⁸ Digital Economy Act, Section 4: “(1)An internet service provider must provide a copyright owner with a copyright infringement list for a period if— (a)the owner requests the list for that period; and (b)an initial obligations code requires the internet service provider to provide it. (2)A “copyright infringement list” is a list that— (a)sets out, in relation to each relevant subscriber, which of the copyright infringement reports made by the owner to the provider relate to the subscriber, but (b)does not enable any subscriber to be identified. (3) A subscriber is a “relevant subscriber” in relation to a copyright owner and an internet service provider if copyright infringement reports

Nella section 5, il Digital Economy Act incarica l'Ofcom di predisporre un apposito codice in cui prevedere quante segnalazioni debbano ricevere gli utenti prima di poter essere iscritti nell'apposito registro e quante prima che questi possano essere sanzionati con le modalità previste dalla section 10. In particolare, in questa sezione è previsto che, raggiunto il numero di segnalazioni stabilite dall'Ofcom, il Segretario di Stato può ordinare ai fornitori di servizi online di applicare specifiche sanzioni tecniche a carico degli utenti. Tali sanzioni possono consistere in: a) limitare la capacità di accesso a internet di un utente attraverso riduzioni della velocità di connessione o ponendo limiti di download; b) impedire di usare internet per reperire determinati materiali, ad esempio attraverso il blocco di siti; c) sospendere integralmente il servizio internet, disconnettendo l'utente per un certo periodo di tempo. E' inoltre da notare che la norma prevede esplicitamente che nel provvedimento sanzionatorio deve essere indicato il momento preciso da cui la misura decorre, ma non c'è alcun chiaro obbligo di indicare la data di cessazione del provvedimento, per cui potrebbero essere anche comminate delle sanzioni tecniche a tempo indeterminato²²⁹.

L'Ofcom viene inoltre incaricata di istituire uno speciale organo in grado di giudicare in primo grado tutti i ricorsi degli utenti contro le segnalazioni ricevute nei loro confronti²³⁰. In particolare quest'organo deve essere costituito da una persona fisica indipendente, che, dopo una discussione in contraddittorio tra le parti, è chiamato a prendere una

made by the owner to the provider in relation to the subscriber have reached the threshold set in the initial obligations code.”.

²²⁹ Digital Economy Act, Section 10: “(3)An order under this section must specify the date from which the technical obligation is to have effect, or provide for it to be specified.”.

²³⁰ Digital Economy Act, Section 13: “(2)The requirements of this subsection are: (a)that the code confers on subscribers the right to bring a subscriber appeal and, in the case of a technical obligations code, a further right of appeal to the First-tier Tribunal; (b)that there is a person who, under the code, has the function of determining subscriber appeals; (c)that that person is for practical purposes independent (so far as determining subscriber appeals is concerned) of internet service providers, copyright owners and Ofcom; and (d)that there are adequate arrangements under the code for the costs incurred by that person in determining subscriber appeals to be met by internet service providers, copyright owners and the subscriber concerned.”

decisione vincolante, la cui eventuale impugnazione deve essere proposta avanti il Copyright Tribunal²³¹.

Due delle sezioni maggiormente severe e incisive di questa legge britannica prevedevano la possibilità, su iniziativa del Segretario di Stato, di ordinare la chiusura definitiva dei siti web che si fossero resi responsabili di continue e ingenti violazioni del diritto d'autore (section 17 e 18). Tuttavia, entrambe le sezioni sono state stralciate a seguito di un apposito rapporto dell'Ofcom, che ha ritenuto che le attuali tecniche di "site blocking" non sono sufficientemente efficaci, né in grado di rispettare contemporaneamente i legittimi interessi sia dei titolari dei diritti d'autore che dei fornitori di servizi online²³².

A febbraio 2012 il Digital Economy Act non è ancora pienamente in vigore, in quanto necessita di particolari regolamenti di attuazione²³³ che non sono stati tuttora emanati.

Il Digital Economy Act risulta quindi essere particolarmente esigente e severo, almeno sulla carta, sia nei confronti dei titolari del diritto d'autore, che devono includere nelle segnalazioni anche tutti gli indirizzi IP dei colpevoli, sia nei confronti degli utenti, che a seguito di violazioni reiterate possono arrivare a subire anche la disconnessione dalla rete a tempo indeterminato.

²³¹ Il Copyright Tribunal è un giudice britannico che ha giurisdizione esclusiva in materia di diritto d'autore ed è stato istituito dal Copyright, Designs and Patents Act del 1988.

²³² Ofcom, *Site blocking to reduce online copyright infringement*, 27 maggio 2011, Pag. 50: "We find that sections 17 and 18 are unlikely to be able to provide for a framework for site blocking which would be effective. We do not believe that it is possible to deliver a framework under the DEA which simultaneously meets the requirements of the copyright owners for a timely implementation of blocks and a flexible approach from service providers to tackling circumvention, with the need to respect the legitimate interests of site operators, service providers and end users."

²³³ Digital Economy Act, Section 47.

3.1.4 La Spagna

In questo clima di modifiche normative della disciplina del diritto d'autore nei Paesi occidentali, anche in Spagna è stata recentemente approvata una nuova legge in materia di pirateria online.

Il ministro per la Cultura del governo Zapatero, Ángeles González-Sinde, ha inserito nel disegno di legge sull'economia sostenibile una modifica sostanziale alla legge spagnola 32/2002 sui servizi della società dell'informazione²³⁴. La proposta del ministro ha mirato in particolare ad aggiungere una speciale procedura di notice and take down e una nuova condizione di limitazione all'accesso a internet, mediante il blocco di siti web, al fine di salvaguardare i diritti relativi alla proprietà intellettuale.

La legge assegna alla Commissione sulla Proprietà Intellettuale, organo interno del Ministero della Cultura, il compito di valutare le denunce ricevute da chi ritiene di avere subito la violazione del proprio diritto d'autore. Se la Commissione ritiene fondata la denuncia, invita coloro che hanno posto in essere tale attività a rimuovere i contenuti illeciti dalla rete entro 48 ore. E' prevista la possibilità di fare appello, provando la liceità della propria attività. Gli autori della denuncia possono a loro volta presentare le loro argomentazioni e la Commissione deve esprimersi entro tre giorni. Tale risoluzione richiede la successiva ratifica di un giudice amministrativo, che ha il potere di emettere un'ordinanza allo scopo di raccogliere i dati degli autori del reato e delle pagine internet illegali, ed eventualmente deliberare il loro oscuramento. Stando ai dettami del disegno di legge, inoltre, l'autorità incaricata può obbligare i fornitori di servizi online ad identificare i singoli responsabili delle condotte lesive del diritto d'autore.

²³⁴ L'articolo 8.1 della Legge 32/2002 prevede i seguenti motivi per limitare l'accesso a internet: la tutela dell'ordine pubblico, di indagini penali, di pubblica sicurezza e della difesa nazionale, la tutela della salute pubblica, il rispetto della dignità della persona e il principio di non discriminazione e infine la protezione della gioventù e dell'infanzia

Nel dicembre del 2010, il parlamento spagnolo all'epoca in carica ha bocciato la proposta di legge del Ministro della cultura, mentre, dopo le ultime elezioni, la stessa legge è stata, un po' paradossalmente, approvata dal nuovo Parlamento, la cui maggioranza è in mano al Partido Popular, ed è entrata in vigore nel gennaio del 2012²³⁵.

Secondo alcuni analisti²³⁶ l'inasprimento della normativa spagnola deriva dal fatto che il legislatore si è reso conto delle potenzialità degli investimenti nel mercato dei contenuti digitali da parte di importanti multinazionali e avrebbe deciso di cedere alle pressioni dell'industria dell'intrattenimento, che contribuisce con tali investimenti al risanamento della crisi economica spagnola.

²³⁵ Tale legge prevede una forma di agevolazione anche per i fruitori delle opere protette, in quanto il governo spagnolo ha deciso di abrogare il cosiddetto "canon digital", l'equivalente dell'equo compenso italiano previsto dall'art. 71 septies, l. 633/1941: *"Gli autori ed i produttori di fonogrammi, nonché i produttori originari di opere audiovisive, gli artisti interpreti ed esecutori ed i produttori di videogrammi, e i loro aventi causa, hanno diritto ad un compenso per la riproduzione privata di fonogrammi e di videogrammi di cui all'articolo 71-sexies."*

²³⁶ J.P. Titlow, *Spain Gets its Own SOPA-Style Anti-Piracy Law For Shutting Down Websites* in *ReadWriteWeb.com*, 2 gennaio 2012: *"Pressure from Spanish copyright holders and media companies wasn't the only factor in ensuring this law was passed. The country stands to see major investments in online streaming services there now that the law is enacted. U.S. media and technology companies, among others, have been waiting to make such investments until more serious steps were taken against file-sharing and online piracy in Spain. The passage of this law is exactly what they were waiting for. The country is already awaiting the launch of Netflix within its borders early this year, and presumably more services will follow."*

3.2 Gli organi di garanzia del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica in Italia: dalla SIAE alla AGCOM

Prima di affrontare la normativa italiana in materia del diritto d'autore online, mediante procedure di notice and take down, è opportuno analizzare brevemente i soggetti pubblici, o portatori di interessi pubblici, che hanno competenza in materia.

In Italia, gli organismi che si sono occupati di tutelare e proteggere il diritto d'autore sono stati prima la SIAE, che nonostante la sua natura di ente pubblico su base associativa persegue fini privatistici di tutela, soprattutto patrimoniale, delle opere dell'ingegno e del diritto d'autore, e più recentemente l'AGCOM, autorità amministrativa indipendente con funzioni imparziali di garanzia e vigilanza del sistema delle comunicazioni elettroniche.

La Società Italiana degli Autori e degli Editori è stata fondata il 23 aprile 1882 a Milano allo scopo di promuovere e salvaguardare la tutela del diritto d'autore. Questa importante funzione è stata ufficialmente riconosciuta nella legge 633/1941²³⁷ (art.180), che riserva in via esclusiva alla SIAE l'attività di intermediazione nell'utilizzazione economica delle opere protette dal diritto d'autore²³⁸. L'attività di intermediazione si concretizza nel concedere licenze ed autorizzazioni per lo sfruttamento economico delle opere tutelate, nel riscuotere i proventi derivanti da queste

²³⁷ L. 633/1941 "Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio": questa legge è la normativa di riferimento per la tutela del diritto d'autore in Italia ed è stata modificata varie volte nel corso degli anni.

²³⁸ L. 633/1941, art. 180 comma 1: "*L'attività di intermediario, comunque attuata, sotto ogni forma diretta o indiretta di intervento, mediazione, mandato, rappresentanza ed anche di cessione per l'esercizio dei diritti di rappresentazione, di esecuzione, di recitazione, di radiodiffusione ivi compresa la comunicazione al pubblico via satellite e di riproduzione meccanica e cinematografica di opere tutelate, è riservata in via esclusiva alla Società italiana degli autori ed editori (SIAE).*".

licenze e autorizzazioni e, infine, nel ripartire i proventi tra gli aventi diritto.

L'esclusiva prevista a favore della SIAE non impedisce agli autori di esercitare direttamente i loro diritti²³⁹, né di iscriversi ad associazioni di autori costituite negli altri Paesi dell'Unione Europea, con le quali comunque la SIAE stipula accordi di collaborazione.

L'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni è un'autorità amministrativa indipendente istituita dalla legge 249/1997²⁴⁰.

Tra i suoi compiti rientra quello di svolgere attività di vigilanza a tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica, che si concretizza in azioni di prevenzione e di accertamento degli illeciti in un settore in cui si pongono delicate esigenze di bilanciamento tra interessi diversi e spesso contrapposti. La tutela del diritto d'autore posta in essere dall'AGCOM è imparziale, di garanzia e di vigilanza del sistema delle comunicazioni elettroniche, al fine di assicurare il rispetto delle regole del mercato e dei consumatori e di incentivare lo sviluppo tecnologico della rete.

Le prerogative dell'AGCOM in materia di diritto d'autore sono state riconosciute con la legge 248/2000, di modifica della legge 633/1941. L'AGCOM è competente, insieme alla SIAE e nei limiti delle rispettive attività istituzionali, in attività di vigilanza e accertamento delle violazioni in specifici campi, tra cui quello delle comunicazioni elettroniche, derivante dalla lettura interpretativa della lettera a) dell'art. 182 bis²⁴¹.

²³⁹ L. 633/1941, art. 180 comma 4: *“La suddetta esclusività di poteri non pregiudica la facoltà spettante all'autore, ai suoi successori o agli aventi causa, di esercitare direttamente i diritti loro riconosciuti da questa legge.”*

²⁴⁰ L. 249/1997, art. 1: *“È istituita l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, di seguito denominata «Autorità», la quale opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione.”*

²⁴¹ L. 633/1941, art. 182 bis: *“1. All'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ed alla Società italiana degli autori ed editori (SIAE) è attribuita, nell'ambito delle rispettive competenze previste dalla legge, al fine di prevenire ed accertare le violazioni della presente legge, la vigilanza: a) sulla riproduzione e duplicazione con qualsiasi procedimento, su supporto audiovisivo, fonografico e qualsiasi altro supporto nonché su impianti di utilizzazione in pubblico, via etere e via cavo, nonché sull'attività di diffusione radiotelevisiva con qualsiasi mezzo effettuata; b) sulla proiezione in sale cinematografiche di opere e registrazioni tutelate dalla normativa sul diritto d'autore e*

L'AGCOM si presenta infatti come l'ente più idoneo a tutelare in modo efficace il diritto d'autore su internet, anche grazie alle competenze tecniche acquisite e sviluppate sin dalla sua istituzione²⁴².

La legge 248/2000 dispone inoltre che l'AGCOM sviluppi specifici accordi con la SIAE per le attività di coordinamento di determinati compiti di ricerca, ispettivi e di vigilanza, i cui primi esempi si ritrovano nell'accordo del 6 luglio 2001, successivamente integrato con quello del 10 maggio 2007. Con tali accordi, i due enti si sono impegnati per pianificare alcune attività in modo congiunto, sviluppare iniziative di interscambio di dati e di informazioni e di prevenzione e repressione degli illeciti amministrativi e penali in tema di diritto d'autore, avvalendosi anche del personale dei nuclei speciali delle Forze di Polizia e della Guardia di Finanza²⁴³.

Gli accordi prevedono inoltre lo svolgimento in modo congiunto di attività di studio e ricerca, limitatamente alle materie di comune interesse, per i servizi e i contenuti audiovisivi (fonogrammi e videogrammi). Sempre per lo stesso scopo è disposto un Comitato permanente, composto, in forma paritetica, da rappresentanti dell'AGCOM e della SIAE, che ha il compito di dirimere eventuali problemi derivanti dall'esecuzione dell'accordo.

Questi accordi sono dunque sostanzialmente rivolti a consentire ad AGCOM e SIAE di collaborare in modo efficiente per vigilare in modo efficiente in materia di diritto d'autore, anche se nei rapporti interni viene riconosciuta maggiore autonomia e decisionalità all'Autorità

sui diritti connessi al suo esercizio; c) sulla distribuzione, la vendita, il noleggio, l'emissione e l'utilizzazione in qualsiasi forma dei supporti di cui alla lettera a); d) sui centri di riproduzione pubblici o privati, i quali utilizzano nel proprio ambito o mettono a disposizione di terzi, anche gratuitamente, apparecchi per fotocopia, xerocopia o analogo sistema di riproduzione; d-bis) sull'attività di fabbricazione, importazione e distribuzione degli apparecchi e dei supporti di cui all'art. 71-septies; d-ter) sulle case d'asta, le gallerie e in genere qualsiasi soggetto che eserciti professionalmente il commercio di opere d'arte o di manoscritti”.

²⁴² AGCOM, *Il diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica. Indagine Conoscitiva*, Roma, 2010, pag. 13.

²⁴³ AGCOM, *Il diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica. Indagine Conoscitiva*, Roma, 2010, pagg. 63 e ss..

amministrativa²⁴⁴, a causa della sua natura *super partes* e dei poteri maggiormente incisivi di cui dispone.

²⁴⁴ Ad esempio in merito alle attività ispettive è disposto espressamente che il compito di pianificare e condurre tale attività spetta all'AGCOM.

3.3 Lo schema di regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica: il notice and take down anche in Italia?

L'AGCOM, in un proprio documento (delibera n. 668/10/CONS del 17 dicembre 2010²⁴⁵), ha voluto evidenziare come la costante evoluzione del mercato digitale sia un'irripetibile occasione di sviluppo economico e sociale, in quanto la diffusione sul territorio nazionale della connessione a banda larga e la possibilità di trasformare in formato digitale qualsiasi tipo di contenuto culturale rendono possibile un'offerta da parte dell'industria del settore di nuovi modelli di business.

Tuttavia, l'Autorità ha rilevato anche come la maggiore efficienza delle reti elettroniche aumenti le possibilità per gli utenti di scambiare e diffondere in maniera non autorizzata contenuti protetti, senza che i legittimi titolari del diritto d'autore possano ricevere i profitti e mantengano il controllo del mercato della propria opera.

L'AGCOM si è quindi premurata di segnalare al Governo e al Parlamento come la normativa italiana in questo settore non sia al passo col progresso tecnologico della rete e, in particolare, come non sia in grado di limitare con successo le violazioni online e quindi di permettere lo sviluppo di un valido mercato legale di contenuti digitali. Viene quindi promossa a tal fine una revisione normativa diretta a dotare l'ordinamento di una procedura idonea ad eliminare rapidamente i contenuti illeciti dalla rete e a favorire l'offerta legale. A tal fine nella stessa delibera viene presentata e posta in consultazione pubblica una prima bozza di regolamento in materia di diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica.

²⁴⁵ La delibera n. 688/10/CONS del 17 dicembre 2010 è un documento sottoposto a consultazione pubblica che definisce gli elementi essenziali del provvedimento concernente l'esercizio delle competenze dell'Autorità nell'attività di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica.

Da tale consultazione pubblica sono scaturite varie osservazioni e critiche riguardo al testo proposto dall'AGCOM, alcune delle quali particolarmente puntuali, è opportuno richiamare.

Ad esempio, il Centro Studi Informatica Giuridica di Ivrea – Torino²⁴⁶, rispondendo alla consultazione, si è particolarmente concentrato sulla “campagna educativa” che l'AGCOM propone di mettere in atto.

In particolare, ove si prevede di incaricare i fornitori di servizi online di informare preventivamente nel contratto e nei termini di servizio i propri utenti circa la normativa vigente in materia e i comportamenti illeciti legati ad un uso scorretto del servizio, il Centro ritiene che la stessa normativa sul diritto d'autore sia poco chiara e intellegibile relativamente alle innovazioni portate dalla rivoluzione digitale e ci sia, quindi, necessità di un profondo ammodernamento della legge 633/1941, anche ai fini di una maggiore comprensibilità da parte degli utenti della rete²⁴⁷.

Il CISG ha anche voluto sottolineare che l'alternativa di un mercato legale e appetibile, costituita dallo sviluppo di piattaforme di contenuti legali, è ostacolata dall'aumento e dalla eccessiva protezione dei vari diritti di esclusiva di cui sono titolari i diversi soggetti della catena di produzione creativa. Questi rendono sostanzialmente irrealizzabili dei sistemi di licenza dei contenuti che siano multi-territoriali e multi-repertorio, caratteristiche necessarie per poter creare un'offerta legale accessibile facilmente e a tutti²⁴⁸.

²⁴⁶ Il Centro Studi Informatica Giuridica (CSIG) è un'associazione indipendente e senza scopo di lucro che promuove il confronto e il dibattito con l'obiettivo di sviluppare positivamente il quadro normativo italiano con riferimento al diritto applicato alle nuove tecnologie.

²⁴⁷ CSIG Ivrea – Torino, *Criticità della delibera AGCOM sotto il profilo dell'educazione alla legalità e al diritto d'autore* in *Libro bianco sui diritti d'autore e diritti fondamentali nella rete internet*, giugno 2011, pag. 187: “*Quella stessa legge che si vuol far rispettare è scritta in maniera tale da essere capita e compresa, se non da tutti, quanto meno dalla maggior parte 187 degli utenti?[...] In tema di proprietà intellettuale, si rileva come nuovi concetti sono stati introdotti (“downloading/uploading”) e nuove logiche di sfruttamento dei diritti si sono imposte all'attenzione, spingendo la riflessione giuridica a considerare se non fosse addirittura opportuno ipotizzare un diritto d'autore “2.0”, più adatto alla rivoluzione digitale.*”.

²⁴⁸ CSIG Ivrea – Torino, *op. cit.*, pag. 194.

Sotto il profilo del procedimento di notice and take down, il Centro NEXA su internet e società del Politecnico di Torino²⁴⁹, segnala come punto critico il fatto che il contraddittorio è solo apparente, in quanto vi possono prendere parte esclusivamente il titolare del diritto e il gestore del sito e non anche l'utilizzatore del sito stesso. Il gestore infatti non ha alcun interesse a difendere il contenuto caricato dall'utente, in quanto, pur di evitare le sanzioni previste, preferirà semplicemente rimuovere il contenuto²⁵⁰. Il NEXA ha anche messo in discussione la competenza dell'AGCOM nel predisporre una "black list" dei siti aventi finalità esclusivamente illecite²⁵¹.

Anche il Ministero della Gioventù, in rappresentanza (se così si può dire) della maggioranza degli utenti di internet, ha partecipato attivamente alla consultazione²⁵², offrendo alcuni interessanti spunti di discussione.

In particolare si è auspicata la predisposizione di una condizione di procedibilità per la rimozione dei contenuti dalla rete, che preveda che il titolare del diritto abbia realmente fatto in modo che la stessa opera di cui pretende la tutela sia effettivamente disponibile su internet per l'acquisto in forma lecita²⁵³.

²⁴⁹ Il Centro NEXA su internet e società è un centro di ricerca indipendente del Politecnico di Torino che dal 2006 studia in maniera quantitativa e multidisciplinare Internet e il suo impatto sulla società, conducendo anche ricerche finanziate dall'Unione Europea, nonché collaborando col Berkman Center for Internet & Society dell'Università di Harvard.

²⁵⁰ Centro NEXA, *Osservazioni del Centro NEXA su internet e società sulle proposte di intervento di cui all'allegato b) alla delibera n°668/10/CONS del 17 dicembre 2010*, marzo 2011, pag. 17: "si tratta di un contraddittorio solo apparente dei titolari dei diritti in gioco. Da un lato vi sarà il presunto titolare del diritto, dall'altro unicamente il «gestore del sito» che, qualora non abbia responsabilità diretta nella violazione (cioè non sia un content provider) ma sia appunto mero intermediario, non sarà in grado, né in vero avrà interesse alcuno, a difendere l'operato dell'utente destinatario del servizio: pur di non incorrere nelle sanzioni ed in responsabilità patrimoniali il fornitore rimuoverà il contenuto con buona pace del reale interessato."

²⁵¹ Centro NEXA, *op. cit.*, pag. 22.

²⁵² Ministero della Gioventù, *Osservazioni consultazione pubblica AGCOM promossa con delibera n. 668/10/CONS del 17 dicembre 2010*.

²⁵³ Ministero della Gioventù, *op. cit.*, pag. 11: "si suggerisce di condizionare la procedibilità di ogni richiesta di intervento in rimozione di un contenuto audiovisivo da internet alla circostanza che il titolare abbia realmente provveduto affinché tale

Il Ministero sottolinea anche il fatto che la valutazione comparativa riguardo la preminenza tra diritti come la libertà di manifestazione del pensiero e il diritto di autore ecceda in concreto l'ambito di competenza riconosciuta all'AGCOM dalla legge²⁵⁴.

Visto l'oggetto della materia, hanno partecipato alla consultazione pubblica anche alcune associazioni di consumatori, le quali hanno rilevato complessivamente una scarsa tutela verso quest'ultimi, in quanto destinatari dei servizi online, e che l'intero procedimento di inibitoria e rimozione dei contenuti dovrebbe essere affidato al giudice e non all'Autorità amministrativa²⁵⁵.

Non è tuttavia mancato chi ha fatto notare come, a prescindere dalle molte criticità, sia stato importante che, tramite questa consultazione pubblica, si sia finalmente deciso di affrontare concretamente il conflitto esistente tra la rete e il diritto d'autore, al fine di stimolare la formazione di un mercato digitale efficiente²⁵⁶.

contenuto sia effettivamente fruibile su internet [...] e laddove l'utilizzo del contenuto denunciato quale illecito, sarebbe stato possibile in forma lecita senza oneri discriminatori o sproporzionati per l'utilizzatore."

²⁵⁴ Ministero della Gioventù, *op. cit.*, pag 4: "La procedura delineata implica, da parte della stessa Autorità, lo svolgimento di tutta una serie di complesse valutazioni di tipo comparativo circa la preminenza di taluni diritti su altri quali la libertà di manifestazione del pensiero vs il diritto d'autore ed è destinata ad incidere su ambiti diversi ed estranei all'ambito di azione generale riconosciuto all'Autorità."

²⁵⁵ Adiconsum, Agorà Digitale, Altroconsumo, Assonet, Assoprovider e Studio Legale Sarzana e Associati, *Osservazioni su consultazione pubblica su lineamenti di provvedimento concernente l'esercizio delle competenze dell'autorità nell'attività di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica*, pag. 6.

²⁵⁶ G. Aranguena De La Paz, *L'Italia verso il DMCA in Comparazione e diritto civile*, 2011, pag. 57: "Pertanto, a prescindere dalle numerose questioni problematiche rilevabili nel documento dell'Autorità, ovvero dagli esiti effettivi della consultazione, quel che è realmente doveroso sottolineare è l'importanza stessa di porsi come obiettivo quello di dirimere finalmente il conflitto esistente tra il mondo del diritto d'autore e dei media tradizionali da un lato, ed il mondo della rete e dei nuovi media di comunicazione elettronica, dall'altro. E ciò al fine di ritrovare nel "digitale" la possibilità di creare valore ed espandere il mercato."

3.3.1 La procedura di notice and take down nello schema di regolamento dell'AGCOM

Questo percorso dell'AGCOM è giunto il 6 luglio 2011 all'emanazione dello "Schema di regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica"²⁵⁷. Tale schema ha recepito alcune delle osservazioni ricevute dai soggetti interessati che hanno partecipato alla consultazione pubblica, come, ad esempio, l'inclusione dell'autore del contenuto di cui si chiede la rimozione tra le parti del procedimento.

La prima parte dello schema di regolamento predisposto dall'AGCOM è dedicato allo sviluppo dell'offerta legale dei contenuti digitali e della loro corretta fruizione, grazie anche all'istituzione di un apposito tavolo tecnico composto da rappresentanti delle categorie interessate e delle associazioni di consumatori e utenti²⁵⁸.

La seconda parte dello schema si occupa più propriamente dei profili di vigilanza, accertamento e cessazione delle violazioni del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica, al fine di introdurre un sistema di notice and take down anche in Italia.

Analizzando nel dettaglio la procedura, si prevede che nel momento in cui il titolare del diritto d'autore si accorga della presenza su

²⁵⁷ Allegato A alla delibera n. 398/11/CONS del 6 luglio 2011.

²⁵⁸ In particolare l'Autorità si pone questi obiettivi: a) promozione dell'offerta legale tramite l'individuazione di misure di sostegno allo sviluppo dei contenuti digitali e delle soluzioni idonee alla riduzione delle barriere normative; b) elaborazione di codici di condotta dei gestori dei siti e dei fornitori di servizi di media audiovisivi e radiofonici; c) promozione di accordi tra produttori e distributori per la riduzione delle finestre di distribuzione, e la messa a disposizione di contenuti con modalità di acquisto semplificate e a costi contenuti; d) promozione di accordi tra operatori volti a semplificare la filiera di distribuzione dei contenuti digitali relativi alle nuove modalità di sfruttamento favorendo l'accesso ai contenuti premium; e) individuazione di criteri e procedure per l'adozione di accordi collettivi di licenza; f) realizzazione di campagne di educazione alla legalità nella fruizione dei contenuti; g) osservatorio per monitorare i miglioramenti della qualità e le riduzioni dei prezzi dell'offerta legale di contenuti digitali.

un sito web di un contenuto illecito può predisporre e inviare un'apposita notifica al gestore del sito per chiederne la rimozione (art. 6)²⁵⁹. Nel caso in cui il contenuto sia stato caricato da un terzo, in qualità di destinatario del servizio online, la richiesta di rimozione gli viene inoltrata dall'intermediario, se possibile. Il terzo può a sua volta presentare delle controdeduzioni, al fine di opporsi alla rimozione del contenuto. Se dopo quattro giorni la richiesta di rimozione non viene ottemperata, il titolare del diritto d'autore può rivolgersi all'AGCOM.

Lo schema di regolamento prevede anche una procedura di "counter-notice" nel caso in cui il contenuto caricato da un terzo sia stato rimosso, ma quest'ultimo ritenga che la rimozione sia ingiustificata (art. 7). Il terzo ha l'onere di presentare opposizione alla rimozione nei confronti del gestore del sito, il quale deve informare dell'opposizione, se possibile, il titolare del diritto d'autore, e può decidere, entro quattro giorni, se ripristinare o meno il contenuto rimosso.

Il procedimento dinanzi all'Autorità si può avviare in caso di mancata rimozione, o in caso di mancato ripristino, entro sette giorni dalla scadenza dei termini sopra citati (art. 8).

Nello specifico, l'Autorità, verificata la presenza dei requisiti formali della segnalazione²⁶⁰, analizza gli elementi utili acquisiti e notifica l'avvio del procedimento istruttorio al gestore del sito.

Entro dieci giorni dall'invio di questa notifica, la Direzione competente comunica le proprie risultanze istruttorie al gestore, il quale ha a disposizione quarantotto ore di tempo per adempiere spontaneamente e darne comunicazione all'Autorità. In caso di mancata ottemperanza, la

²⁵⁹ Allegato A alla delibera n. 398/11/CONS, art. 6: "[...]La segnalazione va trasmessa utilizzando il modulo redatto secondo il facsimile di cui all'allegato 1 al presente regolamento e reso disponibile sul sito dell'Autorità, al quale poter accedere attraverso un link messo a 6 398/11/CONS disposizione sul sito del gestore del sito o del fornitore del servizio di media audiovisivo o radiofonico."

²⁶⁰ Ex art. 9, Allegato A alla delibera n. 398/11/CONS, la Direzione deve verificare la completezza della segnalazione, l'utilizzo del corretto facsimile allegato al regolamento, il corretto esperimento della procedura di "notice" o "counternotice" e che non sia decorso il termine di decadenza di sette giorni. In caso di mancanza di uno dei requisiti la Direzione accerta l'infondatezza della segnalazione e ne dispone l'archiviazione.

Direzione trasmette gli atti all'organo collegiale, per l'adozione dei provvedimenti sanzionatori di sua competenza, previsti dagli artt. 13 e 14.

Peraltro, in qualsiasi momento del procedimento è possibile per ciascuna delle parti rivolgersi, in via alternativa, all'autorità giudiziaria, con conseguente insindacabile archiviazione del procedimento amministrativo²⁶¹.

Tra i provvedimenti sanzionatori che l'organo collegiale può adottare è prevista dal regolamento la possibilità di ordinare al gestore del sito la rimozione selettiva dei contenuti che violano le norme sulla proprietà intellettuale²⁶².

3.3.2 Reazioni e commenti allo schema di regolamento AGCOM

Al momento della pubblicazione dello schema di regolamento, il dibattito dottrinale, già avviato a seguito della delibera sui lineamenti di provvedimento²⁶³, non si è fermato.

Una critica in particolare è rimasta inalterata, sia prima che dopo la pubblicazione della delibera n. 398/11/CONS: è stato fatto notare come la legge italiana non assegni alcun potere sanzionatorio all'AGCOM, che non potrebbe quindi predisporre i provvedimenti previsti dagli artt. 13 e 14 in capo all'organo collegiale²⁶⁴.

²⁶¹ Allegato A alla delibera n. 398/11/CONS, art. 8: *“Qualora nel corso del procedimento di cui alla presente Sezione sia adita l’Autorità giudiziaria, la parte che l’ha adita ne informa tempestivamente l’Autorità, che archivia gli atti.”*

²⁶² Allegato A alla delibera n. 398/11/CONS, art. 13: *“L’organo collegiale può ordinare ai gestori di siti i cui nomi di dominio siano stati registrati da un soggetto residente o stabilito in Italia, la rimozione selettiva dei contenuti oggetto di segnalazione che siano stati diffusi in violazione delle norme sul diritto d’autore”*.

²⁶³ Delibera n. 668/10/CONS del 17 dicembre 2010.

²⁶⁴ V. De Luca, *Diritto d'autore e schema di regolamento AGCOM: il punto in Comparazione e Diritto Civile*, 2011, pag. 4: *“La normativa vigente dunque non le assegna esplicitamente alcun potere sanzionatorio, se non limitatamente a quanto previsto dal decreto Romani con riguardo, però, al solo settore audiovisivo. Pertanto, al di fuori della disciplina dei media audiovisivi, l’AGCOM sarebbe sprovvista di potere sanzionatorio: non sarebbe dunque rispettato il principio di stretta legalità che vige nel*

La legittimazione in capo all’Autorità non potrebbe farsi derivare neanche dalla normativa comunitaria, dal momento che questa prevede²⁶⁵ che la procedura di notice and take down possa essere predisposta solo su richiesta del giudice nazionale²⁶⁶.

In base a queste osservazioni, si corre dunque il rischio che i provvedimenti sanzionatori disposti dall’Autorità siano facilmente impugnabili con successo, perché viziati da violazione di legge²⁶⁷.

Forti polemiche sono sorte poi a causa della rimozione del commissario Nicola D’Angelo dall’incarico di relatore dello schema di regolamento²⁶⁸.

Circostanziate critiche sono state espresse anche relativamente all’introduzione nell’art. 10²⁶⁹ di alcuni criteri ricollegabili alla dottrina del

nostro ordinamento sia per le sanzioni derivanti da illecito penale che per quelle amministrative.”

²⁶⁵ Direttiva 2004/48/CE, art. 11: *“Gli Stati membri assicurano che, in presenza di una decisione giudiziaria che ha accertato una violazione di un diritto di proprietà intellettuale, le autorità giudiziarie possano emettere nei confronti dell'autore della violazione un'ingiunzione diretta a vietare il proseguimento della violazione.”*

²⁶⁶ V. De Luca, *op. cit.*, pag. 3: *“E’ stato evidenziato in primo luogo l’assenza di legittimazione in capo all’Autorità nel predisporre la procedura di notice and take down: essa infatti è prevista dalle normative europee solo a seguito di richiesta dell’autorità giudiziaria.”*

²⁶⁷ L. 689/1981, art. 1: *“Nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione. Le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati”*.

²⁶⁸ Il commissario infatti si è visto sostituito due mesi prima dell’emanazione della delibera del 7 luglio 2011: D’Angelo afferma di non aver ricevuto alcuna spiegazione, ma ritiene che la ragione del suo allontanamento sia da ricercare nel fatto che fosse il commissario maggiormente contrario all’adozione di poteri regolatori da parte dell’AGCOM, in quanto riteneva che tali poteri dovessero essere affidati all’autorità giudiziaria. E’ Il Sole 24 Ore che riporta le parole del Commissario Nicola D’Angelo in data 13 maggio 2011: *“Io so solo che ero relatore di questo provvedimento e che poi ho appreso di non esserlo più. [...]No, nessun chiarimento, come le ho già detto ho appreso la cosa da un ordine del giorno, ma mi interessa solo che su certe tematiche rimanga vivo il senso critico. [...] (Il mio dubbio più forte riguardava) Sicuramente la chiusura per via amministrativa dei siti. A un'autorità come l'Agcom può sì spettare la vigilanza ma non la regolazione, che invece dovrebbe riferirsi sempre alla giustizia ordinaria. Altrimenti dove sono le garanzie delle parti, dov'è il contraddittorio?”*.

²⁶⁹ Allegato A alla delibera n. 398/11/CONS, art. 10: *“Le eccezioni di cui all'articolo 9, comma 3, sono valutate dall'Autorità tenendo conto dei seguenti criteri: a) l'uso didattico e scientifico; b) l'esercizio del diritto di cronaca, di commento, di critica e di*

fair use statunitense, senza però che questi siano previsti da apposita norma di legge, né siano riscontrabili in giurisprudenza²⁷⁰.

Non è stata poi recepita dall’Autorità l’osservazione ricevuta durante la consultazione pubblica sull’esiguità del termine di quarantotto ore, decorrente dal ricevimento della notifica di avvio del procedimento, concesso al gestore del sito per fornire le proprie difese; anche perché la PEC²⁷¹, indicata dall’AGCOM come mezzo per inviarle, risulta ancora poco diffusa in Italia²⁷².

Altre gravi perplessità sono state ravvisate, sotto il profilo del principio del giusto processo, circa l’entità della sanzione pecuniaria (fino a 250.000 euro), che è ad oggi la più alta comminabile in un procedimento sommario²⁷³.

In campo politico il deputato PD Paolo Gentiloni, già Ministro delle Comunicazioni nella XV Legislatura, si è rammaricato che lo schema di regolamento non sia ancora riuscito a trovare un giusto equilibrio tra i diritti coinvolti, mentre l’allora Ministro della Gioventù Giorgia Meloni ha

discussione nei limiti dello scopo informativo e dell'attualità; c) l'assenza della finalità commerciale e dello scopo di lucro; d) l'occasionalità della diffusione, la quantità e qualità del contenuto diffuso rispetto all'opera integrale che non pregiudichi il normale sfruttamento economico dell'opera.”

²⁷⁰ F. Ventriglia, *Approfondimento sul nuovo schema di regolamento sul diritto d’autore approvato il 6 luglio del 2011 dall’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni in Agorà digitale*, 7 luglio 2011, pag. 2: “*altrettanto infelice è stato il criterio sotteso alla valutazione della sussistenza del fair use: infatti, esso non è definito dalla Giurisprudenza, ma fondato su criteri individuati dalla stessa AGCOM.*”

²⁷¹ La Posta Elettronica Certificata (PEC) è il sistema che consente di inviare email con valore legale equiparato ad una raccomandata con ricevuta di ritorno, come stabilito dal DPR 11 Febbraio 2005 n.68. Questa fornisce inoltre la certezza del contenuto del messaggio e ne garantisce l’opponibilità ai terzi.

²⁷² F. Ventriglia, *op. cit.*, pag. 2: “*L’Autorità sembrerebbe essere nuovamente irrispettosa di quei principi costituzionali del diritto di difesa e del giusto processo: il termine di 48 ore, decorrenti dalla notifica dell’avvio del procedimento, concessi al solo gestore del sito per difendersi risulta essere non solo irrisorio, ma addirittura impossibile materialmente: l’unico strumento di difesa per i gestori dei siti indicato dall’Autorità, ossia la Posta Elettronica Certificata (PEC), si trova ad un livello di diffusione ancora scarso nel territorio nazionale.*”

²⁷³ F. Ventriglia, *op. cit.*, pag. 2.

affermato di non essere soddisfatta del procedimento di rimozione dei contenuti²⁷⁴.

Apprezzamento pienamente positivo alla procedura è stato invece espresso dalla FIEG²⁷⁵, che ha definito in un proprio comunicato stampa il provvedimento dell'AGCOM come “una soluzione equilibrata e trasparente, sia sotto un profilo di metodo che di sostanza”.

A sviluppare ulteriormente la discussione è giunto anche il parere della Commissione Europea sullo schema di regolamento, che in una lettera di 6 pagine indirizzata al Ministro degli Esteri ha presentato una serie di richieste di chiarimenti.

E' opportuno menzionare alcune tra le più rilevanti di queste osservazioni. In primo luogo, viene criticato anche dall'UE il termine di quarantotto ore per proporre nuovi scritti difensivi, poiché ritenuto eccessivamente breve. La Commissione si chiede inoltre se l'Autorità amministrativa abbia il potere di imporre ai gestori dei siti esteri di bloccare l'accesso a determinati contenuti per l'Italia. Peraltro, la Commissione dubita di come l'AGCOM possa bilanciare la tutela della proprietà intellettuale con l'inserimento di nuove eccezioni e limitazioni in materia (art. 10), non previste dagli artt. 2 e 3 della direttiva 2001/29/CE. Infine si ritiene che la durata prevista per il procedimento (quarantacinque giorni) sia troppo lunga e quindi in contrasto con il requisito della immediata rimozione del contenuto illecito²⁷⁶.

²⁷⁴ Dichiarazioni riportate nell'articolo *Diritto d'autore sul web: niente stop ai siti stranieri* in *Il Sole 24 Ore*, 7 luglio 2011.

²⁷⁵ La Federazione Italiana Editori Giornali (FIEG), fondata nel 1950, rappresenta le aziende editrici di giornali quotidiani e periodici e le agenzie nazionali di stampa.

²⁷⁶ Notifica 2011/403/I, Osservazioni a norma dell'articolo 8 (2), della direttiva 98/34/CE: “*Il termine di 48 ore (meno di due giorni lavorativi!) per presentare eventuali scritti difensivi ai sensi dell'art. 9(4) sembrerebbe eccessivamente breve. [...] Ai sensi dell'art. 14 può l'organo collegiale adottare un provvedimento che consista nell'ordinare ai fornitori di accesso a internet di bloccare l'accesso al contenuto illegale in Italia ? [...] Visto che lo schema di regolamento ha come scopo quello di proteggere la proprietà intellettuale le autorità italiane sono invitate a fornire dei chiarimenti su come l'AGCOM intenda conciliare questi obiettivi con l'introduzione di nuove eccezioni e limitazioni presenti nell'art. 10 [...] La Commissione invita le autorità italiane a chiarire come questo schema temporale (45 giorni) possa essere collegato al requisito di immediata rimozione*”.

La richiesta di chiarimenti della Commissione Europea²⁷⁷ ha avuto l'effetto di rallentare ulteriormente i lavori di adozione dello schema di regolamento e, a febbraio 2012, non è stata ancora pubblicata una nuova versione che sciolga i dubbi espressi dall'organo dell'UE.

²⁷⁷ Non sono peraltro mancate critiche alle osservazioni formulate dalla Commissione. In particolare G. Scorza, *La Commissione UE scrive all'AGCOM: guida alla lettura* in *LeggiOggi.it*, 9 novembre 2011, il quale afferma che la Commissione, agendo per conto dei lobbisti dell'industria dei contenuti, miri ad un inopportuno inasprimento delle misure presenti nel regolamento e che la durata di 45 giorni del procedimento non sia troppo lunga, bensì troppo breve al fine di garantire un corretto giudizio.

3.4 Oltre il notice and take down

A conclusione dell'analisi svolta nei paragrafi precedenti restano aperti molti interrogativi riguardo le prospettive future della normativa in materia di prevenzione degli illeciti in rete e, di conseguenza, della protezione del diritto d'autore online. Le ultime sentenze della Corte di Giustizia UE e le recenti proposte legislative dell'Italia, degli Stati Uniti d'America e di altri Stati europei (come Francia, Gran Bretagna e Spagna) hanno, infatti, ulteriormente messo in evidenza le criticità della materia.

Tali criticità sono emerse anche nelle pronunce discordanti della corte di giustizia UE precedentemente analizzate²⁷⁸. La sentenza L'Oreal v. eBay ha di fatto riaperto il dibattito sulla possibilità di utilizzare i filtri preventivi per impedire violazioni della proprietà intellettuale (anche se nel caso in questione non si parlava strettamente di diritto d'autore, ma di marchi), affermando “l'applicabilità di provvedimenti finalizzati ad impedire la violazione dei diritti del titolare, ed anche a prevenire nuove violazioni”. Sembrava quindi che si fosse aperta la possibilità di imporre agli intermediari della rete l'adozione di sistemi di controllo preventivi.

Questa apertura è stata però messa in discussione da una pronuncia della Corte di Giustizia UE successiva di pochi mesi. Nella vertenza tra Scarlet e SABAM, il giudice europeo ha stabilito che l'imposizione di una sorveglianza generalizzata e preventiva ai fornitori di servizi online sarebbe contraria al diritto comunitario e violerebbe i diritti del fornitore di servizi online e dei suoi clienti.

Questa incertezza di opinioni dimostra quanto sia difficile trovare un giusto bilanciamento tra la tutela di cui il diritto della proprietà intellettuale ha bisogno per poter remunerare gli autori, e la necessaria salvaguardia di diritti fondamentali, come la riservatezza e la libertà d'espressione, che stanno incontrando sulla rete in questi anni la loro massima espansione (in quanto, ad esempio, con un semplice click è

²⁷⁸ Vedi paragrafo 2.4

possibile manifestare il proprio pensiero in tempo reale e in qualunque parte del mondo).

Anche in Italia si è assistito recentemente a tentativi di modificare la legislazione vigente sulla responsabilità dei fornitori di servizi online nel tentativo di andare oltre la procedura di notice and take down prevista dallo schema di regolamento AGCOM.

In realtà, già in passato la Commissione interministeriale sui contenuti digitali nell'era di internet²⁷⁹ aveva a tal proposito cercato di proporre tre diverse soluzioni.

Una prima opzione consisteva nel lasciare agire indipendentemente le forze interne al mercato stesso, rinunciando a legiferare in materia e fidandosi della capacità di autoregolamentazione degli operatori economici della rete.

La seconda vedeva nelle licenze obbligatorie una possibile soluzione al problema. Queste prevedono che il titolare del diritto rinunci ad ogni controllo sulla diffusione della propria opera ottenendo in cambio un compenso stabilito arbitrariamente da un'autorità incaricata: in questo modo si potrebbe, ad esempio, prevedere una distribuzione dei proventi fra gli aventi diritto suddivisa in base alla popolarità delle loro opere.

Una terza possibilità consisteva infine nel rivedere la normativa esistente, rinunciando, però, a trovare un complesso equilibrio fra i diritti in gioco, bensì scegliendo apertamente di favorire le legittime aspettative o dei titolari del diritto d'autore o dei consumatori.

Tornando al presente la proposta di legge n. 4549 presentata alla Camera dei Deputati nel mese di luglio del 2011 dai deputati Centemero e Versace²⁸⁰, ha inteso modificare le disposizioni contenute nel decreto legislativo n. 70 del 2003, che, come si ricorderà, ha dato attuazione nel nostro ordinamento alla direttiva 2000/31/CE in materia di commercio

²⁷⁹ Commissione interministeriale sui contenuti digitali nell'era di internet, *I contenuti digitali nell'era di internet*, Roma, 2005, pagg. 65-67.

²⁸⁰ Proposta di legge 4549: Modifica degli articoli 16 e 17 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, in materia di responsabilità e di obblighi dei prestatori di servizi della società dell'informazione e per il contrasto delle violazioni dei diritti di proprietà industriale operate mediante la rete internet.

elettronico. In particolare, si volevano responsabilizzare maggiormente i fornitori di servizi online, seguendo le indicazioni in tema di diligenza ad essi richieste fornite dalla sentenza L'Oreal. In primo luogo si intendeva modificare l'art 16 del decreto legislativo 70/2003, al fine di aggiungere all'originaria lettera b) la previsione normativa per cui l'obbligo della rimozione del contenuto illecito sorge su segnalazione di qualunque soggetto interessato²⁸¹. In pratica tale norma avrebbe attivato i doveri di diligenza del fornitore di servizi online circa la rimozione di contenuti illeciti in seguito alla segnalazione operata da qualunque cittadino.

La stessa proposta di legge conteneva anche una modifica dell'art 17 del decreto legislativo n. 70 del 2003, mediante l'inserimento di una norma che ne avrebbe riscritto la lettera b)²⁸². Tale integrazione avrebbe obbligato il fornitore di servizi online che offre un servizio ulteriore ai propri utenti (ad esempio pubblicità) ad attivarsi per ricercare tutti quei casi in cui tale servizio avrebbe potuto facilitare o sostenere le attività illecite dei terzi.

²⁸¹ Proposta di legge 4549, art. 1: *“il prestatore non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore: a) non sia effettivamente a conoscenza 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 rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione, avvalendosi a tal fine di tutte le informazioni di cui disponga, incluse quelle che gli sono state fornite dai titolari dei diritti violati dall'attività o dall'informazione, anche in relazione ad attività o a informazioni illecite precedentemente memorizzate dal prestatore a richiesta dello stesso o di altri destinatari del servizio; b) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti o di qualunque soggetto interessato, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso”*.

²⁸² Proposta di legge 4549, art. 2: *“4. In ogni caso le esenzioni e le deroghe in materia di responsabilità previste dal presente decreto non si applicano: a) al prestatore che deliberatamente collabori con un destinatario del suo servizio al fine di commettere atti illeciti; b) al prestatore che metta a disposizione del destinatario dei suoi servizi oggetto del presente decreto, o comunque fornisca o presti a suo favore, anche strumenti o servizi ulteriori, in particolare di carattere organizzativo o promozionale, ovvero adottati modalità di presentazione delle informazioni non necessarie ai fini dell'espletamento dei servizi oggetto del presente decreto, che siano idonei ad agevolare o a promuovere la messa in commercio di prodotti o di servizi ad opera del destinatario del servizio;”*.

Si ha l'impressione che, nel tentativo condivisibile di importare nell'ordinamento nazionale i principi sanciti dalla sentenza L'Oreal, al fine di responsabilizzare maggiormente le piattaforme dei mercati online, si sia arrivati a prevedere delle misure troppo penalizzanti per tutti i fornitori di servizi e per gli utenti, e quindi per lo sviluppo della rete²⁸³. Il disegno di legge sembra non aver ottenuto particolari consensi in Parlamento, tanto che a febbraio 2012 non risulta essere tra le proposte in discussione in assemblea.

Nello stesso periodo è stato presentato alla Camera dei Deputati, all'interno della legge comunitaria, un emendamento che prevedeva la modifica dell'art. 16 del d. lgs. 70/2003. In particolare, mediante l'inserimento del comma 3bis, la lettera c)²⁸⁴, si voleva imporre ai fornitori di servizi online l'obbligo di predisporre filtri preventivi mirati ad impedire l'accesso a prodotti o servizi contraffatti.

Tuttavia, come si è visto nella sentenza Scarlet v. SABAM, la Corte di Giustizia UE si è pronunciata chiaramente a sfavore dell'imposizione di tali sistemi di filtraggio generali e preventivi e la

²⁸³ F. Sarzana, *Il diritto ad internet ed il parlamento italiano: il ddl Centemero Versace* in *FulvioSarzanaBlog*, 18 settembre 2011.

²⁸⁴ “3bis. In ogni caso le esenzioni e le deroghe in materia di responsabilità previste dal presente decreto non si applicano: [...] c) al prestatore che non abbia adempiuto al dovere di diligenza che è ragionevole attendersi da esso e che è previsto dal diritto al fine di individuare e di prevenire taluni tipi di attività illecite. In particolare, al fine di prevenire la violazione dei diritti di proprietà industriale, di cui al decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30, tale dovere di diligenza comprende tra l'altro: l'adozione di filtri tecnicamente adeguati che non abilitino l'accesso ad informazioni dirette a promuovere o comunque ad agevolare la messa in commercio di prodotti o di servizi, in quanto tali informazioni contengano parole chiave che, negli usi normali del commercio, indicano abitualmente che i prodotti o i servizi a cui si applicano non sono originali, usate isolatamente o in abbinamento a un marchio o a un segno distintivo di cui il destinatario del servizio non abbia dimostrato di essere il titolare o il licenziatario; l'adozione di filtri tecnicamente adeguati che non abilitino l'accesso ad informazioni dirette a promuovere o comunque ad agevolare la messa in commercio di prodotti o di servizi la cui descrizione corrisponde alla descrizione di prodotti o di servizi contraffattori, che i titolari dei diritti di proprietà industriale ad essi relativi abbiano preventivamente comunicate al prestatore del servizio; l'esercizio di tali filtri anteriormente alla messa online dell'informazione; la pubblicazione all'interno del sito del prestatore del servizio, in modo chiaro e visibile, di tale regola di esclusione.”.

Camera dei Deputati, in sede di approvazione della legge comunitaria, ha cancellato interamente questo emendamento.

Queste iniziative legislative, a prescindere dal loro insuccesso, dimostrano comunque che il legislatore sta continuando a esplorare nuove possibili strade in grado di superare l'attuale normativa, per adeguarsi in maniera soddisfacente alla veloce evoluzione della tecnologia digitale.

Sembra quindi che il percorso che dovrebbe portare a realizzare una legge in materia in grado di tutelare in maniera soddisfacente tutti i diritti in gioco, senza per questo impedire lo sviluppo della rete, sia ancora lungo e complesso.

CONCLUSIONI

Dall'analisi svolta nei capitoli che precedono emerge chiaramente che il percorso di adattamento della normativa sul diritto d'autore alla comunicazione sulle reti elettroniche è ancora in divenire e lontano dall'essere concluso. Le difficoltà incontrate dai legislatori dei vari Paesi sono, come si è visto, numerose ed eterogenee.

Il sistema di notice and take down è stato sicuramente in un certo momento storico (e probabilmente ancora è) uno strumento necessario per rimuovere gli illeciti online, ma non può essere la risposta definitiva alla lotta contro la pirateria su internet.

Innanzitutto, si tratta di un sistema per sua stessa natura in grado di attivarsi esclusivamente a violazione ormai già avvenuta, solo per impedirne la sua prosecuzione. Durante il tempo intercorso tra il caricamento del contenuto, la percezione da parte del titolare del diritto d'autore della violazione e l'effettiva rimozione operata dal fornitore di servizi online, infatti, i diritti dell'autore sono comunque ripetutamente violati.

Un'altra criticità del notice and take down, come si è visto, è legata al fatto che, grazie alle esenzioni di responsabilità previste a beneficio dei provider, consente un'eccessiva inerzia da parte dei fornitori di servizi online sia nei confronti dei titolari del diritto d'autore che dei creatori dei contenuti segnalati. In particolare l'inerzia nei confronti dei titolari dei diritti si manifesta nella carenza di controllo sui contenuti che vengono di volta in volta veicolati sulle piattaforme online, in quanto i fornitori di servizi, scudandosi con l'assenza di un obbligo preventivo di sorveglianza, non si adoperano minimamente al fine di monitorare i contenuti condivisi, riversando integralmente sui titolari il compito di andare alla ricerca delle violazioni.

Nei confronti dei creatori dei contenuti, invece, l'inerzia si concretizza nel fatto che i fornitori di servizi online, al fine di evitare responsabilità nei confronti dei titolari del diritto d'autore, possono al

contrario preferire una ricezione acritica di qualsiasi segnalazione pervenga loro, senza curarsi di valutare la legittimità della notifica, grazie alla protezione di cui godono nei confronti dei creatori dei contenuti segnalati: non c'è dubbio che la rimozione indiscriminata dei contenuti è una soluzione più semplice ed economica rispetto a una corretta valutazione da svolgere su ogni reclamo.

Un'ulteriore problematica, che si è venuta a creare nel tempo, e legata alla precedente, è che le grandi industrie culturali hanno sviluppato dei sistemi di filtraggio che in automatico scandagliano la rete in cerca di illeciti²⁸⁵, per evitare di sostenere enormi costi dovuti al controllo sulla rete di eventuali violazioni relativamente alle innumerevoli opere dell'ingegno di cui detengono i diritti.

Tuttavia, questi filtri non sono (e nemmeno possono esserlo allo stato attuale della tecnica) perfetti, con l'effetto che i fornitori di servizi online si vedono recapitare in molte occasioni segnalazioni che sono palesemente infondate²⁸⁶. Tali segnalazioni conducono il più delle volte alla rimozione del contenuto erroneamente segnalato, proprio perché, come detto sopra, il più delle volte i fornitori di servizi online non operano alcuna verifica, anche solo superficiale, sui reclami che ricevono. Ciò comporta la rimozione ingiustificata di contenuti leciti e la violazione dei diritti dell'utente che li ha diffusi.

Queste osservazioni suggeriscono la necessità di formulare nuove soluzioni normative in materia, maggiormente in grado di reprimere le

²⁸⁵ Si tratta in particolare proprio di quei filtri su cui la Corte di Giustizia UE ha deciso che non possa essere imposto ai fornitori di servizi online l'obbligo di adottarli in via preventiva (vedi paragrafo 2.4).

²⁸⁶ J. M. Urban e L. Quilter, *Efficient process or chilling effects? Takedown notices under section 512 DMCA in Santa Clara Computer and High Tech Law Journal*, Vol. 22, 2006, pag. 667: "We first examined significant questions related to the underlying copyright claim, including fair use defenses, other substantive defenses, very thin copyright, or non-copyrightable subject matter. Surprisingly, 31% of § 512(c) and (d) notices present claims that fall into this category. As a rule of thumb, we tried to capture notices where a genuine dispute related to copyright infringement or defenses would clearly arise. [...] Among § 512(c)-(d) notices sent to Google, at least one type of substantive, subject-matter flaw was apparent in 209 notices, or 29% of the Google set. Among the self-reported § 512(c)-(d) notices, 43 (59 %) of the self-reported notices had at least one substantive flaw."

violazioni del diritto d'autore²⁸⁷. Tuttavia, come si è avuto modo di vedere, la più grande difficoltà consiste nel trovare un corretto bilanciamento tra i vari diritti coinvolti e nel saper rispondere alle continue evoluzioni tecnologiche di cui è oggetto il mondo di internet²⁸⁸.

In particolare, allo stato attuale, risulta estremamente imporre ai fornitori di servizi online un'attività di controllo preventivo sui contenuti immessi in rete dagli utenti, non solo per l'espressa previsione di legge che li esonera da tale obbligo²⁸⁹, ma anche perché un tale sistema di filtraggio, non può essere infallibile e si correrebbe il rischio di ledere oltre misura il diritto alla comunicazione privata fra gli utenti, in quanto si potrebbe bloccare anche la trasmissione di contenuti leciti. Inoltre, trattandosi di corrispondenza fra soggetti privati, un'attività di controllo, ed un'eventuale censura, su ogni comunicazione sulle reti elettroniche potrebbe costituire una violazione alla libera manifestazione del pensiero.

Allo stato attuale della tecnologia il punto è quindi capire come riuscire a prevenire il caricamento di contenuti illeciti sulla rete, senza che questo diventi una vera e propria attività di intercettazione e di monitoraggio dei contenuti online.

Un altro diritto fondamentale che viene chiamato in causa è quello relativo alla tutela dei dati personali, per le problematiche poste da una normativa basata sulla schedatura degli indirizzi IP di coloro i quali commettono illeciti.

Al riguardo, il Garante per la protezione dei dati personali aveva espresso profonda contrarietà nei confronti della raccolta degli indirizzi IP, qualificati come dati personali. Essi non possono essere prelevati senza il

²⁸⁷ J. C. De Martin, *op. cit.*, pag. 8: “Se una legge perde la base tecnologica che ne era il presupposto (il controllo di supporti fisici prodotti da attori economici) e nel contempo si ritrova a regolare contro ogni previsione la vita di miliardi di persone, non è ora di ripensarla dalle radici?”.

²⁸⁸ B. Terracciano, *op. cit.*, pag. 17: “Se da un lato è doveroso salvaguardare il bene intellettuale, e incentivare attraverso la retribuzione degli autori la creatività, infatti, bisogna, dall'altro, garantire un bilanciamento di interessi con la salvaguardia e la tutela di un'area di conoscenze, saperi e informazioni che dovrebbero essere e rimanere a disposizione della collettività, liberamente riutilizzabili come base per ulteriori creazioni e innovazioni.”.

²⁸⁹ Vedi paragrafo 2.3.

consenso dei diretti interessati, e tale consenso può essere superato solo nel caso in cui sia necessario salvaguardare un diritto di pari rilevanza a quello della segretezza nelle comunicazioni²⁹⁰.

Un ulteriore profilo di criticità relativamente all'utilizzo degli indirizzi IP è stato individuato dai giudici inglesi²⁹¹ che hanno affermato come l'indirizzo IP identifica solamente il titolare di un contratto per la connessione ad internet, mentre questa può essere condivisa anche da altri soggetti, soprattutto attraverso il sempre maggior utilizzo di modem wireless nelle abitazioni e negli uffici. Ne deriva che, nella maggior parte dei casi, l'indirizzo IP individua soltanto il soggetto che ha stipulato il contratto di accesso alla rete, ma non chi ha realmente utilizzato la connessione, e non può dunque essere probante per identificare in concreto l'effettivo autore della violazione.

Tenendo in considerazione che l'indirizzo IP è, al momento, l'unico riferimento in grado di identificare gli utenti della rete, si dubita, a causa di tali problemi, sulla possibilità effettiva di identificare, facendoli uscire dall'anonimato, i singoli autori degli illeciti online.

²⁹⁰ Garante per la protezione dei dati personali, Bollettino n. 91, febbraio 2008: *“E' risultato in particolare violato il principio di liceità (in ragione del fatto che la raccolta dei dati è stata effettuata in mancanza di una base legale esplicita). Si è ritenuto in secondo luogo violato il principio di finalità (in quanto la registrazione sistematica dei dati degli utenti ha perseguito scopi diversi da quelli tipici delle reti peer-to-peer). Non sono stati, altresì, rispettati i principi di buona fede e trasparenza, in quanto la raccolta dei dati è avvenuta senza che gli interessati potessero esserne consapevoli (sia per le circostanze nelle quali la raccolta è avvenuta, sia perché non informati) e i dati possono essere stati raccolti all'insaputa di abbonati che non sono, necessariamente, i soggetti coinvolti nello scambio dei dati. Infine, è risultato violato il principio di proporzionalità (in quanto il diritto alla segretezza delle comunicazioni è risultato limitabile solo nell'ambito di un bilanciamento con un diritto di pari grado e, quindi, allo stato, non per l'esercizio di un'azione civile).”*

²⁹¹ *Media CAT Ltd v Adams & Ors*, 8 febbraio 2011, paragrafo 28: *“This question of unsecured internet connections and infringing by allowing others is a critical one since Media CAT's monitoring exercise cannot and does not purport to identify the individual who actually did anything. All the IP address identifies is an internet connection, which is likely today to be a wireless home broadband router. All Media CAT's monitoring can identify is the person who has the contract with their ISP to have internet access. Assuming a case in Media CAT's favour that the IP address is indeed linked to wholesale infringements of the copyright in question Media CAT do not know who did it and know that they do not know who did it. [...] Media CAT cannot know who actually used the P2P software”*.

Come accennato in precedenza, un'altra situazione di cui il legislatore deve necessariamente tenere conto è l'evoluzione tecnologica, in quanto la rete e i suoi meccanismi mutano e progrediscono continuamente, perfino nello spazio di pochi mesi.

Ne è un esempio lampante ciò che è successo dopo il caso Napster²⁹². Gli utenti si resero conto che caricare i file illeciti su una piattaforma comune a cui poi, di volta in volta, si collegavano per scaricare i contenuti desiderati, rendeva quest'ultima facilmente attaccabile, da un punto di vista giudiziario, da parte dei titolari del diritto d'autore. Per ovviare a tale inconveniente, decisero allora di appoggiarsi sulle reti peer to peer, al fine di non basare la propria attività su un database centrale, ma di scambiarsi direttamente, e anonimamente, fra loro i file digitali.

Se dunque il legislatore non può “prevedere” il futuro, ogni nuova normativa rischia di diventare obsoleta e scarsamente efficace in poco tempo.

Viste le difficoltà nello sviluppare delle misure di protezione del diritto d'autore efficaci, i titolari dei diritti hanno provato ad adeguarsi e a sperimentare nuove forme di tutela dei propri diritti, non senza qualche sacrificio.

In tale contesto è nata l'iniziativa Creative Commons²⁹³ che mira a sviluppare un metodo diverso di utilizzare il diritto d'autore e, in particolare, lo strumento delle licenze, cercando di adattarsi alla duttilità dei contenuti digitali. Le licenze sviluppate da tale organizzazione permettono agli autori di rinunciare ad alcuni diritti a favore del pubblico, al fine di ottenere la conservazione e il controllo su altri²⁹⁴.

²⁹² Vedi paragrafo 1.2.1.

²⁹³ Creative Commons è un'organizzazione internazionale no profit dedita a introdurre nel diritto d'autore una nuova formula, quella di “some rights reserved” (CC), a differenza del più utilizzato “all rights reserved”. Ha sede a San Francisco ed è stata fondata nel 2001 dal suo attuale presidente, Lawrence Lessig, professore di Stanford e Harvard, esperto di diritto d'autore.

²⁹⁴ Cfr. anche L. Lessig, *Free Culture*, New York, 2004 e M. L. Montagnani, *Lo sfruttamento economico delle opere dell'ingegno*, in *Intellectual Asset Management* a cura di G. Ghidini, Egea, 2009.

In concreto, le licenze Creative Commons si basano su quattro clausole fondamentali che servono a individuare o escludere i diritti oggetto della licenza: a) attribution (*by*): si consente la copia, la distribuzione e la diffusione dell'opera con l'obbligo di citarne la fonte; b) non commercial (*nc*): si consente la copia, la distribuzione e la diffusione dell'opera esclusivamente ad uso non commerciale; c) no derivative works (*nd*): non è autorizzata la creazione di opere derivate; d) share-alike (*sa*): è possibile modificare l'opera, ma questa deve poi essere diffusa secondo le stesse condizioni poste dall'autore originale. Combinando questi quattro criteri tra di loro è possibile creare sei tipi di licenze Creative Commons, per stabilire cosa viene concesso al pubblico dagli autori²⁹⁵.

Queste licenze non sono presenti solo nell'opera a livello testuale, bensì sono inserite anche nello stesso file digitale che la contiene, tramite i cosiddetti metadati. Risultano quindi essere immediatamente leggibili dai computer, i quali possono in questo modo indicare all'utente, all'apertura del file, se l'opera è licenziata tramite Creative Commons e, in tal caso, informarlo dei diritti che gli sono concessi²⁹⁶.

Tuttavia, sebbene questo tipo di licenze stia anche riscuotendo un certo seguito²⁹⁷, non la si può ritenere una risposta pienamente convincente

²⁹⁵ È possibile concedere una licenza di: Attribution alone (*by*), Attribution e No Derivative Works (*by-nd*), Attribution e Share-Alike (*by-sa*), Attribution e Non commercial (*by-nc*), Attribution e Non commercial e No Derivative Works (*by-nc-nd*), Attribution e Non commercial e Share-Alike (*by-nc-sa*).

²⁹⁶ M. L. Montagnani, *op. cit.*, pag. 124: *“La particolarità del sistema in analisi risiede nel fatto che le licenze CC non sono solo testo che viene “aggiunto” all’opera digitale e recita le condizioni alle quali i fruitori dell’opera possono averne accesso, ma sono condizioni contrattuali cosiddette “machine-readable”, che propongono cioè l’inserimento nel file digitale di metadati. Ciò permette che gli stessi motori di ricerca possano “listare” [...] risultati che sono, come minimo, liberamente copiabili e distribuibili, ma che possono anche essere adoperati, qualora siano rilasciati con una licenza più permissiva, per la creazione di opere derivate.”*

²⁹⁷ M. L. Montagnani, *op. cit.*, pag. 125: *“Peraltra verso le licenze CC iniziano ad essere usate anche, come già emerso in relazione, alla loro adozione da parte di artisti professionisti, all’interno di veri e propri sistemi di distribuzione commerciale, quali case editrici e etichette musicali indipendenti, che in rete affiancano gli intermediari tradizionali. Magantune, ad esempio, è una casa discografica che ha inserito le licenze CC all’interno del proprio di business. Al fine di promuovere la propria musica Magantune offre stazioni radio gratuite e tematiche nonché la possibilità di effettuare download gratuiti. Qualora gli ascoltatori siano interessati a quello che ascoltano*

al problema della tutela del diritto d'autore online, in quanto si basa su una necessaria rinuncia degli autori ad alcuni dei diritti a loro spettanti.

Come si è avuto modo di esaminare nel corso del presente elaborato, accanto alla lotta alla pirateria, l'altro complementare caposaldo delle iniziative programmatiche in materia di diritto d'autore, è la predisposizione di un mercato legale dei contenuti digitali online efficiente e facilmente accessibile.

La stessa Unione Europea, in una recente comunicazione²⁹⁸, ha affermato come un passo fondamentale per la tutela del diritto d'autore online sia lo sviluppo del mercato legale, in particolare non limitando l'offerta nazionalmente, ma creando un mercato unico quantomeno all'interno dei Paesi membri, grazie anche allo sviluppo di licenze multi-territoriali²⁹⁹.

La dimostrazione dell'importanza, anche a livello economico, di convincere gli utenti a scaricare legalmente le opere è data dalla vicenda del negozio online "iTunes Store" della Apple³⁰⁰.

Questo negozio virtuale e globale, disponibile in più di 40 Paesi al mondo, è l'esempio di come gestire e sviluppare correttamente un'ampia offerta³⁰¹ online di contenuti protetti, grazie alla facilità di utilizzo del

possono sia scaricare l'intero album, sia comprare il CD musicale al prezzo che scelgono di pagare tra il prezzo minimo e massimo indicato dall'etichetta (in genere tra gli 8 e i 15 dollari). In tutte le ipotesi ricordate la musica viene rilasciata con licenze CC, che non autorizzano, tuttavia, l'uso commerciale della stessa."

²⁹⁸ Commissione Europea, A coherent framework for building trust in the Digital Single Market for e-commerce and online services, COM(2011) 942.

²⁹⁹ COM(2011) 942, pag. 6: *"Develop the legal and cross-border offer of online products and services. In order to benefit fully from a Single Market for online services, consumers in all Member States must have legal access to a wide range of products and services, offered over the largest possible geographical area."*

³⁰⁰ Apple è un'azienda informatica statunitense con sede a Cupertino, Silicon Valley. È stata fondata nel 1976 da Steve Jobs e produce sistemi operativi, computer e dispositivi multimediali. L'iTunes Store è il negozio online di Apple per la vendita di opere dell'intrattenimento in formato digitale. È stato lanciato il 28 aprile 2003 in contemporanea con la versione 4 di iTunes, programma operativo grazie al quale è possibile avere accesso allo Store.

³⁰¹ Sull'iTunes Store è possibile acquistare in formato digitale opere musicali, opere cinematografiche, programmi televisivi, opere letterarie, videogiochi e applicazioni di Apple o di terze parti sviluppate per iPhone e iPad. Per quanto riguarda le opere

software, alla semplicità dei sistemi di pagamento³⁰² e ai prezzi competitivi³⁰³. Negli ultimi tre anni l'iTunes Store risulta essere il maggior venditore di musica negli Stati Uniti d'America³⁰⁴ e, a dimostrazione della crescita esponenziale del mercato online, in soli 20 mesi ha venduto 6 miliardi di canzoni³⁰⁵.

I risultati ottenuti da Apple sono impressionanti e devono far riflettere quei produttori e distributori di opere culturali che ancora non hanno predisposto un negozio virtuale per offrire al pubblico le proprie opere, o che, quantomeno, non le hanno ancora rese disponibili sulle piattaforme virtuali di terzi intermediari.

Al fine di creare una vera offerta di contenuti legali sulla rete risulta particolarmente interessante la proposta³⁰⁶ del Ministero della Gioventù di imporre ai titolari dei diritti, come condizione di procedibilità per la rimozione dei contenuti illeciti, quella di aver prima reso disponibile su internet, per l'acquisto legale, l'opera di cui chiedono la protezione.

In conclusione, si può affermare che al fine di tutelare il diritto d'autore, a seguito dello sviluppo e della diffusione delle reti di comunicazione elettronica, sia necessario, nonostante le complessità giuridiche e le problematiche tecnologiche di cui si è trattato, emanare una

musicali è il più fornito negozio musicale del mondo, essendo disponibili per il download più di venti milioni di canzoni.

³⁰² Per effettuare acquisti sull'iTunes Store basta utilizzare la propria carta di credito. Nel caso in cui se ne fosse sprovvisti, o non si volesse utilizzarla su iTunes, è possibile acquistare presso negozi tradizionali (ad esempio, in Italia si trovano anche presso qualsiasi ricevitoria Sisal) delle carte prepagate, le cosiddette iTunes Card, in grado di caricare sul proprio conto "virtuale" dello Store 15, 25 o 50 euro.

³⁰³ L'iTunes Store è stato il primo negozio virtuale di musica ad offrire singole canzoni in vendita a 0,99 euro e interi album a 9,99 euro, in un periodo (2003) in cui gli album su supporti fisici venivano venduti all'uscita sul mercato a prezzi che si aggiravano intorno ai 20 euro.

³⁰⁴ Comunicato stampa di Apple del 3 aprile 2008: "*iTunes Store Top Music Retailer in the US: Apple today announced that the iTunes Store surpassed Wal-Mart to become the number one music retailer in the US, based on the latest data from the NPD Group.*".

³⁰⁵ Il 25 febbraio 2010 Apple con un proprio comunicato stampa annunciava di aver raggiunto i 10 miliardi di canzoni vendute su iTunes Store. Il 4 ottobre 2011 Tim Cook, il chief executive officer di Apple, confermava che erano state raggiunti i 16 miliardi di canzoni vendute. Quindi 6 miliardi di opere musicali vendute in soli 586 giorni.

³⁰⁶ Vedi nota 229.

nuova normativa in materia di rimozione selettiva (e preventiva ?) dei contenuti illecitamente condivisi online, aggiornata e puntuale.

Tuttavia una normativa da sola non è sufficiente a sconfiggere la cultura della pirateria, ma deve essere accompagnata dall'affermazione di un mercato legale dei contenuti online, funzionale e completo, e dallo sviluppo di nuove licenze per il diritto d'autore che siano multi-territoriali e in grado di adattarsi maggiormente alla comunicazione su internet.

BIBLIOGRAFIA

AGCOM, *Il diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica. Indagine Conoscitiva*, Roma, 2010.

AGCOM, *Libro Bianco sui Contenuti*, Roma, 2011.

B. Andersen e M. Frenz, *The Impact of Music Downloads and P2P File-Sharing on the Purchase of Music: A Study for Industry Canada*, University of London, 2007.

C. Anderson, *Free! Why \$0.00 Is the Future of Business* in *Wired*, 25 febbraio 2008.

G. Aranguena De La Paz, *L'Italia verso il DMCA in Comparazione e diritto civile*, 2011.

C.C.M. Beans, *the Copyright Dilemma involving online Service Provider*, in *Federal Communications Law Journal*, 1999.

E. Boorstin, *Music Sales in the Age of File Sharing*, Department of Economics, Princeton University, 7 aprile 2004.

L. Bugiolacchi, *Principi e questioni aperte in materia di responsabilità extracontrattuale dell'internet provider* in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2000.

C. Calabrò, *Audizione presso la VII e VIII commissione del Senato della Repubblica del presidente AGCOM sulle recenti problematiche emerse nel settore internet in materia di diritti d'autore*, Roma, 21 luglio 2011.

R. Caso, *Digital Rights Management. Il commercio delle informazioni digitali tra contratto e diritto d'autore*, Trento, 2006.

G. Cassano e I.P. Cimino, *Diritto dell'Internet e delle nuove tecnologie telematiche*, Cedam, 2009.

Centro NEXA su internet e società, *Osservazioni del Centro NEXA su internet e Società sulle proposte di intervento di cui all'allegato b) alla delibera n°668/10/CONS del 17 dicembre 2010*, marzo 2011.

Centro Studi Informatica Giuridica Ivrea – Torino, *Criticità della delibera AGCOM sotto il profilo dell'educazione alla legalità e al diritto d'autore in Libro bianco sui diritti d'autore e diritti fondamentali nella rete internet*, giugno 2011.

Centro Studi Del Ministero Per L'Innovazione E Le Tecnologie, *Contenuti digitali nell'era di internet*, Roma, 2005.

L. Chan, *Copyright in the Digital Era* in *UBC Reports*, Vol. 54, No. 6, 5 giugno 2008.

Commissione Europea, *Libro Verde. Il diritto d'autore nell'economia della conoscenza*, Bruxelles, 2008.

Commissione Europea, *Libro Verde. Le industrie culturali e creative, un potenziale da sfruttare*, Bruxelles, 2010.

A. Contaldo e G. Cassano, *La natura giuridica e la responsabilità civile degli Internet Service Provider (ISP): il punto sulla giurisprudenza* in *Corriere Giuridico*, 9/2009.

P. Costanzo (con nota di), *I newsgroups al vaglio dell'Autorità giudiziaria (ancora a proposito della responsabilità degli attori d'Internet)* in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 1998.

C. Crespellani Porcella, *Il significato di UGC in education 2.0*, 8 gennaio 2010.

D. De Angelis e D. Mula, *Il service provider e la legittimazione passiva nel procedimento cautelare per violazioni dei diritti d'autore commesse da terzi in Diritto Mercato Tecnologia*, 28 febbraio 2011.

V. De Luca, *Diritto d'autore e schema di regolamento AGCOM: il punto in Comparazione e Diritto Civile*, 2011.

J. C. De Martin, *Un nuovo ordine per il diritto d'autore nell'era del web in letter@gcom*, 3/2011.

Department for Culture, Media and Sport e Department for Business, Innovation and Skills, *Digital Britain Final Report*, Londra, Giugno 2009.

S. Ercolani, *Il diritto d'autore e i diritti connessi*, Torino, 2004.

S. Fanen, *L'Hadopi n'a pas d'avenir in Liberation* del 5 gennaio 2012.

F. Galgano, *I fatti illeciti*, CEDAM, 2008.

G. Gardini, *Le regole dell'informazione. Principi giuridici, strumenti, casi*, Bruno Mondadori, 2009.

C. Gattei, *Considerazioni sulla responsabilità degli Internet Provider in Interlex.it*, 23 novembre 1998.

G. Ghidini (a cura di), *Intellectual Asset Management*, Egea, 2009.

Government Accountability Office, *Observations on Efforts to Quantify the Economic Effects of Counterfeit and Pirated Goods*, Washington DC, 2010.

G. Jarach e A. Pojaghi, *Manuale del diritto d'autore*, Ugo Mursia editore, 2011.

F. La Rue, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, 2011.

L. Lessig, *Free Culture*, New York, 2004.

P. Marzano, *Diritto d'autore e Digital Technologies*, Giuffrè, 2005.

J. Melvin, *Congress puts brakes on anti-piracy bills* in *Reuters*, 20 gennaio 2012.

M. L. Montagnani, *Lo sfruttamento economico delle opere dell'ingegno*, in *Intellectual Asset Management* a cura di G. Ghidini, Egea, 2009.

K. S. Myers, *Wikimmunity: Fitting the Communications Decency Act to Wikipedia* in *Harvard Journal of Law and Technology*, vol. 20, 2006.

OCSE, *The Economic Impact of Counterfeiting and Piracy*, Parigi, 2007.

A. Palazzo e U. Ruffolo, *La tutela del navigatore in internet*, Giuffrè, 2002.

E. Paolozzi, *La rivoluzione ingenerosa*, Guida Editori, 1996.

A. Putignani, *Sul provider responsabilità differenziate* in *Guida al Diritto* n.20/03.

R. Ristuccia e L. Tufarelli, *La natura giuridica di Internet e le responsabilità del provider*, in *Interlex.it*, 19 giugno 1997.

G. Sandoval, *YouTube's filters help copyright owners profit from pirated video* in *CNET*, 27 agosto 2008.

F. Sarzana di Sant'Ippolito (a cura di), *Libro bianco su diritti d'autore e diritti fondamentali nella rete internet*, Roma, giugno 2011.

A. Scintu, *Digital Rights Management*, Bologna, 2006.

G. Scorza, *La Commissione UE scrive all'AGCOM: guida alla lettura in LeggiOggi.it*, 9 novembre 2011.

G. Scorza, *Scontro Mediaset/Google. Vince la libertà di manifestazione del pensiero in LeggiOggi.it*, 15 dicembre 2011.

R. Spreafico, *La responsabilità del provider e del fornitore di servizi telematici dopo il d. lgs. 70/2003*, Milano, 2009.

B. Terracciano, *Il diritto d'autore online, quale regolamentazione ? in Amministrazione in Cammino*, 30 novembre 2011.

J.P. Titlow, *Spain Gets its Own SOPA-Style Anti-Piracy Law For Shutting Down Websites in ReadWriteWeb.com*, 2 gennaio 2012.

E. Tosi, *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*, Giuffrè, 2003.

O. Troiano, *Gli illeciti attraverso Internet: problemi di imputazione e responsabilità in AIDA*, 1998.

J.M. Urban e L. Quilter, *Efficient Process or "Chilling Effects"? Takedown Notices Under Section 512 of the Digital Millennium Copyright Act in Santa Clara Computer & High Technology Law Journal*, Vol. 22, 2006.

F. Ventriglia, *Approfondimento sul nuovo schema di regolamento sul diritto d'autore approvato il 6 luglio del 2011 dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni in Agorà digitale*, 7 luglio 2011.

Working Group on Intellectual Property Rights, *Intellectual Property And The National Information Infrastructure: The Report Of The Working Group On Intellectual Property Rights*, Washington DC, Settembre 1995.

A. Yen, *Internet Service Provider Liability in Boston College Law School Research Paper*, No. 2000-03.

V. Zeno-Zencovich, *La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa: note critiche in Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 1998.

RINGRAZIAMENTI

Sono giunto ad acquisire le capacità e le competenze necessarie per redigere questo lavoro grazie ai cinque anni di lezioni alle quali ho partecipato presso la Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli, che pertanto ringrazio sinceramente nelle persone di tutti i Professori, dai quali molto ho imparato per svolgere coscienziosamente la mia futura professione.

Tra tutti vorrei però ringraziare in special modo il Professor Paolo Marzano, che mi ha fatto appassionare attraverso le Sue lezioni alla materia del diritto d'autore, tanto attuale e interessante, e che mi ha poi assegnato un argomento così stimolante.

Sono grato anche a tutta la cattedra: in particolare al dottor Federico Mastrolilli, al dottor Giuseppe Salsarulo e al dottor Francesco Saverio Ligi per avermi instradato e sostenuto nello svolgimento di un tipo di lavoro che mi sono trovato ad affrontare per la prima volta e che, senza la Loro guida, non sarei stato in grado di portare a termine.

Vorrei inoltre ringraziare il Correlatore Professor Gustavo Ghidini e la Sua cattedra, in particolare la dottoressa Patrizia Errico.

Infine sento l'esigenza di rivolgere un grazie speciale a tutta la mia famiglia per l'affettuoso sostegno col quale mi ha accompagnato in questo percorso universitario, in particolare ai miei genitori e a mio fratello.