

Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra di Informatica Giuridica

La responsabilità civile dell'*internet service provider* in Italia e in Germania

RELATORE

PROF. G. Ciacchi

CANDIDATO **Alessio Bitto**
MATR. **106733**

CORRELATORE

PROF. P. Marzano

ANNO ACCADEMICO 2015/2016

Introduzione.....	5
Capitolo 1: Il ruolo di internet e l'evoluzione tecnologica.....	8
1.1 <i>L'internet service provider</i> nel funzionamento della rete.....	11
1.2 Fonti normative applicabili in rete.....	15
1.3 Responsabilità civile in rete in relazione agli illeciti commessi tramite internet.....	24
1.4 Opere digitali e circolazione.....	33
1.5 I servizi offerti dall' <i>Internet Service Provider</i>	36
Capitolo 2: La normativa comunitaria ed l'applicazione agli ordinamenti degli Stati membri: Direttiva InfoSoc e Direttiva sul commercio elettronico.....	45
2.1 – La Direttiva InfoSoc.....	46
2.1.1 Il diritto di riproduzione nella Direttiva 29/2001.....	46
2.1.2 Il diritto di distribuzione nella Direttiva InfoSoc.....	55
2.1.3 Il diritto di messa a disposizione al pubblico nella Direttiva InfoSoc.....	59
2.1.4 Eccezioni e limitazioni poste dalla Direttiva 29/2001.....	61
2.2 – La disciplina positiva della responsabilità del <i>provider</i> nella Direttiva 2000/31/CE.....	65
2.2.1 La disciplina riguardante il presentatore di semplice trasporto.....	69
2.2.2 La responsabilità del prestatore di servizi di caching.....	70
2.2.3 Disposizioni in materia di responsabilità dell' <i>hosting provider</i>	71
2.2.4 Regime delle eccezioni alla responsabilità dei prestatori di servizi.	72
2.3 – Il recepimento della Direttiva InfoSoc in Italia: il D.Lgs. 68/2003.....	72
2.3.1 Il diritto di riproduzione nella normativa italiana: l'art. 13 LDA...	73
2.3.2 Il diritto di riproduzione per produttori audiovisivi, enti radiofonici, produttori di fonogrammi ed artisti interpreti nella L. 633/41.....	74
2.3.3 Il diritto di messa a disposizione del pubblico nell'ordinamento italiano.....	76
2.3.4 Il diritto di distribuzione nella normativa italiana.....	77
2.3.5 – Eccezioni e limitazioni dopo l'entrata in vigore del D.Lgs.	

68/2003.....	80
2.4 – L’attuazione della Direttiva 31/2000/CE in Italia: il D.Lgs. 70/03.....	83
2.4.1 La normativa italiana in materia di responsabilità per l’attività di semplice trasporto.....	86
2.4.2 La responsabilità per attività di <i>caching</i> nell’ordinamento italiano	89
2.4.3 La disciplina italiana della responsabilità dell’ <i>hosting</i> provider....	92
2.4.4 La disciplina dell’articolo 17 del D.Lgs. 70/03.....	103
2.4.5 Il regolamento AGCom in materia di tutela del diritto d’autore sulle reti di comunicazione elettronica e il procedimento di risoluzione delle controversie.....	105
2.4.6 La questione di legittimità del Regolamento AGCom.....	111
2.5 – L’implementazione delle Direttive comunitarie in Germania.....	119
2.5.1 La Direttiva InfoSoc in Germania.....	120
2.5.2 La disciplina della responsabilità dell’ <i>internet service provider</i> nel diritto tedesco.....	123
2.5.3 Procedimenti di <i>enforcement</i> previste dal diritto tedesco.....	128
 Capitolo 3: Applicazioni giurisprudenziali della disciplina positiva sulla responsabilità degli <i>internet service provider</i>	 131
3.1 – La giurisprudenza comunitaria e la responsabilità del provider.....	132
3.1.1 Le Sentenze <i>Google France</i> e <i>L’Oreal</i> della Corte di Giustizia dell’Unione Europea.....	132
3.1.2 La sentenza <i>Scarlet</i> e il c.d. “filtro preventivo”.....	136
3.1.3 La sentenza <i>Sabam c. Netlog</i>	138
3.2 – La giurisprudenza italiana: dalla sentenza <i>RTI c. Youtube</i> a oggi.....	140
3.2.1 La sentenza <i>Vividown c. Google</i>	142
3.2.2 Il caso <i>RTI c. Italia Online</i>	144
3.2.3 Il caso <i>Yahoo Answer</i>	147
3.2.4 L’ordinanza del Tribunale di Roma per il caso <i>RTI c. Choopa</i> – <i>VBBCOM Ltd.</i>	148
3.3 – Le decisioni delle corti tedesca sulla responsabilità dei <i>provider</i> : il caso <i>GEMA g. RapidShare AG</i>	150

3.3.1 Il caso <i>Atari Europe g. RapidShare AG</i>	152
3.3.2 La sentenza del <i>Bundesgerichtshof</i> per il caso <i>Alone in the dark</i> . 153	
3.3.3 La questione dei <i>forum</i> nella giurisprudenza tedesca: le decisioni degli <i>Oberlandesgerichte</i> di Amburgo e di Düsseldorf.....	153
3.4 – Riflessioni conclusive.....	156
Bibliografia.....	161
Sitografia.....	177

Introduzione

La società contemporanea vive in un mondo sempre più globalizzato ed interconnesso.

Gli spostamenti di merci, di persone e, anche, di beni sono in continuo aumento e maggiormente rapidi grazie alle ultime scoperte della tecnica. Un numero crescente di individui utilizza strumenti elettronici di ultima generazione per determinare le scelte che caratterizzano le loro vite e che influenzano i rapporti con gli altri esseri umani. L'origine di questa rivoluzione può essere ricondotta alla nascita e allo sviluppo di *internet*.

Proprio per l'importanza di tale strumento ha oggi, le legislazioni internazionali e nazionali hanno necessariamente dovuto utilizzare fonti normative di diverso grado al fine di regolamentare tutte le attività svolte tramite esso.

Di fatti, *internet*, come tutti gli strumenti nati per facilitare la vita degli individui, può, talvolta, essere usato per fini che determinano la lesione di situazioni giuridiche soggettive altrui tutelate dalla legge. Fra queste si possono individuare, esemplificativamente, la lesione del diritto d'autore, del diritto di libera iniziativa economica e dei diritti della personalità, quali l'onore e la reputazione, ma anche i diritti all'informazione e ad esprimere liberamente idee e pensieri.

Proprio sulla contrapposizione di questi gruppi di diritti si basa la diversa concezione della rete: parte di operatori del settore ritengono che essa sia principalmente un luogo virtuale nel quale svolgere attività commerciale e che, di conseguenza, la tutela dei diritti economici debba essere strettamente garantita; mentre secondo altri *internet* deve essere inteso come un *marketplace of ideas*, un luogo di libero di scambio di pensieri, opinioni e idee e non solamente di beni materiali e immateriali. Il compito dei Legislatori è, quindi, molto arduo. Essi, infatti, devono bilanciare i diversi interessi confliggenti, tenendo sempre in considerazione i rapidissimi progressi della tecnica.

In tale quadro, l'opera vuole introdurre la figura e le caratteristiche dell'*internet service provider*, un soggetto fondamentale per il funzionamento del *web*, in quanto svolge ogni genere di attività di intermediazione fra gli utenti, permettendo, così, lo scambio di dati e informazioni. Vengono, successivamente, analizzati i principali servizi che esso offre, focalizzandosi su quelli aventi ad oggetto opere di ingegno, le quali sono quelle maggiormente suscettibili di essere lese in *internet*. Inoltre, si analizza come la perdita dell'elemento fisico di tali opere abbia influenzato la loro identificazione dal punto di vista del diritto, nonché le modalità di creazione, di riproduzione e di circolazione nel mercato. E', quindi, necessaria l'illustrazione delle fonti normative create dal Legislatore europeo e da quello italiano e tedesco per regolamentare questo spinoso argomento.

Le normative comunitarie maggiormente rilevanti in materia sono la Direttiva 29/2001/CE e la Direttiva 31/2000/CE. La prima riguarda l'armonizzazione di alcuni aspetti riguardanti il diritto d'autore e si occupa di modificare, prevalentemente, i diritti di riproduzione, di distribuzione e di messa a disposizione di opere di ingegno nella società dell'informazione, prevedendo, tuttavia, diverse eccezioni e limitazioni a questi.

La seconda Direttiva tratta i diversi regimi di responsabilità dei diversi fornitori di servizi in rete, quali l'attività *mere conduit*, di *caching* e di *hosting*. Anch'essa prevede un ampio regime di eccezioni alla responsabilità. In seguito, si analizzano gli atti normativi di adattamento delle norme comunitarie all'interno del sistema legislativo italiano e tedesco, mettendo in luce le rispettive differenze. Specifica attenzione si pone sui diversi strumenti di *enforcement* introdotti nei due ordinamenti nazionali, con particolare riferimento al regolamento AGCom e ai dubbi di legittimità sorti dopo la sua entrata in vigore. In ultimo, si espongono dei rilevanti casi giurisprudenziali in materia di diritto d'autore e di responsabilità dei fornitori di servizi in *internet*, provenienti da corti europee, italiane e tedesche, i quali hanno permesso una migliore

applicazione delle disposizioni ai casi concreti, chiarendo alcuni aspetti di esse, nonché ampliandone o restringendone il loro ambito applicativo.

Capitolo 1 – Il ruolo di internet e l'evoluzione tecnologica

La modernità pone l'operatore del diritto di fronte a nuove sfide derivanti dalla sempre crescente diffusione di strumenti tecnologici che hanno ormai la capacità di influenzare fortemente la vita delle persone. Molti soggetti fanno dipendere le proprie decisioni, conoscenze ed attività dall'informatica, in tutte le sue forme, e creano, tramite nuovi strumenti della tecnica, un ambiente formato da apparecchi informatici e telematici e dall'interazione fra questi e gli utenti. Così, l'elemento tecnologico è diventato un fattore di trasformazione di ogni tipo di comunicazione che, quindi, influenza profondamente le relazioni fra gli esseri umani. Per tale ragione, le norme giuridiche devono seguirne l'evoluzione al fine di regolarne i diversi ambiti di funzionamento e fornire una tutela effettiva ai cittadini. *“I concetti di individuo, identità, libertà, spazio, tempo e riservatezza su cui era basata l'età umanistica”*¹ non possono più essere considerati come in passato ma dovranno essere *“adattati in modo del tutto innovativo nell'attuale periodo storico”*², in relazione, quindi, all'evoluzione tecnologica che la nascita di internet ha comportato. Inoltre, il diritto, che finora si è quasi totalmente occupato della protezione dei diritti connessi ai beni materiali, ossia tutti gli oggetti tangibili che si trovano nel mondo reale, deve attuare una dematerializzazione, allo scopo di tutelare beni che non hanno un carattere fisico, come software, dati, protocolli di trasmissione e file multimediali. Dovrebbe cercare, poi, di tipizzare preventivamente sia le caratteristiche che devono essere possedute dai dati intellettuali per poterli identificare come beni oggetto della tutela esclusiva, sia gli effettivi diritti spettanti esclusivamente ai loro titolari³. Internet, per le sue caratteristiche di globalizzazione, intesa come diffusione su scala mondiale dei dati in esso immessi, e di democratizzazione, cioè di libero accesso da parte di chiunque posseda un dispositivo; internet è, dunque, un

¹ L. Cuomo – R. Razzante, *“La disciplina dei reati informatici”*, p. 2, Giappichelli, Torino, 2009.

² ^ supra

³ G. Resta, *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, pp. 150 e ss., I, UTET, Torino, 2010.

media dalle immense capacità: infatti, permette la comunicazione di informazioni in tempi brevissimi, quasi istantanei, senza limiti territoriali e senza particolari oneri economici. Nonostante siano chiare le reali potenzialità positive di tale mezzo comunicativo, non bisogna, tuttavia, dimenticare di tenere in considerazione le altre capacità di internet, quelle, per così dire, dannose; è, ormai, risaputo, infatti, che attraverso la rete è possibile moltiplicare a dismisura le possibilità di lesione di posizioni giuridiche altrui come anche gli effetti pregiudizievoli ad esse collegati. Il suo sviluppo ha, infatti, fatto nascere nuove figure criminose che implicano, come elemento necessario, proprio l'utilizzo del computer e di una connessione alla rete per la loro commissione. Si è anche dovuta affrontare l'evoluzione di atti illeciti "tradizionali", cioè azioni proibite già configurabili e punibili prima dell'avvento del *web*, i quali, per essere efficacemente ostacolati in tale nuovo contesto, devono essere rivisitati ed adattati alle attività telematiche. La rete viene spesso percepita dagli utenti come uno spazio in cui non vi sono né autorità né regole e dove tutto è lecito e possibile. Tale percezione trova riscontro sia nella scarsità di controlli materialmente attuabili sul contenuto degli elementi presenti in internet, sia nella natura stessa della rete, vista in chiave anti-inibitoria. Per l'appunto, si tratta di uno strumento non solo commerciale, paragonabile ad un mercato di natura meramente economica e finalizzato allo scambio di beni, ma anche di un luogo dove oggetto dello scambio sono le idee e i pensieri, tramite servizi informatici creati appositamente per mettere in comunicazione gli utenti su scala globale e finalizzati alla condivisione di opinioni e riflessioni. Gli illeciti che possono essere commessi sulla rete sono innumerevoli: a titolo esemplificativo, si possono elencare violazioni del diritto d'autore, di marchi e di brevetti, della leale concorrenza ma anche violazioni relative al trattamento dei dati personali e ai diritti della personalità. Tali illeciti sono solitamente commessi da singoli soggetti privati, i quali, spesso, non sono individuabili facilmente. Questo è dovuto alla mancanza dell'elemento fisico al momento della configurazione dell'illecito ma anche a

causa della possibilità di commetterli a grande distanza⁴, celando così la propria identità tramite strumenti tecnologici atti a questo fine. Esistono, infatti, alcuni *software*, di per sé legali, come i *proxy*, che permettono appunto di nascondere il luogo di provenienza della connessione nonché mutare l'indirizzo IP dell'utente. Questi stratagemmi vengono spesso utilizzati da soggetti che si trovano in Paesi che limitano l'accesso alla rete e che svolgono pesanti controlli sui dati immessi. Nonostante vi sia anche un utilizzo lecito e giustificabile di tali strumenti, essi possono essere anche usati per scopi disonesti, come impedire, per esempio, che le autorità individuino gli autori di illeciti informatici dopo la loro commissione. Al contempo, i soggetti che li commettono sono, normalmente, incapaci di ristorare i danni gravi causati tramite internet per incapienza patrimoniale, come nel caso di singoli utenti privati, i quali comprensibilmente non hanno una disponibilità economica tale da risarcire i danni derivanti dalle gravose e dispendiose violazioni commesse in rete.

La necessità di reprimere gli illeciti telematici comporta, perciò, l'esigenza di dirimere certe delicate questioni direttamente collegate allo sviluppo della rete stessa.

Tuttavia, se per un verso è necessario tutelare in modo adeguato ed effettivo i soggetti che subiscono lesioni di propri diritti, per un altro, non bisogna penalizzare eccessivamente il *web* nella sua interezza. Per tale ragione, le possibili soluzioni da adottare in materia rischiano di comportare importanti ricadute circa le possibilità di sviluppo del commercio elettronico, nonché limitare la libertà di espressione del pensiero in rete., Internet, difatti, non è solo uno strumento di scambio di beni aventi rilevanza economica, ma anche un cosiddetto "*marketplace of ideas*", cioè un luogo dove gli utenti possono esercitare i propri diritti fondamentali, come manifestare il proprio pensiero o presentare le proprie idee⁵.

⁴ La differenza sostanziale con il diritto penale tradizionale riguarda l'azione o l'omissione posta in essere dal soggetto che commette l'illecito. Infatti, la configurazione della maggioranza degli illeciti penali necessita della presenza fisica dell'agente nel luogo in cui essi si verificano. (cfr., F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 2008).

⁵ M. De Cata, *La responsabilità civile dell'internet service provider*, p. XIV, Giuffrè Editore, Milano - 2010

Internet non deve, quindi, solo essere considerato come una minaccia o un nuovo strumento con scopo commerciale ma deve, altresì, necessariamente intendersi anche come un eccezionale mezzo di comunicazione e di diffusione della cultura, nonché un luogo nel quale si crea e si sviluppa la personalità umana.

Il tema principale per gli operatori in questo settore, quindi, non riguarda solo il raggiungimento di un punto di equilibrio ottimale nel bilanciamento di interessi contrastanti - ovvero, da un lato lo sviluppo di internet e dall'altro la protezione di soggetti che possono subire fatti illeciti, ma necessariamente anche l'armonizzazione delle normative attuabili in tale contesto , sempre tenendo conto del rispetto dei diritti individuali fondamentali.

1.1 – *L'internet service provider* nel funzionamento della rete

In tale quadro, e a seguito dell'esplosione della bolla di internet ad inizio anni 2000 si è sviluppata la figura degli *internet service provider* (ISP)⁷, chiamati "*fornitori di servizi in internet*" dalla Direttiva 2000/31/CE. Essi svolgono un ruolo cardine nella rete poiché forniscono tutti quei servizi necessari al completo utilizzo delle funzioni del *web*, fra le quali troviamo proprio la fornitura dell'accesso a internet, la concessione di spazi telematici o di caselle di posta elettronica, senza, comunque, avere un ruolo attivo nella creazione delle informazioni e dei contenuti trasmessi. Senza le loro attività, quindi, internet non sarebbe un luogo di facile accesso né, tantomeno, idoneo a garantire tutte le utilità che attualmente assicura. La fruizione attiva da parte di un numero pressoché illimitato di utenti, però, comporta necessariamente il moltiplicarsi di atti idonei a ledere le altrui situazioni giuridiche protette .

⁶ Inteso come la grande espansione che *internet* ha avuto a seguito della creazione di nuove tecnologie e la loro successiva democratizzazione insieme allo sviluppo di reti più veloci ed efficienti.

⁷ Con il termine "*internet service provider*" ci si riferisce ad una vasta ed eterogenea categoria di intermediari di servizi in rete che rientrano nella nozione prevista dalla Direttiva 2000/31/CE "*prestatori di servizi della società dell'informazione*". Esso è un soggetto, di solito un'impresa, che fornisce agli utenti dei servizi di natura telematica, come una connessione a internet o una concessione di una casella di posta elettronica. Il suo ruolo è fondamentale poiché si interfaccia fra gli utenti e l'operatore delle telecomunicazioni.

In presenza di tali circostanze, i *provider* non possono, o non dovrebbero, essere considerati esenti da ogni tipo di controllo relativo alla loro responsabilità nella commissione degli illeciti. Il dibattito nato su questo argomento, tanto complesso quanto importante, è tutt'oggi molto acceso, così come le decisioni che trattano e approfondiscono questo tema sono numerose ma non hanno ancora raggiunto posizioni univoche.

In mancanza di interventi legislativi, bisogna, quindi, sempre tenere presente l'evoluzione della giurisprudenza e, di conseguenza, il consolidamento dei diversi orientamenti.

Infatti, ormai da un decennio, il diritto si interroga sulle modalità maggiormente efficaci per la regolamentazione di un sistema di comunicazione tanto vasto e diffuso da sembrare privo di alcun tipo di effettivo controllo.

La principale questione giuridica, quindi, è cercare di capire se e come sia possibile imputare una responsabilità civile ai fornitori di servizi su internet ogniqualvolta vengano commessi degli illeciti in rete dagli utenti individuali che utilizzano i servizi da loro messi a disposizione. Tuttavia, prima di procedere è utile premettere che il *provider*, essendo un soggetto di diritto, può essere innanzitutto responsabile personalmente e direttamente per gli illeciti perfezionati con la propria condotta sulla rete. Se, invece, tali violazioni vengono commesse da altri utenti, che però agiscono attraverso le vie di comunicazione gestite da tali provider, i quali fungerebbero così da meri veicoli per la commissione di tali infrazioni, ci si potrebbe trovare di fronte alla commissione di illeciti contro internet e ad illeciti per mezzo di internet, fra i quali si possono individuare fattispecie di reato relative alla lesione dei diritti della personalità (come privacy, onore e reputazione), illeciti in materia di concorrenza nonché lesioni di diritti industriali e di proprietà intellettuale.

Come accennato in precedenza, l'imputazione della responsabilità in capo agli utenti, collegata alle loro attività lesive della sfera giuridica altrui, anche se colpose, commesse in internet o per mezzo di questo, è particolarmente

difficile.

Per tale ragione, è stato più volte ritenuto in sede giudiziaria che il soggetto maggiormente individuabile sia proprio l'*internet service provider*, essendo considerato il veicolo e l'intermediario attraverso cui tali atti vengono compiuti

8

Le soluzioni prospettate, alla luce delle maggiori esperienze straniere, in particolare, quella statunitense, che è tradizionalmente un'avanguardia nel campo di internet e delle sue problematiche, e dei Paesi dell'Unione Europea, come la Germania, sono varie poiché legate a diversi approcci ed impostazioni.

Alcune presentano posizioni legate all'analisi economica del diritto, altre si concentrano su basi prettamente giuridiche, molte sostengono l'applicazione di una forma di responsabilità aggravata o oggettiva fondate su diversi approcci ed impostazioni che verranno analizzate successivamente.

Si giunge anche a posizioni che sostengono, invece, la totale irresponsabilità degli ISP per gli illeciti commessi dai propri utenti e l'assenza di ogni tipo di obbligo di controllo e di sorveglianza in capo al prestatore di servizi⁹.

anche il panorama normativo italiano ha visto susseguirsi una molteplicità di orientamenti giuridici che nella loro, evoluzione non sempre lineare, hanno presentato varie posizioni che vanno dalla responsabilità oggettiva alla totale irresponsabilità degli intermediari di servizi in rete.

Basandosi sui diversi diritti positivi nazionali, nel 2000 si è giunti alla redazione di una normativa comunitaria (Direttiva 2000/31/CE), che è stata recepita nell'ordinamento italiano mediante il D.lgs. n. 70/03. Questa normativa, recependo le recenti evoluzioni giurisprudenziali e

⁸ Così il Tribunale di Napoli, 8 agosto 1996, che ha equiparato il fornitore di connettività al direttore di un giornale, ritenendo responsabile un provider che aveva consentito la diffusione di messaggi pubblicitari comportanti una violazione di norme in materia di concorrenza. Analogamente: il Tribunale di Napoli, 8 agosto 1998, che ha assimilato il gestore di Rete ad un organo di stampa, con conseguente obbligo di controllo sui contenuti del sito web, il Tribunale di Macerata, 2 dicembre 1998 ed il Tribunale di Teramo, 11 dicembre 1997.

⁹ v. supra, M. De Cata, p. XV

dottrinali, propende per un approccio abbastanza favorevole verso il provider e tende a distinguere le diverse attività che esso può svolgere come la “mera conduzione” (*mere conduit*), lo stoccaggio di informazioni (*caching*), la “memorizzazione durevole” (*hosting*) e la fornitura di contenuti (*content*) al fine della determinazione della responsabilità e degli obblighi di prevenzione, controllo e repressione¹⁰.

Nonostante ciò, la normativa attuale non ha risolto in maniera completa le problematiche legate al tema della responsabilità dell’*Internet Service Provider*, anche a causa dell’ampia libertà concessa ai singoli Stati in sede di recepimento ed applicazione della stessa. Si può prendere come esempio l’obbligo di sorveglianza *ex post* che vige in capo al *provider*, il quale deve rimuovere dai propri *server* o impedire l’accesso ad ogni *file* avente contenuti illeciti, a seguito di una segnalazione da parte degli aventi diritto o degli utenti o a causa della “*manifesta conoscibilità*” della loro illiceità.

Quest’obbligo pone non solo problemi relativi alla tutela della libertà di manifestazione del pensiero, tanto da considerare il *provider* una sorta di censore telematico, ma pone il prestatore di servizi di fronte al dilemma tra rimuovere o non rimuovere il contenuto e alle contrapposte pretese risarcitorie da parte di quei soggetti che abbiano subito la rimozione di contenuti erroneamente considerati illeciti o, di contro, di chi non abbia prontamente ottenuto la rimozione di contenuti ritenuti ingiustamente dannosi. I comportamenti che i *provider* devono tenere sono, dunque, subordinati alle norme vigenti nello Stato in cui essi agiscono. Quindi, essi non sono uniformi, nonostante vi sia una tendenza a globalizzare ed a standardizzare la disciplina della materia, ma variano in base al tempo ed al luogo in cui svolgono la propria attività.

Bisogna, così, analizzarne le maggiori differenze.

¹⁰ v. supra, De Cata, p. XVI

1.2 – Fonti normative applicabili in rete

Lo sviluppo di internet ha imposto ai legislatori nazionali e sovranazionali un adeguamento del diritto al ruolo sempre crescente che il mondo telematico ha nei rapporti fra gli individui, sia sul piano commerciale che su quello strettamente personale.

Tale adattamento è necessario poiché finalizzato a garantire tutele delle situazioni giuridiche soggettive di ogni individuo che agisce in rete da eventuali lesioni cagionate da altri utenti.

Altro scopo fondamentale riguarda la regolamentazione dell'utilizzo e della diffusione di strumenti tecnologici e di servizi sul *web*.

Adeguare il diritto a internet ed a tutte le sue funzionalità non è, però, compito facile. Lo sviluppo della tecnica, infatti, è molto rapido e, spesso, accade che il Legislatore non sia capace di stare al suo passo. Così, può succedere che le norme da applicare ad un caso concreto non siano aggiornate e sia, quindi, imprescindibile un adattamento di natura giurisprudenziale.

Può anche accadere che determinate situazioni giuridiche siano totalmente nuove e non assimilabili ad altre situazioni precedentemente regolamentate al di fuori di internet. In tali casi si vengono a creare dei vuoti normativi che devono essere opportunamente e prontamente colmati dagli organi preposti.

La branca del diritto che ha subito i maggiori effetti lesivi dalla diffusione di internet è il diritto d'autore.

Questo ha origine molto antiche: si ritiene che una prima disciplina normativa derivi dai tempi della nascita della stampa a caratteri mobili nel XV secolo.

Esso ha subito, successivamente, molteplici adeguamenti normativi e giurisprudenziali in base alle varie esigenze storico-politiche verificatesi, ma anche a seguito della creazione di nuove tecnologie, come con la diffusione del videoregistratore nel famoso caso *Betamax* del 1984 ¹¹.

¹¹ Ci si riferisce al caso in cui alcune case di distribuzione cinematografiche, fra le quali Universal e Disney, decisero di intraprendere un'azione legale contro la vendita dei videoregistratori Betamax prodotti dalla Sony poiché ritenevano che questi potessero cagionare gravi danni ai loro interessi economici.

Proprio l'evoluzione tecnologica degli ultimi decenni, come la nascita e la diffusione di internet, ha profondamente toccato il diritto d'autore, in particolare i diritti di sfruttamento delle opere d'ingegno. Sin dai primi anni del 2000 sono sorte molteplici controversie giudiziarie che hanno visto contrapposti in maggior misura case discografiche e cinematografiche, titolari dei rispettivi diritti di utilizzazione economica delle opere, e fornitori di servizi di *file sharing*. Il primo caso che ebbe rilevanza internazionale fu *MGM Studios, Inc. v. Grokster LTD.*, 545 U.S. 913 del 2005¹² che fece venire a galla il contrasto fra lo sviluppo di internet e diritti tutelati da norme sul diritto d'autore. I numerosi casi che sono seguiti negli anni hanno sottolineato come i sistemi normativi statali e sovranazionali debbano necessariamente adeguarsi a questa vera e propria rivoluzione culturale. Il sistema normativo italiano prevede una tutela delle opere d'ingegno particolarmente rigorosa, disciplinando una molteplicità di diritti e di doveri derivanti dalla creazione di opere d'ingegno sia tramite norme di rango costituzionale, sia mediante leggi ordinarie e l'adozione di norme comunitarie. Nello specifico, la Costituzione italiana non contiene espressi riferimenti alla tutela del diritto d'autore. Tuttavia, tramite un'interpretazione ermeneutica, possono essere individuati alcuni principi e norme che si possono riferire ad

Questo procedimento è ritenuto una pietra miliare nella giurisprudenza americana in quanto la Corte Suprema decise che una società non poteva essere ritenuta responsabile per aver inventato strumenti tecnologici innovativi che potevano essere usati per violare le norme sul *copyright*, purché essi fossero idonei ad avere anche altri utilizzi leciti. La giurisprudenza anglosassone, si basa sul *case law* e sulla regola del precedente vincolante, dunque senza questa decisione storica tutte le aziende produttrici di tecnologie sarebbero state aggredite di continuo dalla c.d. industria dell'*entertainment* e, probabilmente, molti prodotti idonei a violare il *copyright*, come fotocopiatrici, lettori MP3, masterizzatori e computer, non sarebbero mai esistiti.

¹² Noto anche come "La madre di tutte le sentenze", poiché tale caso legale era diventato un autentico emblema della lotta dei produttori musicali e cinematografici contro le aziende produttrici del software creato, a loro dire, con il fine di scambiare illegalmente contenuti protetti dalle norme sul *copyright*. Esso si è concluso a favore dell'industria dello spettacolo. Infatti, l'Alta Corte ha giudicato colpevoli le società *Grokster* e *Streamcast*, produttrici del software di *file sharing Morpheus*, per aver distribuito il loro software "con il chiaro intento di far soldi sullo scambio di materiale immesso illegalmente in rete". La sentenza, inoltre, recita che: "Chi distribuisce un prodotto con lo scopo di promuovere il suo uso per violare il *copyright* come dimostrato da espressioni evidenti o altre attività condotte per favorire la violazione, è responsabile per gli atti conseguenti di violazione commessi da terze parti".

essa, nonché che ne possono costituire la premessa¹³, considerando anche che la Carta Costituzionale, introdotta nel 1948, è successiva sia al Codice Civile del 1942 che alla Legge 633/41 che disciplina il diritto d'autore¹⁴. Diversamente, il Codice Civile considera espressamente la proprietà intellettuale al Capo I, del Titolo IX del Libro V rubricato “*Del diritto di autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche*”. Esso, tuttavia, delinea solo alcuni aspetti della materia e rinvia la disciplina

¹³ In primis, analizzando il testo costituzionale, si rileva l'art. 2, il quale riconosce e garantisce a chiunque diritti inviolabili e prevede l'obbligo di adempiere ad una serie di doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. Si tratta di una norma nata dal compromesso fra democristiani e comunisti avvenuto in seno alla Costituente, che garantisce un insieme di diritti e di doveri civili, elencati da alcuni articoli successivi della Costituzione, come gli artt. 52, 53 e 54, allo scopo di incoraggiare i cittadini a tenere o a non tenere determinati comportamenti o a svolgere certe attività.

Tramite questo ragionamento si può ritenere che la Costituzione contenga una sorta di principio di bilanciamento fra diritto d'autore e diritto degli utenti all'accesso ed alla fruizione di contenuti giustificato dal principio di solidarietà, principalmente economica. Si rileva, poi, l'art. 4, comma 2, impegna ogni cittadino a svolgere, secondo le possibilità e le scelte di ognuno, attività e funzioni che concorrano al progresso materiale e spirituale della società. Esso si riferisce anche all'aspetto creativo da intendere come il lavoro dell'autore, al quale si aggiunge quanto previsto dall'art. 9 il quale si concentra sul prodotto creato come strumento per la crescita della società. Tale articolo prevede che la Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e tutela il patrimonio artistico.

Di rilievo è l'art. 21 a mente del quale è sancito il diritto alla libera manifestazione del proprio pensiero mediante la parola, lo scritto ed ogni altro mezzo di diffusione. Nonostante esso si riferisca principalmente alla stampa, può essere esteso a tutte le manifestazioni creative. La libertà dell'arte e della scienza sono previste dall'art. 33, il quale difende, quindi, anche il diritto dell'autore a partecipare alla vita sociale attraverso l'attività di creazione e di divulgazione delle opere senza che nessuno possa esercitare un controllo di merito sui contenuti. Sul piano prettamente patrimoniale, il diritto d'autore trova le sue basi sugli articoli 35, 36 e 41 Cost. i quali tutelano il diritto al lavoro e ad una retribuzione proporzionata e la libertà di iniziativa economica.

L'art. 35 si riferisce anche al diritto d'autore quando afferma l'obbligo di tutelare il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni, includendo, così, anche la creazione di opere artistiche. Inoltre, l'art. 36, che si ricollega strettamente al precedente, sancisce il diritto di ogni lavoratore, quindi anche gli autori, ad una retribuzione proporzionata alla quantità ed alla qualità del lavoro svolto.

L'art. 41, infine, giustifica l'attribuzione di diritti patrimoniali relativi allo sfruttamento economico dell'opera d'ingegno in ogni forma: sia tramite la possibilità dell'autore di svolgere il proprio lavoro sotto forma di attività economica indipendente, che mediante attività economiche che producono lavoro per artisti o che ne curano la diffusione. Per ultimo, bisogna considerare l'art. 42, il quale garantisce e riconosce il diritto alla proprietà privata e ne determina i modi di acquisto e di godimento, nonché, i limiti. Questo articolo è uno dei più importanti, anche se non ha alcun riferimento diretto al diritto d'autore, perché relativo al lavoro intellettuale dell'autore inteso come prodotto della creazione che diviene di proprietà dello stesso autore proprio grazie alla tutela costituzionale della proprietà privata, applicabile sia ai beni materiale che ai beni immateriali, come le opere intellettuali. Sugli argomenti trattati, cfr.: M. Mazziotti Di Celso – G.M. Salerno, *Manuale di diritto costituzionale*, Cedam, 2007; G. Zagrebelsky, *Manuale di diritto costituzionale*, UTET, 1987; M. Ammendola – L. C. Ubertazzi, *Il diritto d'autore*, Giuffrè, Torino, 1993, S. Battini – R. Perez – C. Franchini – G. Vesperini – S. Cassese, *Manuale di diritto pubblico*, 2002; A. Ferretti, *Diritto d'autore*, Napoli, 2008.

¹⁴ A. Calogero, *Streaming on line e tutela del diritto d'autore*, Jovene, 2011.

per intero a leggi speciali 15 .

Lo strumento normativo più importante è la l. 633/41 (c.d. LDA) la quale contiene le disposizioni in materia di diritto d'autore¹⁶. Nonostante essa sia strutturalmente immutata, ha subito molte modifiche nel corso degli anni in modo da poter essere adattata alle diverse modalità di fruizione delle opere protette 17 .

Esse sono elencate all'art. 1 LDA, che si fonda su quanto previsto dall'art. 2575 c.c. poiché include tutte le opere dell'ingegno a carattere creativo che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro ed alla cinematografia 18 .

¹⁵ Effettuando una breve disamina sul contenuto delle norme del Codice Civile in materia, bisogna trattare dell'art. 2575 che individua l'ambito di applicativo delle norme, stabilendo che sono oggetto del diritto d'autore tutte le opere d'ingegno di carattere creativo appartenenti alle scienze, alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro ed alla cinematografia, sotto qualsiasi forma ed espressione. L'elenco è comunque esemplificativo e può tutelare anche opere non elencate. Anche se la norma non lo prevede, l'opera deve derivare da un prodotto del pensiero, cioè da un'attività dell'ingegno dell'autore.

La creatività è un presupposto necessario dell'opera per poter formare oggetto di diritto. Essa deve essere originale e nuova rispetto alle precedenti. Una dottrina minoritaria applica una tesi restrittiva sull'argomento che prevede il riconoscimento avvenga solo per opere originali e totalmente nuove. Di contro, la dottrina maggioritaria riconosce la tutela a ogni tipo di manifestazione intellettuale, anche non peculiarmente significativa, avente una generica creatività dell'autore, senza che esso crei un'opera nuova.

L'art. 2576, poi, prevede che il diritto si acquista a titolo originario tramite la creazione della stessa opera, intesa come frutto del lavoro intellettuale. Data questa disposizione, si desume la registrazione o la pubblicazione dell'opera non producono effetti costitutivi circa la titolarità del diritto. Non è invece ammesso l'acquisto della titolarità del diritto mediante usucapione, commistione, invenzione o occupazione.

In seguito, l'art. 2577 (*contenuto del diritto*) prevede alcune facoltà di natura sia morale che patrimoniale: l'autore ha il diritto di pubblicare e utilizzare economicamente in ogni forma e modo la propria opera. Esso ne può anche rivendicare la paternità in ogni momento, anche dopo averne ceduto i diritti ed ha il diritto di opporsi ad ogni forma di deformazione, mutilazione o altro tipo di modificazione dell'opera che possa cagionare un pregiudizio al suo onore od alla sua reputazione. Tali diritti si identificano nel cosiddetto diritto morale d'autore, che ricade nell'ambito dei diritti della personalità i quali hanno come caratteristiche l'inalienabilità, l'indisponibilità e l'intrasmissibilità. Sono ricompresi nella tutela della paternità dell'opera: il diritto all'inedito, il diritto di ritirare l'opera dalla circolazione ed ogni altro diritto relativo alla garanzia dei diritti primari della persona dell'autore.

Invece, il diritto patrimoniale d'autore consiste nel trarre dall'opera ogni tipo di utilità che essa possa generare. Quindi si tratta anche di scopi diversi dallo scopo di lucro. Infine, l'art. 2581 stabilisce che i diritti di utilizzazione economica dell'opera possono essere ceduti dall'autore a soggetti terzi tramite apposite forme negoziali, che devono essere in forma scritta. Sugli argomenti trattati, cfr.: F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, ESI, 2009; F. Messineo, *Trattato di diritto civile e comparato*, vol. II, Giuffrè, 1965; L.C. Ubertazzi, *Il diritto d'autore*, Torino, 1993.

¹⁶ Legge 22 Aprile 1941, n. 633, pubblicata il 16 Luglio 1941 ed entrata in vigore il 18 Dicembre 1942.

¹⁷ A. Calogero, *op. cit.*

¹⁸ Il D.lgs. 518/92 ha aggiunto un secondo comma all'art. 1 LDA che prevede che sono protetti anche i programmi per elaboratore e le banche dati purché costituiscano una creazione intellettuale dell'autore.

Si precisa, inoltre, che i requisiti necessari che deve avere un'opera per essere tutelata dal diritto d'autore sono creatività e concretezza d'espressione¹⁹. La legge dedica il Capo II ai soggetti di diritto e, in particolare, specifica che l'acquisto del diritto avviene sempre a titolo originario mediante la creazione dell'opera stessa. In caso di opere collettive²⁰ è considerato autore il soggetto che organizza e dirige la creazione dell'opera, mentre se essa è il risultato inscindibile dei contributi di più soggetti, essi si considerano coautori e i diritti morali e patrimoniali possono essere esercitati mediante un accordo fra loro. Le disposizioni del Capo III individuano la durata dei diritti morali e patrimoniali e stabilisce che i primi sono tutelati anche dopo la morte dell'autore e si trasmettono ai propri eredi, di contro i secondi decadono a partire dal settantesimo anno dopo la morte dell'autore, salvo eccezioni²¹. Devono, invece, decorrere settanta anni dalla morte dell'ultimo coautore in caso di opere collettive. La LDA, poi, prevede un insieme di norme relative ai diversi tipi di opere tutelate, ai modi di trasmissione dei diritti, nonché alle tutele legali contro le violazioni, oltre ad una serie di limitazioni ed eccezioni al diritto d'autore per consentire alcuni tipi di utilizzazione lecita da parte dell'utenza²². Una volta tracciato il quadro normativo nazionale circa la tutela del diritto d'autore, non si può non trattare brevemente dei quadri normativi e regolamentari di rango internazionale e comunitario, in virtù del fatto che le

¹⁹ Si tratta di due requisiti costitutivi delle opere di ingegno e riguardano la forma, sia interna che esterna, e il contenuto dell'opera.

²⁰ Si intendono quelle opere costituite dalla riunione di opere o di parti di opere.

²¹ I diritti morali mirano a tutelare la personalità, l'onore e la reputazione dell'autore con una corretta comunicazione agli altri delle sue opere. Per loro natura, essi sono irrinunciabili, inalienabili (ma solo cedibili) ed autonomi rispetto ai diritti di sfruttamento economico. Sono illimitati nel tempo e possono essere anche fatti valere dagli eredi dell'autore dopo la sua morte (art. 23 1. 633/41). I diritti patrimoniali o di utilizzazione economica sono previsti dall'art. 12 della LDA, secondo il quale "l'utilizzo economico dell'opera può avvenire in ogni forma e modo". Inoltre, stabilisce che la prima forma di esercizio di un diritto di utilizzazione sia la prima pubblicazione. Tali diritti durano per tutta la vita dell'autore e fino a settant'anni dopo la morte dello stesso (art. 25 1.633/41).

A differenza dei diritti morali, quelli patrimoniali possono essere trasferiti oppure trasformati in diritti a compenso in caso di utilizzazione economica da parte di soggetti terzi. (cfr., G. Jarach – A. Pojaghi, *Manuale del diritto d'autore*, p. 62 e ss., Mursia Editore, 2011).

²² A. Ferretti, *Il nuovo diritto d'autore*, Simone, Napoli, 2011.

maggiori spinte propulsive in materia provengono proprio dalle esperienze maturate fuori dall'ordinamento nazionale. Questo fenomeno si è verificato sia per il riconoscimento delle tutele ai beni immateriali, sia per il conseguente adeguamento delle norme in materia, congiuntamente all'evoluzione tecnologica ed alle nuove forme di fruizione dei contenuti protetti. Sul piano internazionale, lo strumento di tutela più importante è rappresentato dalla Convenzione di Berna del 1886, aggiornato e modificato più volte, fino a raggiungere la versione attuale creata a Parigi nel 1971. Merito dei compilatori è senza dubbio l'aver compreso, fin da un'epoca remota, che la circolazione delle opere avrebbe travalicato i confini degli Stati e che, quindi, sarebbe stata necessaria l'uniformazione degli strumenti di tutela fra essi, così da garantire una protezione più efficace ed evitare pratiche elusive ²³ . La Convenzione prevede, perciò, una serie di principi riguardanti principalmente la parità di trattamento dei diritti degli autori residenti nei Paesi facenti parte della stessa, l'indipendenza della protezione verso lo Stato d'origine, il diritto morale al nome ed all'integrità dell'opera, il riconoscimento di diritti minimi per la determinazione delle facoltà patrimoniali d'autore e lo svincolo da ogni formalità per esercitare e godere dei diritti.

Un ulteriore strumento internazionale è la Convenzione Universale per il Diritto d'Autore, creata a Ginevra nel 1952 e modificata nel 1971 su iniziativa dell'UNESCO. Essa ha il merito di riconoscere un'efficace protezione dei diritti degli autori nei diversi Stati nonché armonizzare i diversi sistemi di protezione dei Paesi non aderenti alla Convenzione di Berna, la quale rimane in vigore per le parti. Nel 1967 l'ONU ha, invece, creato una Sezione Specializzata, chiamata W.I.P.O. ²⁴ , deputata alla proprietà intellettuale ed avente lo scopo di promuovere l'attività creativa ed incentivare la protezione della proprietà intellettuale a livello mondiale. Essa si occupa di tutte le creazioni intellettuali,

²³ A. Calogero, *op. cit.*, pp. 26-27.

²⁴ "World Intellectual Property Organization", in italiano O.M.P.I., Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale

compresi i marchi d'impresa ed opere suscettibili di applicazione industriale, e non solamente le opere creative tutelate dal diritto d'autore. Nel 1996 sono stati adottati, nell'ambito dell'organizzazione, due rilevanti trattati: il W.P.P.T. – W.I.P.O. *Performances and Phonograms Treaty*, con oggetto la tutela di fonogrammi e di artisti esecutori ed interpreti, e il W.C.T. – W.I.P.O. *Copyright Treaty*, relativamente alla tutela processuale ed a strumenti di autotutela tecnica. In ambito comunitario, il diritto d'autore viene già contemplato dal Trattato Istitutivo della Comunità Europea del 1957²⁵ ed è stato successivamente oggetto di diversi interventi normativi, particolarmente Direttive²⁶, aventi come scopo l'armonizzazione della materia nelle legislazioni di tutti gli Stati membri dell'Unione. Le prime che sono state emanate in materia riguardano la tutela del *software* (Direttiva 91/250/CE), i diritti di distribuzione, noleggio e prestito (Direttiva 92/100/CE), le trasmissioni via radio e via cavo (Direttiva 93/83/CE), sulla durata della protezione del diritto d'autore e dei diritti connessi (Direttiva 93/98/CE) e la protezione delle banche dati (Direttiva 96/9/CE). In seguito, sono state introdotte due ulteriori Direttive relative a materie cardine del diritto d'autore, come il diritto di riproduzione di opere, e la responsabilità del gestore dei servizi *on line*. La prima è la Direttiva 2001/29/CE²⁷ la quale ha lo scopo di adeguare alle specificità delle nuove tecnologie i diritti esclusivi riconosciuti dal diritto d'autore. Mediante questa, il diritto di riproduzione è stato esteso a qualsiasi tipo di moltiplicazione, “*diretta o indiretta, temporanea o permanente, totale*

²⁵ Confluito nel 1992 nel Trattato sull'Unione Europea di Maastricht

²⁶ La *Direttiva* è uno strumento normativo che obbliga gli Stati membri a recepire le norme in esse contenute nei propri sistemi normativi nazionali. Questo accade poiché non possiede un'efficacia vincolante diretta, salvo casi in cui sia *self executive*, cioè quando le norme previste regolano i rapporti tra pubblica amministrazione e singoli o fra singoli stessi ovvero, secondo parte della dottrina, alla decorrenza del termine per l'introduzione delle norme stabilito dalla Direttiva. Differisce dal *Regolamento* poiché esso è direttamente applicabile (*self executive*) nei singoli Paesi membri e nei rapporti fra i cittadini.

²⁷ C.d. “Direttiva *InfoSoc*”, emanata dal Parlamento e dal Consiglio il 22 Maggio 2001 e relativa all’*“armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione”*.

*o parziale e in qualunque modo o forma*²⁸, ed ha sostituito il diritto di diffusione con il diritto di comunicazione al pubblico, che include anche la messa a disposizione di qualsiasi opera per la fruizione individuale nel luogo e nel tempo scelto dall'utente, cioè "*on demand*"²⁹.

Il riconoscimento dei diritti che la Direttiva ha effettuato in favore dell'autore e degli altri titolari dei diritti viene bilanciato dal riconoscimento di una parziale esclusione dei diritti stessi in presenza di condizioni particolari previste dall'art. 5.1 della medesima³⁰³¹.

La disciplina si riferisce alle riproduzioni fatte dagli intermediari nei c.d. nodi di transito, aventi lo scopo di inoltrare dei pacchetti di dati verso l'indirizzo dell'utente, oppure della riproduzione effettuata dagli utenti al fine di ottenere i dati dal *web* al proprio computer. Tale attività, consistendo in una riproduzione, sarebbe stata considerata illecita se non fossero state previste le relative eccezioni che si applicano quando questa sia parte essenziale di un processo tecnico, temporaneo ed accessorio e privo di rilievo economico autonomo³².

La stessa Direttiva introduce anche le misure tecniche di protezione e la prevenzione per ogni forma di elusione di queste³³.

La seconda Direttiva è la 2000/31/CE³⁴, la quale si occupa di disciplinare la responsabilità del gestore dei servizi in linea, relativo a tre tipi di attività previste dagli artt. 12, 13, 14 e 15.

La prima attività riguarda il mero trasporto (*mere conduit*): in tale situazione il gestore è esente dalla responsabilità quando non dà origine alla trasmissione di

²⁸ Art. 2 della Direttiva 2001/29/CE ed art. 13 del D.lgs. 68/03.

²⁹ Art. 3 della Direttiva 2001/29/CE ed art. 16 del D.lgs. 68/03.

³⁰ La Direttiva prevede che sono liberi gli atti di riproduzione temporanea, privi di rilievo economico proprio, che abbiano le caratteristiche di transitorietà o di accessorietà e che siano parte essenziale e integrante di un procedimento tecnico, eseguito per il solo scopo di permettere la trasmissione fra soggetti diversi e con l'intervento di un intermediario o riguardante un'utilizzazione legittima, poiché autorizzata dai chi detiene i diritti, o consentita dalla legge in base ad un'eccezione (c.d. *Copie tecniche*, ex art. 5.1 della Direttiva ed ex art. 68-bis del D.lgs. 68/03).

³¹ S. Ercolani, *Il diritto d'autore e i diritti connessi*, p. 288, Giappichelli, Torino, 2004.

³² Ercolani, *op. cit.* p. 72.

³³ Artt. 6-7 della Direttiva 2001/29/CE.

³⁴ Emanata dal Parlamento e dal Consiglio l'8 giugno 2000, relativa a "*taluni aspetti giuridici dei servizi dell'informazione: in particolare il commercio elettronico del mercato interno*".

dati, riguardanti un'opera, quando non sceglie il destinatario della trasmissione e non interviene sul contenuto di questa (art. 12.1). La seconda riguarda la riproduzione dei dati, automatica, temporanea e intermedia, effettuata in *caching*³⁵ di un'opera protetta che viene compiuta dal gestore allo scopo di soddisfare le molteplici richieste di accesso a tali dati. Il gestore è esente da responsabilità quando non modifica il dato, si conforma alle condizioni di accesso del medesimo ed alle norme di aggiornamento dello stesso, non interferisce con l'uso lecito di tecnologie per ottenere informazioni sull'impiego dei dati, e se agisce in maniera pronta ed istantanea alla rimozione dei dati che egli memorizza o per disabilitarne l'accesso, non appena ne venga a conoscenza (art. 13.1). La terza attività disciplinata riguarda la riproduzione di dati che vengono richiesti dal destinatario di un servizio di *hosting* ³⁶ . In tale ipotesi, il gestore non è responsabile se non era consapevole che la provenienza dei dati fosse illecita, oppure, non appena ne sia consapevole, agisce immediatamente per la loro rimozione o ne disabilita l'accesso (art. 14.1)

37

Quanto disposto da tale direttiva stabilisce l'esonero dall'obbligo generale di sorveglianza in capo al *provider* e la regola di attivarsi per far cessare eventuali utilizzazioni effettuate in violazione delle norme sul diritto d'autore subito dopo esserne venuto a conoscenza. Si tratta di un'importante modifica dei Principi Generali sulla responsabilità per fatti illeciti relativi alla proprietà intellettuale e che sposta la regola generale sul rispetto dei beni altrui verso un momento posteriore a quello della condotta iniziale.

³⁵ È un processo di riproduzione di dati nascosto e non manifesto per l'utente che solitamente avviene in automatico.

³⁶ Dall'inglese "*to host*", ospitare. È un servizio di rete che permette di allocare su un *web server* pagine di siti web, così da renderle accessibili ai propri utenti tramite internet.

³⁷ G. Jarach – A. Pojani, *Manuale del diritto d'autore*, pp. 181-182, Mursia, 2006.

1.3 – Responsabilità civile in rete in relazione agli illeciti commessi tramite internet

La responsabilità civile è un nodo cruciale di qualsiasi questione giuridica soprattutto in un campo in continua evoluzione quale internet³⁸. Seguendo una consolidata ripartizione, creata dalla dottrina penalistica relativamente a reati di stampa³⁹, si può accogliere la distinzione fra varie tipologie di condotte: illeciti di internet, illeciti contro internet ed illeciti per mezzo di internet. Gli illeciti di internet sono commessi da soggetti che regolano, a vario titolo, l'accesso al *web*, attribuiscono indirizzi IP e definiscono i protocolli. Rientrano in tale categoria, esemplificativamente, quelle attività dei *network operators* che limitano o rifiutano l'assegnazione di indirizzi IP ai *providers* o i comportamenti abusivi dei *providers* in danno degli utilizzatori. Questa categoria di illeciti è inquadrabile nel diritto antitrust o può essere ricondotta alle norme sulla concorrenza sleale. Gli illeciti contro internet, invece, sono quegli illeciti che danneggiano, tramite comportamenti devianti, la Rete o i suoi operatori. Fanno parte di tale categoria, ad esempio, *spywares*, *worms*, attività di *hacking* o violazioni della normativa sulla firma digitale. Questi hanno come caratteristica quella di non poter essere configurabili se non in internet ed il cui uso costituisce un elemento costitutivo ed essenziale delle fattispecie. Gli illeciti per mezzo di internet possono, invece, sussistere anche al di fuori di internet, infatti, l'utilizzo di tecnologie informatiche non costituisce elemento essenziale di questi tipi di illeciti, poiché sono già dotati di una propria rilevanza giuridica. Quando questi eventi si verificano sulla Rete con particolari caratteristiche, meritano una breve osservazione, considerando i problemi che sollevano.

³⁸ P. Stanzione, *Commercio elettronico, contratto ed altre categorie civilistiche*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, pp. 658 e ss., 2001;

³⁹ P. Nuvolone, *Reati di stampa*, pp. 11 e ss., CEDAM, Padova, 1951

Tralasciando l'enorme quantità di materiale circolante in internet che ha evidenziato il problema della tutela dei minori che navigano in internet, gli illeciti maggiormente commessi *on line* riguardano la lesione dei diritti della personalità, più nello specifico, la lesione dell'onore e della reputazione⁴⁰. La diffamazione per via telematica è stata una delle questioni più spinose della responsabilità civile su internet e, di conseguenza, della responsabilità degli *Internet Service Provider*.

Proprio internet, essendo un mezzo dalle enormi potenzialità offensive ma allo stesso tempo uno strumento ormai necessario di libertà di espressione e di pensiero, ha creato un forte dibattito circa la responsabilità dei provider che trascendono dai soli criteri d'imputazione di questi e si ricollegano alla tutela dei diritti fondamentali degli individui ⁴¹. La violazione della privacy configura un'altra questione rilevante nel mondo telematico. Infatti, in materia di interferenza con la sfera privata degli individui, internet è considerato un terreno privilegiato, poiché proprio nella Rete sono sorti i maggiori problemi relativi alla raccolta ed alla protezione di dati personali, i quali hanno portato ad un'evoluzione dello concetto stesso di *privacy*.

Tramite i mezzi informatici è possibile raccogliere, conservare e trasferire facilmente un'enorme mole di dati di ogni utente, come le preferenze in materia di beni di consumo. Questi dati hanno un ragguardevole valore economico e commerciale, in quanto cedibili a soggetti terzi in cambio di vantaggi economici; valore che spinge ad aumentare l'attività occulta di raccolta e di trattamento⁴². Essi a volte non si limitano al solo campo commerciale ma si spingono fino a settori più delicati, come le opinioni politiche, le inclinazioni private e le credenze religiose. Le potenzialità di internet hanno reso anche più difficile controllare gli scambi e la circolazione di informazioni relative alle persone, a causa dell'invasività

⁴⁰ F. Di Ciommo, *Diritti della personalità tra media tradizionali e avvento di internet*, in *Persone e tutele giuridiche*, pp. 3 e ss., Giappichelli, Torino, 2003.

⁴¹ G. Cassano, *Internet e la tutela dell'onore*, in *Internet, nuovi problemi e questioni controverse*, pp. 35 e ss., Giuffrè, Milano, 2001.

⁴² G. Arnò – A. Lensi Orlando, *La tutela della privacy nella rete internet*, p. 59, Giappichelli, Torino, 2002.

del mezzo. Per tale ragione, è sorta l'esigenza di tutelare la riservatezza, non solo tramite una opposizione passiva, ma anche mediante un controllo attivo e continuo dei flussi di informazioni riguardanti i dati dei singoli individui che vengono inseriti in rete dagli utenti. Ogni individuo, infatti, ha il diritto di controllare le informazioni relativi alla propria persona in possesso di altri o resi pubblici, poiché parti fondanti della propria individualità, nonché di modificarli, di aggiornarli e di ottenerne la rimozione⁴³. La tutela della privacy, infatti, include anche il diritto di “*non essere costruiti come individui*” dagli altri ma di essere il frutto dell'autodeterminazione personale ⁴⁴.

Il trattamento dei dati sul web impone: l'informativa e il consenso dell'interessato: l'informativa dev'essere comprensibile e trasparente, l'obbligo di diligenza: i dati devono essere sempre aggiornati ed esatti, la pertinenza: si possono trattare solo dati completi e non eccedenti le finalità dello stesso trattamento, il diritto all'oblio: i dati trattati devono essere conservati non oltre il raggiungimento delle finalità del trattamento e, in seguito, devono essere cancellati, e l'obbligo di sicurezza: il titolare del trattamento deve porre in essere tutte le attività atte ad impedire l'accesso ai dati posseduti da parte di soggetti non autorizzati. In tale situazione, internet consente forme di trattamento di dati molto particolari nonché insidiose, poiché invisibili e non gestibili dagli utenti; tra queste possiamo menzionare i “*data log*”, i “*cookies*” e gli “*spywares*”⁴⁵, una

⁴³ Come previsto dal D.Lgs. 196/2003 chiamato “*Codice in materia di protezione di dati personali*”.

⁴⁴ S. Rodotà, *Discorso dalle Camere del Presidente dell'Autorità Garante per la presentazione della relazione 2003*, p. 17.

⁴⁵ I *data logs* sono registrazioni che il sistema del provider che fornisce l'accesso alla Rete genera automaticamente a seguito di ogni connessione degli utenti e durano il tempo della connessione stessa. Hanno funzioni di tutela contrattuale, poiché consentono al provider di dimostrare con esattezza i tempi di connessione dell'utente, ma anche funzioni di natura extracontrattuale, in quanto possono essere utilizzati dalle Autorità per individuare autori di violazioni in internet. Di contro, essi permettono al provider di venire a conoscenza dei siti visitati dagli utenti ed il tempo di permanenza in questi tramite il POP (*Point Of Presence*).

I *cookies* sono dei software che vengono trasmessi dai server in cui sono ospitati i siti internet visitati dall'utente. Essi hanno la funzione di facilitare le visualizzazioni dei siti ed accelerare la navigazione. I problemi alla privacy riguardano il fatto che questi software possono raccogliere molte informazioni, come numeri identificativi degli utenti e siti visitati con la relativa durata di permanenza in questi. Gli *spyware* sono dei software-spia che, dopo essere stati installati nel computer dell'utente

serie di *software* idonei a catalogare vari dati personali dell'utente. Questi permettono di conoscere tendenze e gusti degli utenti, anche in materie considerate sensibili, e di tracciare i profili degli utenti al fine di costituire banche dati aventi un alto valore commerciale⁴⁶, ad esempio per controllare i comportamenti e le opinioni degli utenti o per inviare email pubblicitarie (c.d. *spamming*)⁴⁷.

Un'altra categoria di illeciti può riguardare la violazioni della proprietà intellettuale. Le nuove tecnologie hanno facilitato la riproduzione a basso costo delle opere tutelate dal copyright ed hanno reso possibile la loro circolazione su scala mondiale e il loro libero accesso. Questo è potuto accadere solo grazie alla smaterializzazione delle opere diffuse in forma digitale su internet⁴⁸.

Una volta messe in circolazione in rete, le opere non possono essere, infatti, più controllate o tracciate e, di conseguenza, esse possono essere manipolate o copiate abusivamente da altri soggetti non autorizzati: questo ha messo in crisi il tradizionale sistema del diritto d'autore che si fondava soprattutto su controlli posti sulla diffusione dei supporti fisici delle opere. E' stato soprattutto messo in crisi il tradizionale distinguo fra opera originale e copie di essa, data la perfetta identità di queste nel web quale manifestazione della tecnologia digitale⁴⁹.

Una dottrina minoritaria ha ritenuto che, considerate queste nuove

(solitamente in modo fraudolento), inviano al fornitore informazioni relative alla navigazione ed al sistema informatico degli utenti.

⁴⁶ F. Cajani, *Alla ricerca del log (perduto)*, in *Diritto dell'internet*, pp. 573 e ss., 2006.

⁴⁷ P. Fava, *Dialers § troian horses tra comunicazione elettronica e privacy*, in *Diritto di internet*, pp. 12 e ss., 2005.

⁴⁸ Viene meno la distinzione fra "*corpus mysticum*" e "*corpus mecanicum*", (cfr., P. A. E. Frassi, *Riflessioni sul diritto d'autore. Problemi e prospettive del mondo digitale*, in *Rivista di diritto industriale*, pp. 370 e ss., 2002).

⁴⁹ Parte della dottrina ritiene che la tradizionale normativa sul diritto d'autore non si applicabile al mondo di internet (cfr., P. Cerina, *Il caso Napster e la musica online: cronaca di una condanna annunciata di una rivoluzionaria tecnologia*, in *Diritto Industriale*, pp. 48 e ss., 2001). A questa idea si contrappone quella secondo cui il diritto d'autore possa e debba essere applicato anche nelle opere presenti nel web (cfr., P. Marzano, *Diritto d'autore e digital technologies*, pp. 10 e ss., Giuffrè, Milano, 2005). Le divergenze sorgono dal punto di vista diverso che si ha di considerare internet: alcuni lo considerano un luogo libero dove condividere le conoscenze e, quindi incompatibile con diritti di esclusiva, altri ritengono che sia uno strumento che non possa essere considerato come una "zona franca" circa la protezione dei diritti degli autori (cfr., Marzano, *op. cit.*).

caratteristiche assunte dalle opere immesse sul web, le norme sul diritto d'autore non possano essere pedissequamente applicate in un contesto quale quello di internet ⁵⁰.

Un'altra parte della dottrina, invece, si contrappone a tale posizione osservando che il diritto d'autore possa essere normalmente applicato anche alle opere *online* ⁵¹.

Tali opinioni divergenti riflettono la diversa concezione che si può avere del "cyberspazio". Vi è, infatti, chi lo considera un luogo di libera condivisione di conoscenza che non è compatibile con i diritti di esclusiva; mentre vi è anche chi ritiene che esso sia un nuovo *medium* particolare, ma che non possa essere trattato come una "zona franca" circa la protezione dei diritti relativi alla proprietà intellettuale ⁵².

Per le sue caratteristiche intrinseche, internet non è incompatibile con la disciplina del diritto d'autore, a patto che presenti i caratteri (*ex art. 2585 c.c.*) di originalità, novità e fruibilità esterna. In presenza di tali condizioni, anche l'opera d'ingegno in rete viene tutelata sia dal punto di vista morale (paternità dell'opera) che da quello patrimoniale (sfruttamento economico dell'opera). Pertanto, sono tutelati: testi di ogni tipo, siti *web*, giornali *online*, immagine fotografiche, opere multimediali, banche dati, *software* e biblioteche *online*. Inoltre, il D.lgs. 68/03, precedentemente accennato, e soprattutto il D.lgs. 140/06, che ha attuato la c.d. Direttiva *Enforcement*⁵³ hanno espressamente riconosciuto la tutela del diritto d'autore in internet e, stabilendo severe sanzioni, hanno provato a contrastare la diffusione abusiva di opere protette nel web⁵⁴. Bisogna però anche dire che benché il diritto d'autore possa essere applicato anche alle opere presenti in rete, è comunque necessario un

⁵⁰ P. Cerina, *Il caso Napster e la musica online: cronaca di una condanna annunciata di una rivoluzionaria tecnologia*, in *Diritto industriale*, pp. 48 e ss., 2001.

⁵¹ P. Marzano, *op. cit.*, pp. 10 e ss.

⁵² N. Soldati, *I diritti sulle opere tutelate dal diritto d'autore immesse in rete: profili giuridici della circolazione e del download*, in C. Vaccà (a cura di), *Nomi di dominio, marchi e copyright*, pp. 174 e ss., Milano, 2005.

⁵³ Trattasi della Direttiva 2004/48/CE.

⁵⁴ L. Chimienti, *Lineamenti del nuovo diritto d'autore*, Giuffrè, Milano, 2006.

adattamento sempre maggiore e parallelo all'evoluzione tecnologica⁵⁵. In tale quadro, le pratiche maggiormente comuni sono il *browsing*, il *caching* e il *file sharing*. Questi si caratterizzano per la loro dubbia appartenenza alla categoria degli illeciti contro internet anziché a quella degli illeciti a mezzo di internet e, per tale motivo, meritano di essere trattati brevemente. Il *browsing*⁵⁶ consiste nello scorrere in maniera superficiale ed occasionale le pagine dei siti web. I dubbi sulla legittimità circa il diritto d'autore riguardano il mero funzionamento di tale attività. Di fatto, ogniqualvolta si consultano i contenuti digitali tutelati è necessario che essi vengano trasmessi dal server del gestore del servizio internet al computer dell'utente, realizzando una sorta di distribuzione. Di conseguenza, i contenuti trasmessi sono salvati nella memoria del computer ricevente creando, così, una sorta di riproduzione. Questa è però intrinsecamente strumentale all'attività stessa di navigazione in rete che avviene, infatti, in automatico e temporaneamente, in quanto viene successivamente eliminata al momento dell'arresto del computer. Dati questi fattori, si può ritenere che il *browsing* non costituisca alcuna violazione della normativa sul diritto d'autore anche perché si suppone che chiunque immetta contenuti sul *web*, avendone diritto, autorizzi implicitamente la riproduzione di questi, nei limiti della navigazione in internet

57

Ad avvalorare questa tesi, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha confermato la liceità di tale attività poiché la ritiene rientrante nella nozione di atti di riproduzione temporanei, transitori o accessori, i quali costituiscono una parte essenziale ed integrante di un procedimento tecnologico e soddisfano i requisiti *ex art. 5, par. 5*, della Direttiva. n. 2001/29/CE: quindi, si possono realizzare senza l'autorizzazione dei titolari dei diritti⁵⁸. Inoltre, il Legislatore europeo, al Considerando 33 della stessa Direttiva

⁵⁵ Cfr., D. De Angelis, *La tutela giuridica delle opere musicali digitali*, Giuffrè, Milano, 2005

⁵⁶ Dall'inglese "*to browse*": dare un'occhiata, sfogliare.

⁵⁷ De Cata, *op. cit.*, pp. 40-41.

⁵⁸ Corte di giustizia dell'Unione europea, Sez. IV, 6 giugno 2014, n. C-360/13

29/2001/CE 59, ammette il *browsing* in quanto elemento strumentale al funzionamento del web, purché non oltrepassi i limiti consentiti 60. L'attività di *caching* può costituire, in presenza di alcune condizioni, una violazione delle norme poste a tutela dei diritti di riproduzione, distribuzione e di diffusione poiché riproduce i contenuti dei siti visitati dall'utente in una memoria durevole⁶¹ e non volatile, come nel *browsing*⁶². Il suo ruolo è quello di facilitare la c.d. "*web usability*"⁶³ ma, da un punto di vista patrimoniale, può determinare un pregiudizio economico per l'autore del sito 64.

La normativa europea riconosce il *caching* come strumentale alla navigazione in internet e stabilisce che il suo utilizzo ormai sia ritenuto lecito in presenza di due condizioni: mantenere un carattere strumentale alla navigazione e non oltrepassare il tempo prettamente necessario a questa funzione 65. Per quanto riguarda il fenomeno del *file sharing* e del *peer-to-peer*, essi spesso vengono considerati (erroneamente) come sinonimi, nonostante fra essi vi siano notevoli differenze di natura tecnica e pratica 66.

⁵⁹ "Si dovrebbe prevedere un'eccezione al diritto esclusivo di riproduzione per consentire taluni atti di riproduzione temporanea, che sono riproduzioni transitorie o accessorie, le quali formano parte integrante ed essenziale di un procedimento tecnologico ed effettuate all'unico scopo di consentire la trasmissione efficace fra terzi, con l'intervento di un intermediario, o l'utilizzo legittimo di un'opera o di altri materiali, purché tuttavia tali riproduzioni non abbiano un valore economico distinto".

⁶⁰ Ergo non può avere fini diversi dalla semplice consultazione, il materiale consultato non può essere riprodotto in supporti durevoli e non deve avere un valore economico distinto.

⁶¹ Detta "*client cache*" se appartiene all'utente o "*proxy cache*" se appartiene al provider.

⁶² A. Tatafiore, *Riproduzione temporanea in internet di opere protette*, in *Diritto d'Autore*, pp. 455 e ss., 2007.

⁶³ Il *caching* facilita, semplifica e accelera la connessione con i siti a cui ci si collega mediante la costruzione di copie che sono facilmente accessibili.

⁶⁴ "In quanto l'accesso da parte degli utenti tramite copie cache falsa la registrazione dei "contatti" con il sito originale, diminuendone così il valore che anche in termini di raccolta pubblicitaria, dipende dal numero di visitatori", De Cata, *op. cit.*, p.41

⁶⁵ Il Considerando 33 della Direttiva 29/2001/CE aggiunge anche che il *caching* è ammesso "...purché l'intermediario non modifichi le informazioni e non interferisca con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta ed utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni. L'utilizzo è da considerare legittimo se autorizzato dal titolare del diritto o non è vietato per legge.". Il D.lgs. 70/03 ha mantenuto questa impostazione.

⁶⁶ Entrambi sono delle tecnologie idonee a condividere *file* in rete tramite appositi *software*, ma differiscono nella struttura e nel funzionamento. Il *file sharing* prevede una comunicazione telematica di tipo accentrato che si basa su un sistema FTP, cioè *server-to-client*. In questo modello, i *file* sono memorizzati in un *server* centrale al quale gli utenti possono accedere per prelevare e copiare contenuti.

Il primo caso di *peer-to-peer* che ha destato l'attenzione della società, in particolare delle *major* musicali e cinematografiche americane, è stato Napster 67.

In materia si è espressa la Corte di Cassazione⁶⁸, la quale ha negato qualsiasi tipo di rilevanza penale nell'attività di diffusione e nel *download* di file musicali protetti, se non vi sia un fine di lucro, inteso come “*fine di guadagno economicamente apprezzabile o incremento patrimoniale*” da parte di chi commette il fatto. Non è, invece, da considerare come tale un mero vantaggio di qualsiasi altro genere, ad esempio il semplice risparmio mediante l'utilizzo di copie non autorizzate, in quanto il dolo specifico è assente. Proprio la mancanza di tale elemento, tipico del fine di lucro, ha fatto propendere la Corte ad escludere che le fattispecie *ex artt. 171-bis e 171-ter LDA* possano essere applicate al caso di specie 69.

In aggiunta a quanto detto precedentemente, possono sorgere altri tipi di illeciti legati alla natura intrinseca della rete. Essendo internet un luogo deputato anche al commercio di tipo elettronico, è possibile che si verifichino casi di concorrenza sleale, fra i quali i più comuni sono quelli riguardanti l'esistenza di siti contenenti informazioni idonee a determinare confusione o informazioni denigratorie della concorrenza. Casi particolari sono costituiti da: *linking*, *framing* e *meta-tags*.

Il *peer-to-peer* invece adotta un sistema *client-to-client* ed i sono memorizzati sulle memorie fisiche dei diversi utenti che accedono al servizio. Tramite appositi software che si collegano fra loro, gli utenti possono eseguire operazioni sia di *download* che di *upload*. (cfr., A. Biocca, *Reti digitali*, pp. 287 e ss., Giuffrè, Milano, 2002).

⁶⁷ Sebbene esso non fosse stato il primo software di *file sharing*, divenne presto molto popolare data la sua facilità di utilizzo e, nel 2000, dopo aver raggiunto oltre un milione di utenti, divenne oggetto di azioni giudiziarie da parte della *major* A&M Records che comportarono la sua chiusura. (Cfr., Caso *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3.d 1004 del 2001 del Nono Circuito della Corte d'Appello degli Stati Uniti). Questo avvenimento non comportò la fine del *file sharing*, bensì ebbe come conseguenza la nascita di nuovi software basati su sistemi decentralizzati, come WinMX, eMule e Kazaa. Essi superarono le vulnerabilità di Napster, che si trovavano proprio nel suo sistema centralizzato⁶⁷, proprio grazie ad un sistema che non utilizza un server originario e rendendo, così, impossibile il blocco delle attività dei milioni di utenti che utilizzavano il software se non tramite milioni di cause giudiziarie dirette ad ogni utente.

⁶⁸ Cass. 22 Novembre 2006 e 9 Gennaio 2007, n. 149, in *Rivista di diritto industriale*, pp. 77 e ss., II, 2007

⁶⁹ De Cata, *op. cit.*, pp. 43 e ss.

In materia di *linking*, se si distingue il *surface-linking* dal *deep-linking*⁷⁰, si nota che, mentre il primo non ha particolare rilevanza dal punto di vista giuridico, molte questioni possono sorgere relativamente al secondo. Una di queste può integrare una fattispecie di concorrenza sleale *ex art. 2598 n. 1-3 c.c.* nel caso in cui i due siti *linkati* appartengono a due soggetti differenti, considerando anche l'effetto confusorio che si genera verso l'utente: esso, infatti, può ritenere di trovarsi ancora su una pagina web del sito richiamante.

Tale situazione può anche costituire una violazione del diritto d'autore, in particolare, una fattispecie di contraffazione o di plagio per la violazione del diritto alla paternità dell'opera del vero autore o per l'illecito sfruttamento economico di opere altrui ⁷¹.

Il *framing*, invece, non lascia molti dubbi sulla sua illiceità, date le sue caratteristiche⁷². Questa attività è indubbiamente considerata come contraria ai doveri di correttezza professionale e, comunque, uno sfruttamento parassitario di attività altrui, non potendo nemmeno basarsi su condotte giustificate da esigenze tecniche ⁷³.

I *meta-tags*, date le loro caratteristiche⁷⁴, non comportano per loro natura un fatto illecito (come precedentemente visto nel *framing*) ma possono far

⁷⁰ Il primo si può tradurre come “collegamento di superficie”. Consiste nel collegamento ad un sito internet transitando dalla pagina principale del sito stesso. Il secondo, traducibile come “collegamento in profondità”, consiste nell'operazione di inserire in una pagina web un collegamento ad una pagina interna di un sito internet diverso, quindi senza transito dalla *homepage*.

La seconda attività non dà la possibilità a chi naviga di visualizzare i *banner* pubblicitari presenti nella *homepage*, né tantomeno il suo accesso viene aggiunto al numero di accessi al sito, comportando, così, danni di natura patrimoniale all'autore della pagina web.

⁷¹ Parte della dottrina si oppone a tale posizione ritenendo che non vi sia alcuna violazione del diritto d'autore in quanto il sito agganciante non riproduce il contenuto del sito agganciato dal punto di vista prettamente tecnico. (cfr., A. Sirotti Gaudenzi, *Trattato breve di diritto della rete*, pp. 69 e ss., Maggioli, Rimini, 2001).

⁷² Consiste nello stabilire un collegamento profondo con i contenuti del sito richiamato, i quali, però, sono visualizzati solo nella “cornice” (*frame*) del sito agganciante. L'utente, così, viene tratto in inganno poiché può facilmente ritenere di trovarsi ancora nel sito originario, ma si determinerà un vantaggio per il sito agganciante a danno del sito agganciato, sotto i profili del valore aggiunto e della pubblicità.

⁷³ De Cata, *op. cit.*, pp. 48 e ss.

⁷⁴ Sono istruzioni di lingua *mark up* che si basano sui *tag* (etichette) che danno la possibilità di reperire contenuti nei siti web. Si distingue fra *descriptions*, i quali descrivono il contenuto dei siti, e *keyword*, che danno un elenco di parole chiave utili alla ricerca. Entrambi gli strumenti, se usati congiuntamente, facilitano la ricerca attraverso i motori di ricerca.

sorgere qualche dubbio di illiceità nel caso in cui essi facciano riferimento a categorie merceologiche o a segni distintivi dell'imprenditore, determinando, ancora una volta, una violazione dell'art. 2598 n. 1-3 c.c. 75 .

1.4 - Opere digitali e circolazione

L'ordinamento italiano non prevede una definizione chiara di "opera digitale". Questa lacuna è conseguenza della mancanza di sistematicità tipica dell'evoluzione normativa del diritto italiano e, a livello continentale, del diritto comunitario in materia. In tale contesto, è particolarmente complesso collocare quelle che si possono chiamare "opere digitali" all'interno del vigente quadro normativo se non tramite interpretazioni estensive, applicazioni per analogia e letture estensive. Le opere digitali concernono quella categoria di beni aventi le caratteristiche delle opere di ingegno ma che non possiedono una natura analogica. Per tale natura, queste possono circolare esclusivamente in forma digitale. Nella definizione tradizionale di opera di ingegno, però, è sempre necessario un *corpus mysticum* e un *corpus mechanicum* ⁷⁶ . L'opera digitale, di contro, per sua natura manca di questo secondo elemento, in quanto non necessario per fruire dell'opera. Il motivo riguarda l'essenza stessa dell'opera digitale che è formata da un insieme di impulsi elettrici, espressi in codice binario che vengono raggruppati in base a specifiche informazioni in un *file*. Proprio nella mancanza della forma fisica si trova la maggiore problematica dell'opera digitale. Spesso si commette l'errore di ritenere che l'opera digitale sia di fatto il contenitore dei *file* stesso (come per es. un CD o un DVD), mentre esso è solamente uno strumento fisico avente la tecnologia idonea alla lettura del contenuto digitale presente in esso.

⁷⁵ Cfr., Trib. Milano, 11 Marzo 2009, in *Rivista di diritto industriale*, pp. 376 e ss., 2009.

⁷⁶ Il primo riguarda i caratteri di: originalità, creatività e caratteristiche di innovatività. Invece, il secondo è l'espressione concreta dell'idea in un formato fisico, cioè tangibile. Da quest'ultimo derivano la fruibilità, la forma concreta e, di conseguenza, la tutelabilità dell'opera stessa.

La circolazione di opere digitali in internet, invece, si caratterizza per il fatto di avere una forma totalmente informatizzata, in quanto l'originale circola in formato "liquido" e da esso, di caso in caso, si possono ottenere solamente delle copie associabili all'opera originale. Esse, però, potenzialmente non sono sempre coincidenti con la natura dell'opera immessa in rete. Per assicurare un'effettiva tutela dell'opera digitale, è essenziale tenere in considerazione tutte le tutele applicabili nel caso in cui l'autore dell'opera specifichi quale sia la forma espressiva originaria della stessa. In assenza di una normativa specifica in materia e, di conseguenza, una specifica disciplina di tutela di opere digitali *strictu sensu*, è possibile applicare interamente, e in via analogica, parte della disciplina tradizionale sul diritto d'autore per alcuni tipi di opere "digitalizzate"⁷⁷, come opere musicali, editoriali, audiovisive, cinematografiche e fotografiche in formato digitale, in quanto esse hanno un formato ben definito nella versione originale (per esempio: la pellicola contenente un film o un CD contenente brani musicali) ma, allo stesso tempo, possono subire una modificazione della loro natura per motivi di distribuzione sul mercato ⁷⁸.

Dal punto di vista normativo, i tipi di opere menzionate possono avvalersi di due gradi di tutele: *in primis*, l'autore ha facoltà di inserire nell'opera delle c.d. *informazioni elettroniche sul regime dei diritti*, previste dal art. 102-*quinquies* LDA, le quali devono specificare l'appartenenza dell'idea, la forma ed i materiali originari di questa, ma anche le condizioni ed i termini d'uso. Questi elementi costituiscono una sorta di documento identificativo dell'opera digitale.

Inoltre, l'autore ed il titolare di diritti connessi possono applicare le c.d. *misure tecnologiche di protezione*⁷⁹, come *password*, cifratura e controllo delle copie.

⁷⁷ Intese come opere digitale le quali sono munite di un supporto tecnico che ne caratterizza l'espressione, come particolari menù, distribuzione in più lingue, specifico formato di *file* o di codifica (es. DVD).

Da tale punto di vista, il formato fisico dell'opera influisce sulla distribuzione

⁷⁸ E. Prosperetti, *La circolazione delle opere digitali*, in G. Cassano – G. Vaciago – G. Scorza, *Diritto dell'internet. Manuale operativo: casi, legislazione, Giurisprudenza*, pp. 400 e ss., CEDAM, 2012.

⁷⁹ Sono strumenti tramite i quali si cerca di impedire che fruitori dell'opera non autorizzati specificamente agiscano sulla stessa.

Le tutele viste, ad ogni modo, coprono solo una parte di tutte le esigenze quotidiane degli operatori digitali e, per tali ragioni, è auspicabile una revisione e un aggiornamento dei contenuti della disciplina in materia introducendo una disciplina apposita per l'opera digitale, sulla scorta di quanto fatto con la Direttiva 2001/29/CE, così da ottenere un completamento della disciplina tradizionale, nonché prevedendo limitazioni maggiormente adatte alle novità tecnologiche ⁸⁰ .

Uno dei fenomeni maggiori in cui si può trovare la parziale inadeguatezza della normativa riguarda lo *streaming*⁸¹ di contenuti multimediali in internet. La dottrina è concorde nel ritenere che vi siano due tipologie di *streaming*⁸², corrispondenti alle categorie normative sui servizi media audiovisivi lineari e non lineari, contenuti nella Direttiva 13/2010/UE ⁸³ .

Questo fenomeno solleva due fondamentali questioni preliminari: l'assenza, a livello nazionale e comunitario, di una chiara definizione di *streaming*⁸⁴ e la contraddittorietà delle attuali disposizioni circa la circolazione di opere di ingegno sul web, le quali hanno bisogno di un aggiornamento a fronte delle tecniche più recenti di circolazione e distribuzione ⁸⁵ .

⁸⁰ E. Prosperetti, *op. cit.*, p. 403.

⁸¹ Per *streaming* si intende quella modalità di diffusione di un flusso di dati in formato audio-video provenienti da una sorgente e diretti a una o più destinazioni, tramite una rete internet. I dati ricevuti non vengono memorizzati nella memoria fisica del ricevente (se non temporaneamente nella *cache di buffering*) ma vengono riprodotti appena giunti a destinazione.

⁸² Lo *streaming live*, simile alle trasmissioni radiotelevisive in diretta, e lo *streaming on demand*, che necessita l'accesso dell'utente al server che contiene i *file* memorizzati, i quali sono visionabili in qualsiasi momento.

⁸³ Recepita nel sistema normativo italiano con il D.lgs. 177/2005 – Testo unico sui Servizi Media Audiovisivi.

⁸⁴ L'ultima riforma della l. 633/41 è datata 2001, quando ancora non erano né chiare né prevedibili l'evoluzione tecnologica e la diffusione illecita di opere d'ingegno in rete.

⁸⁵ Anche in assenza di una normativa *ad hoc*, lo *streaming* può essere ricompreso in alcune disposizioni della LDA come l'art. 171, lett. A-bis che prevede una multa per chiunque, al di fuori delle ipotesi *ex artt. 171 bis e ter*, “metta a disposizione del pubblico un'opera dell'ingegno protetta, o parte di essa, immettendola in un sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi tenore”, senza averne diritto, per qualsiasi scopo e in qualsiasi forma.

1.5 – I servizi offerti dall'Internet Service Provider

Il ruolo degli Internet Service Provider è fondamentale per il funzionamento di internet, inteso come rete sociale, in quanto si pone alla confluenza fra l'operatore delle comunicazioni e gli utenti ed offre quei servizi necessari allo svolgimento di tutte le funzioni di internet. Oltre al servizio di connessione ad internet, il provider fornisce svariati servizi fra i quali siti web, posta elettronica, *blog*, *chat line*, motori di ricerca, *newsgroup*, *bulletin board system* (BBS) e *file transfer protocol* (FTP). Il servizio di posta elettronica consiste nella concessione di una parte della memoria del server del provider all'utente così che esso possa ricevere o inviare messaggi di posta elettronica. Il sito web invece consta di uno spazio virtuale che viene ospitato sul server del provider nel quale l'utente può immettere dati ed informazioni di diverso genere. E' solitamente strutturato in diverse pagine web e sempre da una *homepage*, le quali sono connessi da collegamenti ipertestuali appositi. Il *blog* è una sorta di giornale telematico strutturato in ordine cronologico ed è caratterizzato dalla facilità tecnica per il suo utilizzo. Può fornire *link* ad altri *blog* e, spesso, la possibilità di commentare i contenuti presenti. I *blog* sono un ottimo strumento di libertà di informazione e di pensiero ma, di contro, possono rivelarsi idonei alla commissione di illeciti, come violazioni della *privacy* e diffamazione, commessi non solo dagli autori, ma in particolare dagli utenti che in esso interagiscono e che spesso sono anonimi o, nascondono la propria identità tramite pseudonimi ⁸⁶ . Il *file transfer protocol* (FTP) consente il trasferimento di *files* fra computer collegati a internet e di accedere ai contenuti di altri computer, copiarli o crearne di nuovi, purché muniti di appositi permessi. Particolarmente importante è la possibilità di accedere ai *database on line*. Il *newsgroup*, detto anche *forum*, è un servizio che offre la possibilità di organizzare conferenze elettroniche sul *web*, leggendo e pubblicando

⁸⁶ G. Granieri, *Blog generation*, Laterza, Bari, 2005 – M. Larsen, *Blogs are both the death sentence and salvation of newspapers*, visualizzabile presso il sito: www.masternewmedia.org

contenuti.

Sono, quindi, gruppi di informazione e di colloquio fra soggetti aventi medesimi interessi, in uno spazio della rete concesso dal *provider* sul proprio *server*.

La *chat line* è un servizio che offre un sistema di comunicazione interattivo che permette agli utenti di conversare in tempo reale mediante appositi *software*. Differisce dal servizio di posta elettronica, proprio poiché i messaggi appaiono contestualmente e direttamente e consentono agli utenti di dialogare istantaneamente.

I motori di ricerca, invece, sono mezzi che permettono la ricerca di informazione nel *web* da parte degli utenti. Sotto l'aspetto tecnico sono dei *database* che indicizzano siti internet e testi, offrendo un accesso per la loro consultazione. Essi funzionano tramite i c.d. *search engines*, i quali permettono la ricerca casuale delle informazioni presenti in internet, digitando specifiche parole-chiave. I motori di ricerca usano diverse tecnologie per il loro funzionamento, tra le quali, le maggiormente diffuse, sono gli *spiders* e i *metatags*. La prima consiste in *software* appositi che reperiscono e organizzano i siti ed i testi nella rete e, successivamente, provvedono ad una classificazione sintetica in modo tale da presentare un indice di risultati pertinenti con i criteri di ricerca immessi dall'utente 87.

Tramite la seconda tecnologia, invece, il motore cerca tutti i *metatags* che corrispondono alle parole-chiave immesse dall'utente per la ricerca. I *metatags* si trovano nei siti, in quanto predisposti dai loro titolari e non necessitano di una catalogazione preventiva, ma il motore di ricerca viene "attratto" da tali etichette elettroniche, ne raccoglie le informazioni e le mostra agli utenti.

Infine, i *Bulletin Board Systems* (BBS) sono una sorta di "bacheche" elettroniche che in origine erano utilizzate per comunicare alle interno di reti Intranet ma, con la diffusione di internet, si sono trasformate in banche dati

⁸⁷ De Cata, *ultima op. cit.*, pp.60 e ss.

aperte. L'accesso è, di regola, libero e gli utenti possono inviare informazioni o scaricarne altre precedentemente immesse da altri utenti. Considerati per sommi capi i vari servizi offerti agli utenti, assume particolare rilevanza la differenza fra i diversi tipi di attività dei *provider* sul piano oggettivo-funzionale. Da questa distinzione discende anche la classificazione dei diversi intermediari di servizi in rete ⁸⁸. Difatti, la diversità delle attività si riflette sul diverso grado di partecipazione dei *provider* alle violazioni che possono essere eventualmente commesse da terzi, sulla diversa misura di diligenza esigibile e sulla responsabilità⁸⁹. Per quanto riguarda l'ultimo elemento, a titolo esemplificativo, è chiaro che non vi è lo stesso grado di imputazione della responsabilità del provider nel caso in cui esso abbia agito colposamente oppure se sia considerato responsabile a titolo oggettivo. Sebbene i servizi prestati dal *provider* siano parecchi e sempre in aumento a causa della rapidità dell'evoluzione tecnologica, è ormai accettata la distinzione tra le attività di: fornitura di accesso, di ospitalità e di contenuto. Dal punto di vista soggettivo, da tale distinzione deriva la distinzione fra *access*, *host* e *content provider* ⁹⁰ ⁹¹. Per quanto concerne la responsabilità del *provider*, la differenza fra l'*access* e l'*host provider* riguarda il grado di coinvolgimento con le informazioni inserite in internet. Nel primo caso, tale grado di coinvolgimento è quasi nullo, in quanto il rapporto con l'informazione si esaurisce nel momento stesso della

⁸⁸ F. Ruggiero, *Individuazione nel cyberspazio del soggetto responsabile e ruolo dell'internet provider*, in *Giurisprudenza di merito*, pp. 586 e ss., 2002.

⁸⁹ A. Pierucci, *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti della rete*, in *Rivista critica del diritto privato*, pp. 158 e ss., 2003.

⁹⁰ L'*access provider* è il fornitore di accesso, cioè il soggetto che permette la connessione a internet in quanto mette a disposizione degli utenti un punto d'accesso (*Point Of Presence*). Esso assegna all'utente l'Internet Protocol (I.P.), ovvero l'indirizzo di rete che serve all'identificazione di ogni computer in rete. Infine, il *content provider* è il fornitore di contenuto. Questo fornisce i contenuti del sito, che possono essere svariati, come immagini, informazioni ed articoli. L'*host provider* è il fornitore di ospitalità e mette a disposizione degli utenti una parte della memoria del proprio server per diversi scopi, come l'apertura di un sito web

⁹¹ F. Camilletti, *La responsabilità civile del provider*, in *Nomi di dominio, marchi e copyright*, p. 237, Giuffrè, Milano, 2005.

veicolazione di questa. Nel caso susseguente, si ha un maggiore coinvolgimento del intermediario poiché esso conserva per diverso tempo le informazioni è, in particolare, ha potere di intervenire su questa da quando viene immessa sul *server* fino al momento in cui viene cancellata. Questa differenza è particolarmente rilevante dal punto di vista della responsabilità dell'*internet service provider*, in quanto nel servizio di *hosting* sono molto rilevanti l'omissione di controllo sui contenuti immessi sul server dell'*host* e l'omissione della rimozione delle informazioni illecite. Invece, il grado di coinvolgimento del *content provider* con i contenuti immessi è massimo. Esso, infatti, è l'autore dei contenuti e conserva il pieno controllo su questi dal momento della loro creazione. La distinzione fra le diverse tipologie di *provider* e fra i servizi che erogano, assume valore maggiore a livello teorico, in quanto a livello pratico la maggior parte di questi svolge diverse funzioni contemporaneamente, cumulando molte di queste qualifiche. Invece, non possono essere considerati *provider*, né il *network operator* né il *maintener*, poiché il primo è il gestore dell'infrastruttura che permette ai *provider* di fornire i servizi telematici agli utenti, mentre il secondo è un intermediario tecnico incaricato di registrare presso le autorità competenti i nomi a dominio richiesti dagli utenti ⁹². Risulta di fondamentale rilevanza, inoltre, la distinzione fra *provider* professionali, i quali svolgono un'attività di tipo imprenditoriale, e *provider* non professionali, come fondazioni, associazioni ed università. In tema di responsabilità del *provider*, particolarmente l'attività di *hosting*, si fonda sulle medesime caratteristiche di internet e nella natura stessa dei differenti interessi in conflitto. Innanzitutto, internet ha ampliato notevolmente la possibilità di commettere illeciti tramite l'ampia varietà dei servizi che offre, parzialmente accennati precedentemente.

⁹² In Italia, l'autorità preposta è *Naming Authority* a Pisa.

Ma internet ha, in particolare, moltiplicato in maniera vertiginosa gli effetti pregiudizievoli delle violazioni di situazioni giuridiche protette. I maggiori caratteri di internet, come la multimedialità, l'annullamento dei tempi di trasmissione e la globalizzazione, lo rendono il mezzo di comunicazione dalle potenzialità dannosi maggiori rispetto tutti gli altri *media*.

A fronte di tale aumento di possibilità di commettere illeciti, data la mancanza di strutture gerarchiche atte a svolgere adeguati controlli, e di tutti gli effetti pregiudizievoli che ne conseguono, è da aggiungere la difficoltà nell'individuare gli autori responsabili e determinarne la loro responsabilità, imputandogli la condotta illecita e le sue conseguenze. Le ragioni sono varie, ma le più comuni sono la difficoltà nell'individuare il luogo in cui avviene l'illecito, normative particolarmente permissive degli Stati in cui agiscono gli utenti ma anche l'occultamento della propria identità da parte degli utenti 93

Inoltre, anche nel caso in cui gli autori delle violazioni in internet vengano identificati, non è cosa facile per i soggetti danneggiati ottenere un risarcimento poiché, spesso, date le loro caratteristiche, non sono in grado di ristorarli.

In tale situazione, è semplice capire che le pretese di ristoro del pregiudizio economico sono dirette verso i prestatori di servizi ed, in particolare, verso gli *host provider*, i quali forniscono il mezzo agli utenti il mezzo e lo spazio tramite il quale l'illecito è stato commesso. A differenza degli utenti, infatti, essi sono facilmente individuabili e patrimonialmente capienti. Quindi, il tema della responsabilità del *provider* non riguarda tanto i casi in cui la condotta illecita sia direttamente imputabile ad esso, bensì tutti quei casi in cui esso abbia offerto il servizio che è stato utilizzato come mezzo per porre in essere la condotta antigiuridica da parte degli utenti 94 .

⁹³ V. De Rosa, *La formazione di regole giuridiche nel <<cyberspazio>>*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, p. 361, 2003.

⁹⁴ G. Cassano – I. Cimino, *Il nuovo regime di responsabilità dei provider: verso la creazione di un novello "censore telematico"*, in *Contratti*, pp. 90 e ss., 2004.

Il punto centrale dell'analisi, non riguarda, quindi, la responsabilità per fatto proprio del *provider*, ma la responsabilità per fatto altrui o per aver omesso di vigilare sulla condotta dei propri utenti ⁹⁵ .

Esiste un'ampia varietà di argomentazioni, sfumature e posizioni sulla responsabilità del *provider* per i fatti illeciti degli utenti che hanno portato ad attribuirgli in alcuni casi la totale irresponsabilità, in altri l'obbligo risarcitorio in base alla propria responsabilità oggettiva, fino ad attribuirgli la responsabilità, in maniera più o meno rigorosa, in base al criterio della colpa. La preferenza di un criterio d'imputazione anziché di un altro è spesso motivata anche da motivi economici. Infatti, da un lato può esserci chi preferisce dare massimo impulso al *web*, senza sottoporre i *provider* ai costi provenienti da obblighi risarcitori, in quanto essi sono soggetti fondamentali per lo sviluppo del commercio elettronico e per il corretto funzionamento della rete⁹⁶. Dall'altro lato vi è, invece, chi, date le alte potenzialità offensive di internet, è maggiormente incline ad evitare che chi subisca un danno rimanga privo di ristoro economico anche in assenza di colpa del *provider* o anche prescindendo da questa ⁹⁷ .

Si pone, così, anche in ambito informatico la tradizionale contrapposizione fra lasciare un soggetto danneggiato privo di ristoro oppure individuare un altro soggetto che appaia capace di prevenire e risarcire il danno, a prescindere da proprie colpe.

Secondo una prima argomentazione, non sarebbe efficiente la scelta di un criterio di responsabilità poco rigido nei confronti del *provider* in quanto produrrebbe l'effetto di "underdeterrence" ⁹⁸ .

Secondo una tesi opposta, adottare un regime di responsabilità particolarmente

⁹⁵ L. Bugiolacchi, *La responsabilità dell' "host provider" alla luce del D.lgs. 70/03: esegesi di una disciplina dimezzata*, in *Responsabilità civile e prevenzione*, pp. 201 e ss., 2005.

⁹⁶ A. Yen, *A preliminary economic analysis of Napster: Internet Technology, Copyright Liability and the possibility of Coasian Bargaining*, in *Dayton Law Review*, pp.248 e ss., 2001.

⁹⁷ L. Bugiolacchi, *La responsabilità dell' "host provider" alla luce del d.lgs. 70/2003: esegesi di una disciplina dimezzata*, in *Responsabilità Civile e Prevenienza*, pp. 201 e ss., 2005.

⁹⁸ I *provider* sarebbero certi della loro impunità e non si sforzerebbero a controllare le attività degli utenti, né tantomeno sarebbero spinti ad investire ad adottare e a ricercare sistemi atti a prevenire la commissione di illeciti in rete.

severo, produce effetti di “*overdeterrence*” 99 .

Come si può notare, la regolamentazione della responsabilità dell’*internet service provider* è, perciò, un elemento strutturale del mercato elettronico¹⁰⁰.

Vi è, comunque, da considerare che la questione della responsabilità del *provider* oltrepassa quegli aspetti prettamente economici, includendo altri aspetti direttamente collegati ai diritti ed alle libertà fondamentali delle persone, come il diritto alla libera manifestazione del pensiero su internet, inteso non come un semplice “*marketplace*” economico, bensì come “*marketplace of ideas*” 101 .

Un sistema di responsabilità troppo severo, oltre ad espellere dal mercato gli operatori meno solidi, spingerebbe quelli rimasti ad un capillare controllo delle informazioni che viaggiano sulla rete, per il timore di venire coinvolti in azioni risarcitorie, e li spingerebbe ad esercitare penetranti poteri censori, col conseguente pregiudizio grave del diritto alla manifestazione degli utenti in internet.

A tal proposito, si è diffusa in internet la pratica, già comune e consolidata negli Stati Uniti circa altri mezzi di informazione, degli “*SLAPP*”¹⁰², consistente nell’esercizio di azioni risarcitorie finalizzate a dissuadere gli utenti dalla commissione di illeciti in rete. La loro diffusione nella rete avrebbe, però, effetti straordinariamente superiori rispetto agli altri *media*, soffocando le potenzialità enormi che la rete offre. Quindi, adottare un criterio d’imputazione della responsabilità di tipo semi-oggettivo o, anche, oggettivo, non incide solamente sulla tutela dei diritti garantiti dalla Costituzione, come la libera manifestazione del pensiero *ex art.* 21, e sull’interesse pubblico alla partecipazione alla vita politica, ma

⁹⁹ In tale situazione, i *provider* meno forti economicamente e, quindi, meno idonei ad affrontare i costi che derivano da un criterio di responsabilità molto severo, potrebbero abbandonare il mercato. L’effetto che si potrebbe determinare potrebbe essere un oligopolio di operatori economicamente forti.

¹⁰⁰ R. Bocchini, *La responsabilità contrattuale ed extracontrattuale telematica*, in *Manuale di diritto dell’informatica*, p. 108, Napoli, 2004.

¹⁰¹ F. Fried, *Perfect freedom or perfect control*, in *Harvard Law Review*, pp. 606 e ss., 2002.

¹⁰² Sono azioni risarcitorie da parte di grandi società o soggetti interessati, non aventi lo scopo di conseguire risarcimenti, bensì allo scopo di scoraggiare il diritto di critica e la partecipazione democratica alle scelte economiche e politiche dei cittadini, tramite il c.d. *chilling effect*. (cfr., F. R. Furman, *Cybermear or Cyberslapp*, in *Seattle University Law Review*, p. 213, 2001).

impoverisce la società di uno dei suoi maggiori valori, cioè l'informazione¹⁰³. L'informazione è, proprio, elemento fondante dell'attuale periodo storico da molti denominato come "società dell'informazione"¹⁰⁴ e nuovamente riconosciuto dal Legislatore europeo nella c.d. Direttiva sul commercio elettronico che, infatti, ha ad oggetto "*taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione*". Di conseguenza, è possibile dedurre che il valore e la potenzialità devono dipendere largamente dalla possibilità di accedere alla rete ed alla sua diffusione a livello globale ¹⁰⁵ . Così, è evidente che, a prescindere da questioni sulla legittimazione di soggetti diversi dalle istituzioni, come i *provider*, ad intervenire in maniera restrittiva sui contenuti immessi in rete, una scelta legislativa che comporti una limitazione indiretta della disponibilità delle informazioni sul *web*, sarebbe idonea a produrre enormi danni alla società intera. Vi sono altri orientamenti che, invece, prediligono approcci diversi, non finalizzati a raggiungere una soluzione specifica, bensì favorevoli a soluzioni "*case by case*". Tale orientamento non fonda la responsabilità su un unico criterio di responsabilità previsto dall'ordinamento, ma su una molteplicità di criteri basati sui diversi casi concreti e tenendo in considerazione anche le differenze fra i vari servizi offerti in internet e fra le diverse categorie di *provider*, precedentemente analizzate ¹⁰⁶ . Questa posizione non convince molti poiché si ritiene che un approccio caso per caso, anche se presenta il vantaggio della flessibilità, può comportare un eccessivo frazionamento della materia in questione ¹⁰⁷ .

¹⁰³ A. Viterbo – A. Codignola, *L'informazione e l'informatica nella società della conoscenza*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, pp. 23 e ss., 2002.

¹⁰⁴ "Società dell'informazione" è una denominazione che è stata pubblicata per la prima volta nel rapporto del Commissario Europeo per le telecomunicazioni Bangemann "*L'Europa e la società dell'informazione globale*". V. in <http://ec.europa.eu/> .

¹⁰⁵ A. Viterbo – A. Codignola, *op. cit.*, pp. 23 e ss.

¹⁰⁶ T. Pasquino, *Servizi telematici e criteri di responsabilità*, pp. 237 e ss., Giuffrè, Milano, 2003.

¹⁰⁷ M. De Cata, *La responsabilità civile dell'internet service provider*, pp. 78 e ss., Giuffrè, Milano, 2010.

Tralasciando gli effetti che ogni diversa posizione sull'argomento comporterebbe, si deve comunque osservare che qualsiasi orientamento sulla responsabilità degli intermediari ha bisogno di riferimenti a dati normativi e principi giuridici precisi e solidi¹⁰⁸ e non può non considerare un approccio sovranazionale¹⁰⁹, dato il carattere globale della rete, come pure un approccio comparatistico, sia sincronico che diacronico ¹¹⁰ .

¹⁰⁸ V. Vigoriti, *E-Commerce e tutela giurisdizionale*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, pp.669 e ss., 2001.

¹⁰⁹ P. Stanzione, *Commercio elettronico, contratto ed altre categorie civilistiche*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, pp. 652 e ss., 2001.

¹¹⁰ Per *comparazione sincronica* si intende la comparazione fra ordinamento lontani nello spazio ma vicini nel tempo. La *comparazione diacronica* è invece la comparazione fra ordinamenti vicini nello spazio ma lontani nel tempo. (cfr., L. J. Costantinesco, *Il metodo comparativo*, pp. 28 e ss., Giappichelli, Torino, 2000).

Capitolo 2 – La normativa comunitaria ed l’applicazione agli ordinamenti degli Stati membri: Direttiva InfoSoc e Direttiva sul commercio elettronico.

L’Unione Europea ha un ruolo fondamentale per l’armonizzazione normativa di tutti gli Stati membri, nonché per l’implementazione e l’apposizione di limiti alle legislazioni nazionali in materia particolarmente rilevanti, come la salute pubblica e la finanza. Non fanno eccezione molte fattispecie legate al mondo di internet, alla sua diffusione ed ai soggetti che agiscono in rete a vario titolo, proprio in virtù dell’importanza sempre crescente che ha il *web* all’interno dell’Unione Europea, degli Stati membri e nei rapporti che intercorrono fra questi. Regolare a livello comunitario questo settore è diventato di peculiare interesse specificamente in quei settori che hanno visto il maggiore sviluppo negli ultimi anni. Fra questi si possono individuare il commercio elettronico, che ha ottenuto una fetta sempre crescente del mercato mondiale e comunitario, e il diritto d’autore insieme ai diritti connessi, poiché *“lo sviluppo tecnologico ha moltiplicato e diversificato i vettori della creazione, della produzione e dello sfruttamento”*¹¹¹ delle opere d’ingegno. Come già accennato precedentemente, vi sono due Direttive che hanno avuto il compito di dettare i parametri che tutti i Paesi membri dell’Unione devono rispettare al fine di armonizzare le proprie leggi in materia: la Direttiva 2000/31/CE e la Direttiva 2001/29/CE¹¹².

¹¹¹ v. Considerando n. 5 della Direttiva 2001/29/CE. Esso prevede inoltre che *“anche se non sono necessari nuovi concetti in materia di protezione della proprietà intellettuale, si dovrebbe adattare e integrare le normative attuali sul diritto d’autore e sui diritti connessi per rispondere adeguatamente alle realtà economiche, quali le nuove forme di sfruttamento”*.

¹¹² Il Legislatore europeo ha deciso di utilizzare lo strumento normativo della Direttiva, anziché il Regolamento, per la sua stessa natura intrinseca. Infatti, come prevede l’articolo 288, comma 3, TFUE, la Direttiva *“vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi”*. Quindi, permette allo Stato membro di adattare la norma comunitaria ai propri bisogni interni, senza, però, pregiudicare il raggiungimento dei fini prefissati. Di contro, il comma 2 dello stesso articolo del TFUE, stabilisce che il Regolamento è un atto avente portata generale ed *“è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri”*. Esso è, quindi, un atto giuridico vincolante, cioè *self executing*, diretto non solo agli stati membri, ma anche ai singoli.

2.1 – La Direttiva 29/2001/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione (InfoSoc)

La Direttiva InfoSoc nasce in conseguenza del continuo moltiplicarsi di tecnologie di nuova generazione e ha come obiettivo quello di realizzare un tessuto normativo completo ed uniforme nel contesto europeo. Questo intento era già stato sviluppato nel 1985 dal *Libro Bianco* della Commissione per il Consiglio Europeo¹¹³ e successivamente trattato da ulteriori pubblicazioni dello stesso Consiglio, presentate negli anni seguenti¹¹⁴. Le successive iniziative dell'Unione Europea in materia, infatti, si sono basate su uno dei più importanti documenti divulgati dalla Commissione, conosciuto come il "*Libro Verde – Il diritto d'autore ed i diritti connessi nella società dell'informazione*"¹¹⁵. Quest'ultimo ha esaminato diversi problemi conseguenti l'impatto che le nuove tecnologie e la società dell'informazione hanno avuto sul diritto d'autore e sui diritti connessi; in particolare, in relazione agli effetti delle misure adottate in tale settore sulla libera circolazione dei servizi.

2.1.1 – Il diritto di riproduzione nella Direttiva InfoSoc

A seguito delle consultazioni tenutesi durante la preparazione della Direttiva, furono individuati i temi fondamentali su cui doveva concentrarsi l'azione dell'Unione Europea. Fra gli argomenti trattati, i più importanti avevano lo scopo di definire la sfera operativa del diritto di riproduzione insieme ai limiti

¹¹³ Cfr., *Il completamento del mercato interno*, in *Libro bianco della Commissione per il Consiglio Europeo*, pp. 38 e ss.

¹¹⁴ Si tratta in particolare del *Libro verde sul diritto d'autore e le sfide della tecnologia – Problemi di diritto d'autore che richiedono un'azione immediata* del 1988 e del *Libro verde – Programma di lavoro della commissione nel campo del diritto d'autore e dei diritti connessi*.

¹¹⁵ *Libro Verde – Il diritto d'autore ed i diritti connessi nella società dell'informazione*.

posti al suo esercizio, le licenze obbligatorie e le eccezioni, delineate dai c.d. usi legittimi

116

Veniva, anche, sottolineata l'esigenza di definire chiaramente un diritto esclusivo che permettesse di gestire in maniera efficace la comunicazione al pubblico di opere sul *web* e determinarne i limiti e le eccezioni, coerentemente con quanto previsto per il diritto di riproduzione. Si sottolineava, inoltre, l'esigenza di armonizzare il diritto di riproduzione fra le differenti categorie di titolari di diritti d'autore e dei diritti connessi. Nello specifico, la Commissione si è interessata a definire il regime di esaurimento dell'esercizio di tale diritto dopo la prima vendita di copie di un'opera

117

La necessità di armonizzare efficacemente ed in tempi brevi la normativa europea in materia di diritto d'autore era, quindi, motivata dal flusso sempre crescente di opere d'ingegno in rete all'interno di tutto il territorio comunitario e aveva lo scopo di “*garantire il corretto funzionamento del mercato interno e creare un ambiente favorevole che protegga e stimoli la creatività e le attività innovative*”

118

La Direttiva 29/2001/CE ha avuto un ruolo cardine nella disciplina del diritto d'autore a livello comunitario. Lo scopo di questa è stato, infatti, lo sviluppo della società dell'informazione in Europa tramite l'instaurazione di un mercato interno agli Stati membri dell'Unione che ha evitato la creazione di pericolose

¹¹⁶ P. Marzano, *op. cit.*, pp. 22 e ss.

¹¹⁷ *Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione*, cit. “*La presente Direttiva intende fornire un quadro giuridico adeguatamente armonizzato per il diritto d'autore e i diritti connessi nella società dell'informazione, adottando e completando la normativa esistente, onde garantire il corretto funzionamento del mercato interno e creare un ambiente favorevole che protegga e stimoli la creatività e le attività innovative nella Comunità*”

¹¹⁸ *Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione*, cit., “*Le nuove tecnologie hanno già notevolmente aumentato lo sfruttamento transfrontaliero di opere letterarie, musicali e audiovisive ed altre esecuzioni protette quali i fonogrammi o le esecuzioni fissate.*

Questa tendenza è senza dubbio destinata a proseguire e dunque le differenze esistenti in materia fra i vari Stati membri avranno effetti ancora più significativi. In mancanza di tutela giuridica adeguata e comparabile in tutti gli Stati membri o in casi di incertezza del diritto, i titolari dei diritti e i loro intermediari potrebbero esitare nell'autorizzare l'utilizzazione commerciale delle loro opere online, almeno negli Stati membri che non garantiscono una tutela o dispongono di una tutela poco efficace” (cfr., P. Marzano, *ultima op. cit.*, pp. 22 e ss.)

distorsioni della concorrenza, attraverso l'istituzione di un quadro normativo comunitario “*generale e flessibile*”¹¹⁹. Per raggiungere tali obiettivi, inoltre, ha promosso l'armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri in materia di diritto d'autore e di diritti connessi a questo¹²⁰ al fine di contribuire alla corretta applicazione delle quattro libertà del mercato, ergo i principi fondamentali del diritto di proprietà, che include la proprietà intellettuale, la libertà d'espressione e l'interesse generale¹²¹. Un ulteriore fine dell'armonizzazione normativa in tale materia riguarda, senza dubbio, la creazione di maggiore certezza del diritto e la promozione di elevati livelli di protezione della proprietà intellettuale. Nelle previsioni del legislatore comunitario, infatti, la presenza delle suddette condizioni sarebbero idonee ad incrementare gli investimenti “*in attività creatrici ed innovatrici*” e, di conseguenza, una crescita e un più alto livello di competitività dell'industria europea in relazione alla fornitura di contenuti, alle tecnologie dell'informazione oltretutto a molteplici settori dell'industria e della cultura. Questo quadro ha come scopo ultimo un aumento dell'occupazione favorendo la realizzazione di nuovi posti di lavoro¹²². Il secondo articolo della Direttiva prevede un diritto di riproduzione particolarmente marcato e dettagliato¹²³ il cui contenuto rende chiaro il fine di armonizzazione perseguito da tale quadro normativo.

¹¹⁹ Considerando n. 2 della Direttiva 2001/29/CE. Questa necessità era stata già sottolineata dal Consiglio europeo del 24-25 Giugno 1994 durante la riunione di Corfù.

¹²⁰ Considerando n. 1 della Direttiva 2001/29/CE.

¹²¹ Considerando n. 3 della Direttiva 2001/29/CE.

¹²² “[...] *segnatamente nelle infrastrutture delle reti, e di conseguenza una crescita e una maggiore competitività dell'industria europea per quanto riguarda sia la fornitura di contenuti che le tecnologie dell'informazione nonché, più in generale, numerosi settori industriali e culturali. Ciò salvaguarderà l'occupazione e favorirà la creazione di nuovi posti di lavoro*”. Considerando n.4.

¹²³ L'articolo 2 della Direttiva 2001/29/CE prevede che: “*Gli Stati membri riconoscono ai soggetti sotto elencati il diritto esclusivo di autorizzare o vietare la riproduzione diretta o indiretta, temporanea o permanente, in qualunque modo o forma, in tutto o in parte:*

- a) *agli autori, per quanto riguarda le loro opere;*
- b) *agli artisti interpreti o esecutori, per quanto riguarda le fissazioni delle loro prestazioni artistiche;*
- c) *ai produttori di fonogrammi per quanto riguarda le loro riproduzioni fonografiche;*
- d) *ai produttori delle prime fissazioni di una pellicola, per quanto riguarda l'originale e le copie delle loro pellicole;*
- e) *agli organismi di diffusione radiotelevisiva, per quanto riguarda le fissazioni delle loro trasmissioni, siano esse effettuate su filo o via etere, comprese le trasmissioni via cavo o via satellite.*”

In tal modo, infatti, tutte le tipologie di titolari di diritti d'autore e di diritti connessi godono di un diritto di riproduzione equipollente l'uno con l'altro. Di fatti, la norma prevede l'esclusivo diritto in capo ad autori, ad artisti interpreti o esecutori, a produttori di fonogrammi e a società radiotelevisive “di autorizzare o vietare la riproduzione diretta o indiretta, temporanea o permanente, in qualunque modo o forma, in tutto o in parte”¹²⁴. La disposizione comunitaria, così, annulla ogni tipo di disparità che si è venuta a creare fra le varie normative nazionali precedentemente alla sua entrata in vigore.

Inoltre, Le innovazioni introdotte dall'articolo 2 non si sono limitate alla mera armonizzazione intracomunitaria, ma si sono spinte anche oltre le disposizioni dei Trattati OMPI: l'articolo in esame, infatti, prevede un contenuto che presenta caratteri di novità anche per categorie di soggetti che non erano stati presi in considerazione dal trattato *WIPO Performances and Phonograms Treaty* (WPPT), il quale, come è agevole comprendere, riguarda solamente il settore fonografico.

Inoltre, esso è dotato di un contenuto più preciso di quello previsto da entrambi gli accordi OMPI¹²⁵, poiché estende in modo esplicito il diritto sia alle copie permanenti ma anche, e soprattutto, alle copie temporanee¹²⁶. Il quadro normativo relativo al trattamento di queste ultime è previsto dall'articolo 5, primo comma, della Direttiva 29/2001¹²⁷, che si riferisce al

¹²⁴ Ad esempio l'articolo 4 della Direttiva 91/250 relativa a programmi per elaboratori e l'articolo 5 della Direttiva 96/9 relativa alle banche dati. L'articolo 11, comma 1, lett. a della Direttiva 29/2001 stabilisce che essi vengano sostituiti da quanto è previsto dall'articolo 2 della stessa Direttiva.

¹²⁵ Si tratta del suddetto WPPT – WIPO Performances and Phonograms Treaty e del *WCT - WIPO Copyright Treaty*.

¹²⁶ La questione delle copie temporanee era stata trattata dalla Conferenza Diplomatica di Ginevra del 1996 ma non era stata trovata una soluzione che mettesse d'accordo tutte le delegazioni presenti. Fra queste, la delegazione dell'Unione Europea aveva già proposto di prendere in considerazione anche le c.d. copie temporanee in linea con quanto previsto dalle successive Direttive comunitarie.

¹²⁷ Esso prevede che: “Sono esentati dal diritto di riproduzione di cui all'articolo 2 gli atti di riproduzione temporanea di cui all'articolo 2 privi di rilievo economico proprio che sono transitori o accessori, e parte integrante e essenziale di un procedimento tecnologico, eseguiti all'unico scopo di consentire:

a) la trasmissione in rete tra terzi con l'intervento di un intermediario o
 b) un utilizzo legittimo di un'opera o di altri materiali.”

secondo comma dell'articolo 7 della Bozza del WCT ¹²⁸ . La prima parte del primo comma prevede alcune limitazioni connesse all'esistenza di certe caratteristiche. *In primis*, le riproduzioni devono essere necessariamente temporanee, cioè non devono essere memorizzate in modo stabile e definitivo su un supporto fisico che sia idoneo a consentire la riproduzione, la fruizione o successive riproduzioni. Inoltre, le riproduzioni non devono possedere un proprio rilievo economico, quindi, non devono essere tali da poter essere usate dall'utente finale per la loro diretta comunicazione, riproduzione o fruizione. La norma in analisi, dunque, tratta di quelle copie realizzate durante la trasmissione di dati che avvengono da un punto ad un altro della rete e che restano proprio in questa zona intermedia ¹²⁹ . Le copie devono, anche, essere realizzate durante l'impiego dell'opera tramite sistemi informatici (copie accessorie) oppure riguardare riproduzioni create durante la trasmissione dell'opera da un punto a un altro della rete (copie *transient* o in transito). Sia la prima che la seconda tipologia di copia devono essere create in quanto parti essenziali e imprescindibili del funzionamento del sistema informatico o di comunicazione che viene usato dall'utente. Proprio l'aggettivo "essenziale" è idoneo a rappresentare l'importanza rafforzata del requisito dell'assenza dello scopo di lucro delle riproduzioni realizzate in tali modi. Tutte le copie che hanno tali caratteristiche sono legittime anche se realizzate durante lo svolgimento di attività che siano destinate al raggiungimento di due fini, previsti dalle lettere a) e b) dell'articolo in analisi. Prendendo in considerazione la seconda, si può notare come il legislatore comunitario, nel regolare tale materia, si sia rifatto a quanto previsto dall'art. 5 della Direttiva 91/250 riguardante la tutela del *software* ¹³⁰ .

¹²⁸ Presentata nella suddetta Conferenza Diplomatica del 1996 dall'OMPI.

¹²⁹ P. Marzano, *op. cit.*, pp. 68 e ss.

¹³⁰ Rubricato come "*Deroghe relative alle attività riservate*", prevede che: "*I. Salvo disposizioni contrattuali specifiche, non sono soggetti all'autorizzazione del titolare del diritto gli atti indicati nell'articolo 4, lettere a) e b), allorché tali atti sono necessari per un uso del*

L'analogia con questo riguarda la fisiologica creazione di copie temporanee ogniqualvolta si utilizzi un'opera d'ingegno in formato digitale. La normativa comunitaria, quindi, consente la creazione di copie temporanee, purché esse siano sempre determinate dall'uso legittimo dell'opera¹³¹. La stessa *ratio legis* si fonda anche su quanto previsto alla lettera a), la quale ammette la possibilità di creare copie, ma solo se necessarie, per essere usate tramite tecnologie di trasmissione che determinino, per la loro natura, la produzione di copie temporanee dell'opera. Questa norma non riguarda tutte le trasmissioni, di fatti, sono estromesse quelle riproduzioni compiute in una trasmissione digitale, posta in essere tramite l'intervento di un soggetto terzo ed intermedio. Come si vedrà in seguito, la situazione descritta appare essere la medesima disciplinata dall'art. 12 della Direttiva 31/2001 sul commercio elettronico¹³². L'esonero previsto per le riproduzioni temporanee consente, così, di far rimanere coerente e logico il quadro normativo previsto da quest'ultima Direttiva.

Inoltre, l'art. 5 della 29/2001 si trova in linea con quanto dettato dall'art. 9

programma per elaboratore conforme alla sua destinazione, da parte del legittimo acquirente, nonché per la correzione di errori.
 2. *Il contratto non può impedire che una persona abilitata ad usare il programma faccia una copia di riserva qualora tale uso lo richieda.*
 3. *La persona che ha il diritto di utilizzare una copia di un programma può, senza chiederne l'autorizzazione al titolare del diritto, osservare, studiare o sperimentare il funzionamento del programma, allo scopo di determinare le idee e i principi su cui è basato ogni elemento del programma, quando essa effettua le operazioni di caricamento, visualizzazione, esecuzione, trasmissione o memorizzazione del programma che ha il diritto di effettuare.”*

¹³¹ Per *utilizzo legittimo* bisogna intendere quello consentito dalla legge, in base alla previsione di limitazioni ed eccezioni, e dal titolare dei diritti sull'opera.

¹³² La norma riguarda l'attività di *semplice trasporto* ("mere conduit") e prevede che:
 “1. *Gli Stati membri provvedono affinché, 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 sia responsabile delle informazioni trasmesse a condizione che egli: a) non dia origine alla trasmissione; b) non selezioni il destinatario della trasmissione; e c) non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse.*

2. *Le attività di trasmissione e di fornitura di accesso di cui al paragrafo 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 ragionevolmente necessario a tale scopo.*

3. *Il presente articolo lascia impregiudicata la possibilità, secondo gli ordinamenti degli Stati membri, che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa esiga che il prestatore impedisca o ponga fine ad una violazione.”*

della Convenzione di Berna che prevede il c.d. *three-step-test*, cioè una clausola che determina la limitazione della responsabilità ogni volta che vengano soddisfatti i tre parametri previsti al secondo comma della medesima

133

L'esenzione in oggetto è giustificata dall'esistenza di una politica legislativa che si basa sulla necessità di permettere l'uso delle reti telematiche, tramite tutte quelle azioni che non siano finalizzate a pregiudicare lo sfruttamento normale dell'opera, ma che siano indirizzate alla regolare fruizione delle opere delle quali l'utente abbia diritto all'uso. Tale diritto, quindi, se basato su di un uso legittimo, permesso dalla legge o da una licenza, non pregiudica irragionevolmente gli interessi legittimi dell'autore né, tantomeno, viola la Convenzione di Berna e la disciplina del *three-step-test*¹³⁴. Meno coerente dell'art. 5 è il Considerando 33¹³⁵ della stessa Direttiva. Anche se la prima parte di questo include una mera spiegazione della norma cogente ed, in particolare, un richiamo all'assenza necessaria di un valore economico *distinto*¹³⁶, nella seconda parte si possono individuare caratteri meno coerenti rispetto a quelli sanciti dalla parte precedente. Essa introduce altre eccezioni consistenti nelle fattispecie chiamate "*caching*" e "*browsing*" (che nel testo normativo in italiano viene definito come un atto "*che facilita la navigazione in rete*").

¹³³ Questi parametri sono: (I) il verificarsi di casi speciali che individuino chiaramente e, allo stesso tempo, giustifichino l'introduzione dell'eccezione, (II) la capacità dell'eccezione di non impedire lo sfruttamento normale dell'opera da parte dei titolari dei diritti e (III) l'idoneità dell'eccezione a non pregiudicare gli interessi legittimi dell'autore senza un giustificato motivo.

¹³⁴ P. Marzano, *ultima op. cit.*, pp. 71 e ss.

¹³⁵ Esso prevede che: "*Si dovrebbe prevedere un'eccezione al diritto esclusivo di riproduzione per consentire taluni atti di riproduzione temporanea, che sono riproduzioni transitorie o accessorie, le quali formano parte integrante ed essenziale di un procedimento tecnologico e effettuate all'unico scopo di consentire la trasmissione efficace in rete tra terzi con l'intervento di un intermediario o l'utilizzo legittimo di un'opera o di altri materiali. Gli atti di riproduzione in questione non dovrebbero avere un proprio valore economico distinto. Per quanto siano soddisfatte queste condizioni, tale eccezione include atti che facilitano la navigazione in rete e la realizzazione di copie "cache", compresi gli atti che facilitano l'effettivo funzionamento dei sistemi di trasmissione, purché l'intermediario non modifichi le informazioni e non interferisca con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni. L'utilizzo è da considerare legittimo se è autorizzato dal titolare del diritto o non è limitato dalla legge.*"

¹³⁶ Quando la Direttiva prevede che "*non dovrebbero avere un proprio valore economico distinto*" bisogna intendere un valore economico diverso rispetto al mero interesse di chi acquista l'opera (anche se economicamente rilevante) di godere totalmente di questa.

Differentemente da quanto previsto dall'art.5, comma 1, il *browsing* non può essere considerato come “un'attività strettamente necessaria al funzionamento di un sistema di trasmissione” ma è fondamentale per accedere all'opera. Ha quindi un rilievo economico proprio e, per tale ragione, dovrebbe essere rilevante ai fini del *three-step-test*. Di fatto, il *browsing* non è ammesso in base a quanto previsto dal Considerando 33, bensì è permesso dal medesimo titolare dei diritti. Esso rinuncia a regolare l'accesso all'opera tramite sistemi tecnologici di protezione e acconsente indirettamente che gli utenti connessi in *internet* possano accedere ai contenuti liberamente. Così, si realizza un'ipotesi di licenza implicita, che si esplica mediante il comportamento del titolare dei diritti¹³⁷. Anche nel caso del *caching* ci si trova di fronte alla creazione di copie temporanee contenenti le informazioni che vengono prelevate durante la navigazione in rete e, allo stesso modo, tale condotta può entrare in conflitto con i criteri previsti dal *three-step-test*. Bisogna, infatti, tenere in considerazione che il *provider* che utilizza la funzione di *caching* ha l'opportunità di offrire un numero superiore di informazioni in tempi brevi agli utenti, così da avere un servizio più profittevole dal punto di vista economico. Questa attività, però, può essere svolta a svantaggio dei titolari dei diritti¹³⁸. In tal modo, il *caching* diventa un metodo di utilizzo di un'opera che permette di agevolare il *provider* nel suo scopo di fornire un servizio maggiormente efficiente. Un servizio più efficiente, però, significa maggiori clienti per il prestatore di servizi: questo elemento induce a ritenere che si possa trattare di un uso economicamente rilevante dell'opera. Il riferimento al *caching* effettuato dal Considerando 33 si può ritenere necessario a seguito di un confronto fra la Direttiva 29/2001 e la Direttiva 31/2000. Il tredicesimo articolo di quest'ultima, infatti, prevede l'esclusione

¹³⁷ M. Ricolfi, *Il diritto d'autore*, pp. 420 e ss., Cedam, 2001.

¹³⁸ P. B. Hugenholtz, *Caching and Copyright: The right of temporary copying*, in *Legal observations of the European Audiovisual Observatory*, pp. 481 e ss., 2004.

della responsabilità del *provider* per la memorizzazione automatica, intermedia e temporanea di informazioni, purché essa venga posta in essere al fine di rendere maggiormente efficace l'inoltro susseguente dei dati in oggetto ad altri destinatari su loro richiesta. L'articolo pone quattro ulteriori condizioni che il *provider* deve rispettare per escludere la propria responsabilità¹³⁹. Quindi, anche nel caso del *caching*, come avviene anche per l'attività di *mere conduit*, ex art. 12 della Direttiva 31/2000, è possibile estrapolare un'estensione delle eccezioni a condotte che, di per sé, sembrano avere un rilievo economico autonomo tramite il raffronto fra le due normative. Bisogna, comunque, considerare che le disposizioni alle lettere a) ed e) dell'articolo 13, richiamate parzialmente dal Considerando 33, riducono in maniera preponderante il forte impatto economico potenziale che può avere il *caching* sui vantaggi degli aventi diritto sulle opere. Invece, in riferimento all'*acquis communautaire* attuale, le eccezioni collegate alle copie temporanee sono ammissibili solo per una parte delle opere di ingegno diffondibili in rete. Si ritiene, invero, che siano escluse dal dettato dell'articolo 5, comma 1, la diffusione *online* di *software* e banche dati. Come rileva anche uno studio della Commissione Europea, si ritiene necessaria una revisione della normativa comunitaria, considerando quanto

¹³⁹ Esso è rubricato come "Memorizzazione temporanea detta "caching"" e recita:
1. Gli Stati membri provvedono affinché, 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 sia responsabile della memorizzazione automatica, intermedia e temporanea di tali informazioni effettuata al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltro ad altri destinatari a loro richiesta, a condizione che egli:
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 dell'accesso.
2. Il presente articolo lascia impregiudicata la possibilità, secondo gli ordinamenti degli Stati membri, che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa esiga che il prestatore impedisca o ponga fine ad una violazione.

disposto dalla Direttiva 31/2000 in materia ¹⁴⁰ .

2.1.2 – Il diritto di distribuzione nella Direttiva InfoSoc

Come si è notato analizzando il paragrafo precedente, si può osservare che la Comunità Europea ha agito al fine di aumentare il grado di armonizzazione fra le normative degli Stati membri anche per il diritto di distribuzione. Essa, infatti, riteneva che fosse necessario assicurare una disciplina maggiormente pressante ed omogenea per i diritti di commercializzazione delle opere, poiché bisognava seguire uno dei principi fondamentali del Trattato di Roma che garantisce la libera circolazione dei beni all'interno dei confini dell'Unione. Fra tali beni, quelli scambiati in maggior misura erano, e sono ancora oggi, opere di ingegno. Il diritto di distribuzione era stato oggetto di una rivisitazione tramite l'adozione della Direttiva 91/250 che ha previsto una disciplina per i programmi per elaboratore; particolarmente tramite quanto previsto dall'art. 4, lett. c)¹⁴¹, che introduce il principio di esaurimento comunitario. Non vengono, invece, trattati dalla Direttiva né il diritto di trasmissione né quello di comunicazione del *software*. Si può, quindi, ritenere che essi siano disciplinati dal medesimo articolo 4 ¹⁴² . Proprio il principio di esaurimento, codificato nella Direttiva, era conseguenza del recepimento della giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea. Essa, seguendo un orientamento decennale, affermava che il primo atto di vendita di un'opera di ingegno effettuato dal titolare dei diritti di questa sul territorio della Comunità doveva produrre come effetto l'esaurimento del potere di controllo della circolazione di copie dell'opera all'interno dell'intero territorio

¹⁴⁰ Commissione Europea, *Commission staff working paper on the review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights*, p. 7.

¹⁴¹ “[...] c) qualsiasi forma di distribuzione al pubblico, compresa la locazione, del programma per elaboratore originale e di copie dello stesso. La prima vendita della copia di un programma nella Comunità da parte del titolare del diritto o con il suo consenso esaurisce il diritto di distribuzione della copia all'interno della Comunità, ad eccezione del diritto di controllare l'ulteriore locazione del programma o di una copia dello stesso.”

¹⁴² P. Marzano, *op. cit.*, pp. 117 e ss.

comunitario, purché nel rispetto dei principi previsti dal Trattato di Roma sulla libera circolazione di merci all'interno dei confini comunitari ¹⁴³ . Il principio previsto dalla Direttiva è, poi, stato completato dalla medesima Corte, la quale ha affermato che il diritto non doveva essere ritenuto esaurito in caso di atti di alienazione effettuati fuori dalla zona comunitaria. Veniva, quindi, accordato ai titolari dei diritti una sorta di “diritto di importazione” tacito a tutela del territorio della Comunità ¹⁴⁴ . Il concetto di distribuzione introdotto a livello europeo ha trovato una definizione più chiara grazie alla successiva Direttiva 92/100/CEE all'articolo 9¹⁴⁵ alla quale va accostata la Direttiva 96/9, art.5, lett. c) che armonizza anche la materia delle banche dati ¹⁴⁶ . Tali norme prevedono, quindi, che il diritto di distribuzione trovi applicazione anche *online*. Infatti, in particolare, l'ultima norma, si riferisce non solo alle copie dell'opera distribuite ma anche all'originale della medesima. Se si considera anche quanto stabilisce il Considerando 31 della Direttiva 96/9/CE¹⁴⁷, si nota come il legislatore volesse dare un'enfasi aggiuntiva a tale

¹⁴³ v. sentenze CG CEE, 8 Giugno 1971 e CG CEE, 20 Gennaio 1981, cause 55/80 e 57/80.

¹⁴⁴ v. sentenze CG CEE, 15 Giugno 1976, cause 51, 86, 96/75; CG CEE, 9 Febbraio 1982, causa 270/80.

Quest'ultima ha anche esteso l'inapplicabilità del principio ai casi di commercializzazione effettuati nei territori di Paesi membri dell'EFTA.

¹⁴⁵ Esso prevede che:
 1. Gli Stati membri riconoscono alle categorie di titolari sottoindicati il diritto esclusivo (in appresso denominato " diritto di distribuzione ") di autorizzare la messa a disposizione del pubblico con qualsiasi mezzo, compresa la vendita, delle seguenti realizzazioni, comprese le copie delle medesime:
 - agli artisti interpreti o esecutori, le fissazioni delle loro prestazioni artistiche,
 - ai produttori di fonogrammi, i loro fonogrammi,
 - ai produttori delle prime fissazioni di una pellicola, l'originale e la copia della loro pellicola,
 - agli organismi di radiodiffusione, le fissazioni delle loro emissioni, in conformità dell'articolo 6, paragrafo 2.
 2. Il diritto di distribuzione nella Comunità di una delle realizzazioni di cui al paragrafo 1 non si esaurisce, tranne nel caso di prima vendita nella Comunità della realizzazione da parte del titolare del diritto o con il suo consenso.

¹⁴⁶ La disposizione stabilisce che:
*“L'autore di una banca di dati gode, per quanto concerne la forma espressiva di tale banca tutelabile mediante il diritto d'autore, del diritto esclusivo di eseguire o autorizzare:
 [...] c) qualsiasi forma di distribuzione al pubblico dell'originale o di copie della banca di dati. La prima vendita di una copia di una banca di dati nella Comunità da parte del titolare del diritto o con il suo consenso esaurisce il diritto di controllare all'interno della Comunità le vendite successive della copia”*

¹⁴⁷ *“considerando che la tutela delle banche di dati in base al diritto d'autore comprende anche la messa a disposizione delle medesime in forma diversa dalla distribuzione di copie”*

fattispecie. A rafforzare la sensazione che la Direttiva volesse stabilire che l'immissione *online* di banche dati debba considerarsi come un atto di distribuzione al pubblico vi sono i testi dei Considerando 33 e 34^{148 149}. Con l'entrata in vigore della Direttiva 29/2001/CE è stata introdotta una diversa definizione di diritto di distribuzione. L'articolo 4 di quest'ultima, al primo comma, "*ricosce agli autori il diritto esclusivo di autorizzare o vietare*" ogni tipo di distribuzione al pubblico, tramite la vendita o in un diverso modo, sia dell'originale dell'opera che di copie della stessa. Inoltre, aggiunge che il diritto non si estingue nel territorio comunitario, a meno che la prima vendita o il primo altro genere di trasferimento della proprietà del bene all'interno della Comunità venga effettuato dal titolare del diritto o con il suo consenso¹⁵⁰. La peculiarità di tale disposizione, rispetto alla definizione data dalla Direttiva 92/100, riguarda il fatto che l'atto di distribuzione non viene chiamato "*messa a disposizione del pubblico*". Si ritiene che la *ratio* del Legislatore sia stata quella di evitare qualsiasi possibile tipo di confusione con il diritto di messa a disposizione del pubblico, previsto dall'articolo 3 della Direttiva medesima. Quest'ultimo prevede che gli autori hanno il diritto esclusivo di autorizzare o vietare ogni tipo di comunicazione al pubblico di proprie opere, sia che avvenga su filo sia senza filo. La norma include anche la messa a disposizione delle opere in modo tale che ogni soggetto possa accedervi dal luogo e nel

¹⁴⁸ La prima norma prevede che: "*considerando che il problema dell'esaurimento del diritto di distribuzione non sussiste nel caso di banche di dati in linea, che rientrano nel settore delle prestazioni di servizi [...] ciascuna prestazione in linea è in effetti un atto che dovrà essere soggetto ad autorizzazione qualora il diritto d'autore lo preveda*". Il secondo Considerando, inoltre, stabilisce che: "*considerando, tuttavia, che quando il titolare dei diritti abbia deciso di mettere a disposizione di un utente una copia della sua banca di dati, sia in linea sia per mezzo di altri sistemi di distribuzione*"

¹⁴⁹ Per completezza bisogna aggiungere che il legislatore, all'art. 5, *lett. d)*, riconosce all'autore della banca dati anche il diritto di comunicazione al pubblico. Quindi, il diritto di distribuzione non è l'unico diritto ad essere attuabile nella realtà *online*.

¹⁵⁰ La norma ha un'ampia rilevanza normativa poiché prevede che: "*1. Gli Stati membri riconoscono agli autori il diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi forma di distribuzione al pubblico dell'originale delle loro opere o di loro copie, attraverso la vendita o in altro modo. 2. Il diritto di distribuzione dell'originale o di copie dell'opera non si esaurisce nella Comunità, tranne nel caso in cui la prima vendita o il primo altro trasferimento di proprietà nella Comunità di detto oggetto sia effettuata dal titolare del diritto o con il suo consenso.*"

momento scelti individualmente: essa tratta, quindi, dei servizi su richiesta, detti *on demand*, come il *podcasting* ¹⁵¹.

La Direttiva stabilisce, anche, i soggetti a cui tale diritto è riconosciuto, come organismi di diffusione radiotelevisiva, produttori, artisti, interpreti ed esecutori ¹⁵².

Considerando il contenuto del comma secondo dell'ultimo articolo analizzato, appare chiaro che l'attività di armonizzazione del Legislatore europeo crea un "atto di messa a disposizione del pubblico" che si può qualificare come esercizio del diritto di distribuzione, se posto in essere *offline*. Mentre, se compiuto *online*, si configura come un atto di comunicazione al pubblico. Il Considerando 29 aggiunge un ulteriore principio molto importante: il mancato esaurimento del diritto di comunicazione produce come effetto che, anche se venga riprodotta su un supporto fisico un'opera di ingegno scaricata dal *web* e qui caricata dal titolare dei diritti esercitando il proprio diritto di messa a disposizione al pubblico, l'utente non avrà il diritto di mettere in circolazione tale copia fisica, in quanto il principio dell'esaurimento non può essere applicato a tale bene ¹⁵³.

La norma, infatti, prevede che "la questione dell'esaurimento del diritto non si pone nel caso di servizi, soprattutto di servizi "on-line". Ciò vale anche per una copia tangibile di un'opera o di altri materiali protetti realizzata da un utente di tale servizio con il consenso del titolare del diritto".

¹⁵¹ L'articolo 3, rubricato come "Diritto di comunicazione di opere al pubblico, compreso il diritto di mettere a disposizione del pubblico altri materiali protetti", al primo comma, prevede che: "1. Gli Stati membri riconoscono agli autori il diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi comunicazione al pubblico, su filo o senza filo, delle loro opere, compresa la messa a disposizione del pubblico delle loro opere in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente".

¹⁵² Il secondo comma individua una lista chiusa di soggetti aventi diritti. "Gli Stati membri riconoscono ai soggetti sotto elencati il diritto esclusivo di autorizzare o vietare la messa a disposizione del pubblico, su filo o senza filo, in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente: a) gli artisti interpreti o esecutori, per quanto riguarda le fissazioni delle loro prestazioni artistiche; b) ai produttori di fonogrammi, per quanto riguarda le loro riproduzioni fonografiche; c) ai produttori delle prime fissazioni di una pellicola, per quanto riguarda l'originale e le copie delle loro pellicole; d) agli organismi di diffusione radiotelevisiva, per quanto riguarda le fissazioni delle loro trasmissioni, siano esse effettuate su filo o via etere, comprese le trasmissioni via cavo o via satellite."

¹⁵³ P.Marzano, *Diritto d'autore e digital technologies*, in *Internet informatica telematica*, pp. 120 e ss., Giuffrè, Milano, 2005.

Tale traccia pare corretta in quanto l'atto di immissione nel *web* di un'opera non è considerabile come una forma di esercizio del diritto di distribuzione, anche nel caso in cui l'utente sia in possesso di una copia fisica dell'opera stessa, come nel caso in cui esso la acquisti *offline*. Di conseguenza, la copia si trova ancora sotto il potere di controllo che il titolare dei diritti esercita.

2.1.3 – Il diritto di messa a disposizione al pubblico nella Direttiva InfoSoc

Come visto precedentemente, il legislatore europeo ha scelto di regolamentare la diffusione delle opere di ingegno nell'epoca della c.d. società dell'informazione mediante una normativa che prevede l'applicazione del diritto di distribuzione solo alle opere *offline* e del diritto di comunicazione all'ambiente *online*.

Questo viene esposto in maniera chiara dai Considerando 25 e 28 della Direttiva 29/2001 come anche dal corpo della stessa Direttiva, agli artt. 3 e 4. In particolare, la disciplina dell'articolo 3, come visto in precedenza, ha una portata molto ampia; maggiore rispetto al disposto dei due Trattati OMPI in materia¹⁵⁴. Questi, infatti, si limitano a domandare un accrescimento della tutela dei diritti di autori, di produttori fonografici e di interpreti esecutori. La normativa comunitaria, mediante il processo di armonizzazione posto in essere dalla Direttiva 29/2001, si occupa di riconoscere il diritto di messa a disposizione del pubblico pure in favore di produttori di opere audiovisive e di società radiofoniche. A suscitare notevole interesse è, inoltre, il terzo comma dell'articolo terzo che prevede che i diritti sanciti dai precedenti due commi non si esauriscano con nessun tipo di atto di comunicazione al pubblico né con la loro messa a

¹⁵⁴ Si tratta rispettivamente del *WCT – WIPO Copyright Treaty* e del *WPPT - WIPO Performances and Phonograms Treaty*.

disposizione

155

Esso, quindi, prevede che né il diritto di messa a disposizione del pubblico, appena introdotto dalla stessa norma, né i tradizionali diritti di trasmissione via cavo e via etere si esauriscano al primo atto di diffusione. Però il diritto di comunicazione non si esaurisce in nessun caso, come conferma un'illustre dottrina, la quale prende ad esempio le rappresentazioni teatrali: a tal proposito, si ritiene che l'autore possa decidere di autorizzare o meno la rappresentazione del proprio spettacolo anche se che questa sia già stata comunicata al pubblico in precedenza ¹⁵⁶.

Per avvalorare tale tesi, si può ricorrere alla normativa prevista dal Considerando 29 della Direttiva trattata. Esso afferma chiaramente che, ove non fosse stabilito altrimenti nella Direttiva, l'esaurimento del diritto non trova applicazione nei servizi *online* ed estende questa disciplina anche alle copie tangibili di un'opera o di altri materiali protetti che vengono realizzati dagli utenti che utilizzano tale servizio con il consenso del titolare del diritto ¹⁵⁷.

L'esclusione è distintamente espressa dall'ultima frase del testo del Considerando nel quale si afferma correttamente che ogni singolo atto di messa a disposizione del pubblico dell'opera è riservato al titolare del diritto. Da ciò consegue che ogni trasmissione *online* successiva, se effettuata al pubblico, spetta all'autore o ai suoi aventi causa. Una deduzione di valore ancora maggiore, invece, viene prevista dalla

¹⁵⁵ Il terzo comma prevede letteralmente che: *"I diritti di cui ai paragrafi 1 e 2 non si esauriscono con alcun atto di comunicazione al pubblico o con la loro messa a disposizione del pubblico, come indicato nel presente articolo"*.

¹⁵⁶ *"[...] l'esercizio di una facoltà quale la rappresentazione, l'esecuzione, la comunicazione al pubblico e la diffusione non può comportare alcun esaurimento del diritto. Che Luigi Berio abbia autorizzato la rappresentazione di una sua opera a la Scala non può certamente significare che egli abbia perduto il diritto di proibirla al Regio di Torino. Del resto, qui non è neppure individuabile un esemplare di opera che venga messo in commercio"* (cfr., M. Ricolfi, *Il diritto d'autore*, p. 427).

¹⁵⁷ Il testo della norma stabilisce che: *"La questione dell'esaurimento del diritto non si pone nel caso di servizi, soprattutto di servizi "on-line". Ciò vale anche per una copia tangibile di un'opera o di altri materiali protetti realizzata da un utente di tale servizio con il consenso del titolare del diritto. Perciò lo stesso vale per il noleggio e il prestito dell'originale e delle copie di opere o altri materiali protetti che sono prestazioni in natura. Diversamente dal caso dei CD-ROM o dei CD-I, nel quale la proprietà intellettuale è incorporata in un supporto materiale, cioè in un bene, ogni servizio "on-line" è di fatto un atto che dovrà essere sottoposto ad autorizzazione se il diritto d'autore o i diritti connessi lo prevedono"*.

seconda frase del Considerando: questa prevede che, se l'utente decide di non di ritrasmettere l'opera *online*, bensì di creare una copia fisica (o tangibile), questa non potrà essere in ogni caso offerta al pubblico in quanto non ottenuta tramite un atto di distribuzione (diritto esauribile) ma mediante un atto di comunicazione, per il quale, come detto, l'esaurimento non si applica. Lo stesso vale per il noleggio e per il prestito. Vi è, comunque, un regime normativo diverso da applicare alle copie in forma tangibile acquistate a seguito dell'esercizio del diritto di distribuzione ed alle opere realizzate dall'utente come conseguenza dell'esercizio di messa a disposizione del pubblico. Infatti, le prime possono essere messe in circolazione da parte del proprietario, basandosi sul principio dell'esaurimento. Alle seconde, invece, non si applica lo stesso. Il motivo si basa su quanto viene rilevato nel *Follow Up Paper* dell'Unione Europa nel quale si legge che “[...] l'armonizzazione dovrebbe prevedere che solo la prima vendita nella Comunità con l'autorizzazione del titolare del diritto esaurisce il diritto di distribuzione”¹⁵⁸.

2.1.4 – Eccezioni e limitazioni poste dalla Direttiva 29/2001

La Direttiva riserva un ampio spazio all'argomento delle eccezioni e delle limitazioni, sia nei preamboli che nelle massime normative. Il Legislatore europeo applica un approccio totalmente diverso rispetto a quello utilizzato sul piano internazionale. Di fatti, i trattati internazionali hanno progressivamente abbandonato l'elencazione delle eccezioni e delle limitazioni dei diritti esclusivi, tendendo ad applicare sistemi simili a quelli di *common law*. Contrariamente, la Direttiva ne elenca un folto numero. La decisione di ricorrere ad un'elencazione esaustiva è stata presa al fine di massimizzare l'armonizzazione delle legislazioni nazionali¹⁵⁹, come sancisce

¹⁵⁸ Commissione Europea, *Follow Up Paper*, p. 19, cit.

¹⁵⁹ P. Bernt Hugenholtz, *Why the copyright directive is unimportant and possibly invalid*, pp. 500 e ss., 2005.

anche il Considerando 32¹⁶⁰.

L'articolo 5, al comma 1, prevede le prime eccezioni e limitazioni relativamente alle copie temporanee. Queste sono le uniche ad essere obbligatorie; il che significa che ogni Paese membro dell'Unione deve farle proprie senza possibilità di scelta. Sono, quindi, esentati dal diritto di distribuzione gli atti di riproduzione temporanea che non abbiano una rilevanza economica propria, che siano transitori o accessori, nonché parte integrante ed essenziale di un procedimento tecnologico. Devono, inoltre essere eseguiti al solo scopo di permettere: “*la trasmissione in rete tra terzi con l'intervento di un intermediario o un utilizzo legittimo di un'opera o di altri materiali*”¹⁶¹.

Vige, invece, un regime diverso per le altre eccezioni e limitazioni previste al comma secondo per il diritto di riproduzione, poiché hanno un carattere facoltativo¹⁶².

La normativa prevede, successivamente, un'esaustiva elencazione di atti di riproduzioni alle quali si possono applicare le eccezioni¹⁶³.

¹⁶⁰ Esso prevede che: “*La presente direttiva fornisce un elenco esaustivo delle eccezioni e limitazioni al diritto di riproduzione e al diritto di comunicazione al pubblico. [...] Tale elenco tiene debito conto delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri e mira, allo stesso tempo, a garantire il funzionamento del mercato interno*”.

¹⁶¹ Il primo comma elenca i requisiti delle eccezioni e delle limitazioni. “*Sono esentati dal diritto di riproduzione di cui all'articolo 2 gli atti di riproduzione temporanea di cui all'articolo 2 privi di rilievo economico proprio che sono transitori o accessori, e parte integrante e essenziale di un procedimento tecnologico, eseguiti all'unico scopo di consentire: a) la trasmissione in rete tra terzi con l'intervento di un intermediario o b) un utilizzo legittimo di un'opera o di altri materiali*”.

¹⁶² La norma, infatti, inizia sancendo che “[...] *gli Stati membri hanno la facoltà di disporre eccezioni o limitazioni al diritto di riproduzione*”.

¹⁶³ Viene previsto un folto elenco che include: “*a) le riproduzioni su carta o supporto simile, mediante uso di qualsiasi tipo di tecnica fotografica o di altro procedimento avente effetti analoghi, fatta eccezione per gli spartiti sciolti, a condizione che i titolari dei diritti ricevano un equo compenso; b) le riproduzioni su qualsiasi supporto effettuate da una persona fisica per uso privato e per fini né direttamente, né indirettamente commerciali a condizione che i titolari dei diritti ricevano un equo compenso che tenga conto dell'applicazione o meno delle misure tecnologiche di cui all'articolo 6 all'opera o agli altri materiali interessati; c) gli atti di riproduzione specifici effettuati da biblioteche accessibili al pubblico, istituti di istruzione, musei o archivi che non tendono ad alcun vantaggio economico o commerciale, diretto o indiretto; d) le registrazioni effimere di opere realizzate da organismi di diffusione radiotelevisiva con i loro propri mezzi e per le loro proprie emissioni; la conservazione di queste registrazioni in archivi ufficiali può essere autorizzata, se hanno un eccezionale carattere documentario;*”

Risulta particolarmente rilevante quanto disposto dalla lettera *b*), che si occupa di disciplinare la limitazione del diritto di riproduzione per uso privato: la c.d. copia privata.

La lettera in questione introduce un regime normativo che stabilisce che i compensi dovuti per le copie private devono “*tenere conto*” dell’utilizzo dei sistemi anti-elusione *ex art. 6* posti in essere dai titolari dei diritti. Il terzo comma del medesimo articolo introduce un altro lungo ed esauriente elenco, a carattere facoltativo, di altre eccezioni e limitazioni ai diritti di comunicazione al pubblico e di riproduzione¹⁶⁴. Tale elencazione si rifà

e) le riproduzioni di emissioni radiotelevisive effettuate da istituzioni sociali pubbliche che perseguano uno scopo non commerciale, quali ospedali o prigioni, purché i titolari dei diritti ricevano un equo compenso”.

¹⁶⁴ L’elenco previsto dal comma 3 si caratterizza per la sua completezza. Le sue disposizioni prevedono che:
“*Gli Stati membri hanno la facoltà di disporre eccezioni o limitazioni ai diritti di cui agli articoli 2 e 3 nei casi seguenti:*
a) allorché l'utilizzo ha esclusivamente finalità illustrativa per uso didattico o di ricerca scientifica, sempreché, salvo in caso di impossibilità, si indichi la fonte, compreso il nome dell'autore, nei limiti di quanto giustificato dallo scopo non commerciale perseguito;
b) quando si tratti di un utilizzo a favore di portatori di handicap, sempreché l'utilizzo sia collegato all'handicap, non abbia carattere commerciale e si limiti a quanto richiesto dal particolare handicap;
c) nel caso di riproduzione a mezzo stampa, comunicazione al pubblico o messa a disposizione di articoli pubblicati su argomenti di attualità economica politica o religiosa o di opere radiotelevisive o di altri materiali dello stesso carattere, se tale utilizzo non è espressamente riservato, sempreché si indichi la fonte, incluso il nome dell'autore, o nel caso di utilizzo delle opere o di altri materiali in occasione del resoconto di un avvenimento attuale nei limiti di quanto giustificato dallo scopo informativo e sempreché si indichi, salvo in caso di impossibilità, la fonte, incluso il nome dell'autore;
d) quando si tratti di citazioni, per esempio a fini di critica o di rassegna, sempreché siano relative a un'opera o altri materiali protetti già messi legalmente a disposizione del pubblico, che si indichi, salvo in caso di impossibilità, la fonte, incluso il nome dell'autore e che le citazioni siano fatte conformemente ai buoni usi e si limitino a quanto giustificato dallo scopo specifico;
e) allorché si tratti di impieghi per fini di pubblica sicurezza o per assicurare il corretto svolgimento di un procedimento amministrativo, parlamentare o giudiziario;
f) quando si tratti di allocuzioni politiche o di estratti di conferenze aperte al pubblico o di opere simili o materiali protetti, nei limiti di quanto giustificato dallo scopo informativo e sempreché si indichi, salvo in caso di impossibilità, la fonte, incluso il nome dell'autore;
g) quando si tratti di un utilizzo durante cerimonie religiose o cerimonie ufficiali organizzate da un'autorità pubblica;
h) quando si utilizzino opere, quali opere di architettura o di scultura, realizzate per essere collocate stabilmente in luoghi pubblici;
i) in caso di inclusione occasionale di opere o materiali di altro tipo in altri materiali;
j) quando l'utilizzo avvenga per pubblicizzare un'esposizione al pubblico o una vendita di opere d'arte, nella misura in cui ciò sia necessario alla promozione dell'avvenimento, escludendo qualsiasi altro uso commerciale;
k) quando l'utilizzo avvenga a scopo di caricatura, parodia o pastiche;
l) quando si tratti di utilizzo collegato a dimostrazioni o riparazioni di attrezzature;
m) quando si utilizzi un'opera d'arte consistente in un edificio o un disegno o il progetto di un edificio con lo scopo di ricostruire quest'ultimo;
n) quando l'utilizzo abbia come scopo la comunicazione o la messa a disposizione, a singoli individui, a scopo di ricerca o di attività privata di studio, su terminali dedicati situati nei locali delle istituzioni di cui al paragrafo 2, lettera c), di opere o altri materiali contenuti nella loro collezione e non soggetti a vincoli di vendita o di licenza;

all'altrettanto lungo elenco inserito all'interno del *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) e richiama ipotesi già precedentemente inserite nella Convenzione di Roma del 1961¹⁶⁵.

Parte della dottrina si domanda, a proposito della facoltatività delle disposizioni, se esse siano idonee al raggiungimento dello scopo che si pone il Legislatore europeo, cioè la creazione di un mercato comunitario armonizzato delle opere di ingegno nella c.d. società dell'informazione. A riguardo si ritiene che il regime normativo riguardante le eccezioni non sarà applicato uniformemente in tutto il territorio dell'Unione proprio a causa del suo carattere facoltativo¹⁶⁶.

Il risultato del dettato normativo sembra, inoltre, contrastare con il testo del Considerando 6.

Questo, correttamente, sancisce che, in mancanza di un'azione di armonizzazione a livello comunitario, l'attività legislativa che ogni Stato membro ha avviato per rispondere alle sfide poste dalla tecnologia, potrebbe creare delle forti differenze in materia di protezione e, conseguentemente, delle implicite restrizioni al diritto di libera circolazione di servizi e di beni a cui si applicano le norme sulla proprietà. Da ciò, si determinerebbe una frammentazione del mercato interno dell'Unione “*nonché un'incoerenza normativa*”.

La difformità può accrescere anche valutando il disposto del Considerando 36¹⁶⁷.

A riguardo, parte della dottrina sostiene che gli effetti prodotti dalla Direttiva 29/2001, nel fondamentale tema delle eccezioni, siano opposti rispetto a quelli che la Direttiva 31/2000 raggiunge efficacemente, in quanto quest'ultima non crea un sistema a “*macchia di leopardo*”, cioè una situazione nella quale ogni

o) quando l'utilizzo avvenga in taluni altri casi di scarsa rilevanza in cui la legislazione nazionale già prevede eccezioni o limitazione, purché esse riguardino solo utilizzi analogici e non incidano sulla libera circolazione delle merci e dei servizi all'interno della Comunità, fatte salve le altre eccezioni e limitazioni contenute nel presente articolo”.

¹⁶⁵ M. Hart, *The copyright in the Information Society Directive: an overview*, in *Intellectual Property Review*, pp. 58 e ss., 2004.

¹⁶⁶ cfr., P. Marzano, *op. cit.*, pp. 290 e ss.

¹⁶⁷ Esso prevede che: “*Gli Stati membri possono prevedere l'equo compenso dei titolari anche allorché si applicano le disposizioni facoltative sulle eccezioni o limitazioni che non lo comportano*”.

Stato membro attua solo alcune delle eccezioni previste dal Legislatore comunitario e non in maniera omogenea ¹⁶⁸. In ultimo, bisogna considerare il contenuto dell'art. 5, comma quarto, il quale permette che le eccezioni e le limitazioni possano essere impiegate anche al diritto di distribuzione ma a determinati limiti: tutti gli Stati membri che prevedono un'eccezione o una limitazione al diritto di riproduzione previste dai paragrafi 2 e 3 dello stesso articolo, possono porne altrettante al diritto di distribuzione, *ex art. 4, purché “nella misura giustificata dallo scopo della riproduzione permessa”* ¹⁶⁹. Occorre, in ogni caso, notare come la libertà data agli Stati membri dell'UE di ricorrere alla norma in questione, entro i limiti che variano da una legislazione all'altra, porta certamente alla frammentazione del diritto. Essa, quindi, si somma a quella che determinano i commi 2 e 3 dello stesso articolo. Se si considera, inoltre, che il diritto di distribuzione si adotta solamente *offline*, si nota come alla frammentazione del sistema di eccezioni che si possono applicare *online*, si aggiunge quella del sistema *offline*. Se, quindi, tale incongruenza esisteva già prima dell'adozione della Direttiva 29/2001, essa è diventata legittima dopo la sua entrata in vigore, malgrado gli intenti armonizzatori annoverati.

2.2 – La disciplina positiva della responsabilità del *provider* nella Direttiva 2000/31/CE

La disciplina della responsabilità dell'*internet service provider* è stata regolamentata dal legislatore europeo tramite la Direttiva 2000/31/CE ¹⁷⁰, chiamata “Direttiva sul commercio elettronico”. Questa si compone di una

¹⁶⁸ N. Abriani, *Le utilizzazioni libere nella società dell'informazione*, in *Annali Italiani del Diritto d'Autore*, pp. 110 e ss., cit., Università di Pavia, Pavia, 2001.

¹⁶⁹ Letteralmente: “Quando gli Stati membri possono disporre un'eccezione o limitazione al diritto di riproduzione in virtù dei paragrafi 2 e 3 del presente articolo, essi possono anche disporre un'eccezione o limitazione al diritto di distribuzione di cui all'articolo 4 nella misura giustificata dallo scopo della riproduzione permessa”.

¹⁷⁰ Direttiva 2000/31/CE dell'8 Giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno, in *Gazzetta ufficiale della Comunità Europea*, 17 Luglio 2000, n. l. 178/1.

parte avente ad oggetto vari aspetti del contratto nell'*e-commerce* e dedica la quarta sezione, che va dall'art. 12 all'art. 15, alla responsabilità dei *provider*, più precisamente chiamata "*responsabilità dei prestatori intermediari*"¹⁷¹. Essa si fonda sulla c.d. clausola del mercato interno ed è finalizzata a garantire la libera prestazione di servizi *online* all'interno del territorio dell'Unione Europea tramite la creazione di regole comuni per il commercio elettronico. Infatti, tenendo in considerazione che in molti Paesi membri vige una forte incertezza sulla disciplina applicabile a questa forma di commercio, nonché vi siano parecchie differenze fra le normative nazionali, la Direttiva ha inteso garantire un fondamento comune di regole circa le transazioni *online*, fra le quali la prestazione di servizi della società dell'informazione. In connessione a ciò, essa specifica che "*lo sviluppo del commercio elettronico nella società dell'informazione offre grandi opportunità per l'occupazione nella Comunità, in particolare nelle piccole e medie imprese*" ed aggiunge anche che "*esso faciliterà la crescita delle imprese europee, nonché gli investimenti nell'innovazione ed è tale da rafforzare la competitività dell'industria europea a condizione che internet sia accessibile a tutti*"¹⁷². Secondo tali presupposti, la Direttiva si pone il fine "*di garantire un elevato livello di integrazione giuridica comunitaria al fine di instaurare un vero e proprio spazio senza frontiere interne per i servizi della società dell'informazione*"¹⁷³.

In tale ottica, questo argomento è primario, data l'importanza del *provider* nella crescita del commercio elettronico. Inoltre, la determinazione del regime della sua responsabilità costituisce un elemento strutturale ed essenziale dell'*e-commerce* stesso¹⁷⁴. Non è, infatti, casuale che il legislatore europeo non abbia trattato la responsabilità dell'intermediario di servizi telematici tramite Direttive o

¹⁷¹ Intesi come quei soggetti che svolgono un'attività di impresa che presta servizi nella società dell'informazione.

¹⁷² Considerando 2 della Direttiva 2000/31/CE

¹⁷³ Considerando 3 della Direttiva 2000/31/CE

¹⁷⁴ E. Sanna, *Il regime di responsabilità dei provider intermediari di servizi nella società dell'informazione*, in *Responsabilità civile e previdenza*, pp. 278 e ss., 2004.

Regolamenti *ad hoc* o maggiormente pertinenti, come l'insieme di Direttive che formano il c.d. pacchetto delle comunicazioni elettroniche¹⁷⁵, ma abbia scelto di ricorrere ad una normativa che tratta in maniera generale il commercio elettronico¹⁷⁶.

La Direttiva 2000/31, proprio per il suo intrinseco scopo di strumento atto alla regolamentazione dell'*e-commerce*, inoltre, presenta molte restrizioni soggettive. Ad esempio, esclude dalla propria disciplina tutti quei soggetti che normalmente non svolgono un'attività economica o di servizi *online* in cambio di una retribuzione.

Quindi, estromette, tutti gli individui non imprenditori o non professionisti¹⁷⁷.

La Direttiva si ispira in misura maggiore a due normative che l'hanno preceduta: il DMCA degli Stati Uniti e, in modo più consistente, il *Telemediengesetz* tedesco¹⁷⁸.

Al pari del DMCA, essa crea un sistema di *exemptions* (intese come esenzioni, eccezioni), ma differisce da questa in quanto non prevede una disciplina "verticale" *ad hoc* per ogni singolo illecito.

Viceversa, parimenti alla legge tedesca, la normativa europea stabilisce una disciplina "orizzontale", che si riferisce solamente e principalmente ai soggetti che operano in *internet* in modo professionale.

In ogni caso, nonostante vi siano restrizioni di carattere sia soggettivo che oggettivo, il dettato normativo comunitario crea una disciplina generale applicabile indipendentemente dell'ambito oggettivo o soggettivo di efficacia.

Il legislatore comunitario si occupa di individuare le forme minime e comuni di responsabilità dei prestatori intermediari, definiti come "*la persona fisica o giuridica che presta un servizio della società dell'informazione*", ossia tutti quei soggetti che forniscono servizi di trasmissione di dati, connessione alla rete o memorizzazione di dati, anche mediante la messa a disposizione di

¹⁷⁵ Trattasi delle Direttive 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE e 2002/22/CE.

¹⁷⁶ V. Franceschelli, *Convergenza*, in *Diritto delle nuove tecnologie*, pp. 74 e ss., Giuffrè, Milano, 2009.

¹⁷⁷ M. De Cata, *ultima op. cit.*, pp. 185 e ss.

¹⁷⁸ G. Facci, *Responsabilità del provider*, in *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale. La nuova disciplina*, pp. 258 e ss., Giappichelli, Torino, 2003.

propri

server

179

Quindi, la Direttiva vuole precisare i tipi di responsabilità nello svolgimento di tali attività, presupponendo che la liceità di queste prestazioni di servizi su *internet* sia principalmente collegato all'attività dei prestatori di servizi e non degli utenti

180

Complessivamente, la normativa comunitaria ha adottato un regime di responsabilità dell'*internet service provider* che si basa sull'imputazione della colpa¹⁸¹, rifiutando in modo netto gli altri regimi di responsabilità aggravata o oggettiva

182

Di fatti, la Direttiva, non solo stabilisce l'assenza dell'obbligo di sorveglianza in capo al *provider* sulle informazioni veicolate in *internet*¹⁸³, ma, come nel caso dell'attività di *hosting*, basa la responsabilità del fornitore di servizi su un'ipotesi classica di responsabilità per colpa. Questa si configura in presenza dell'omessa rimozione di materiale illecito della cui esistenza l'intermediario fosse stato a conoscenza¹⁸⁴.

Al riguardo, vengono previste tre differenti figure: i prestatori di semplice trasporto (*mere conduit*), i prestatori di servizi di memorizzazione temporanea (*caching*) e i prestatori di servizi di memorizzazione di informazione

¹⁷⁹ A riguardo si distinguono l'*access provider*, che offre l'accesso a internet tramite modem o altre connessioni, il *content provider*, che fornisce contenuti ed è, quindi, autore dei contenuti immessi sul proprio server, l'*host provider*, che fornisce parti del proprio server ai siti internet, il *service provider*, fornisce differenti accessi a internet come la telefonia mobile, e il *cache provider*, che memorizza dati che provengono da siti esterni in una sezione di memoria temporanea, chiamata proprio *cache*, allo scopo di accelerare la navigazione in internet.

¹⁸⁰ P. Falletta, *La responsabilità degli internet service provider*, in M. Mensi – P. Falletta, *Il diritto del web. Casi e materiali*, pp. 141 e ss., Cedam, 2015.

¹⁸¹ G. Piazza, *La responsabilità civile dell'internet provider*, in *Contratto e impresa*, pp. 129 e ss., 2004.

¹⁸² La proposta di inserire nella Direttiva un regime di responsabilità aggravata dell'ISP, il quale avrebbe dovuto necessariamente provare la mancanza di colpa per non essere considerato responsabile, è stata nettamente criticata dalla dottrina. Secondo alcuni il regime di responsabilità aggravata o oggettiva non sarebbe stato accettabile poiché i *provider* non hanno la capacità di internalizzare e distribuire in modo efficace i costi risarcitori derivanti dalla loro attività. (cfr., G. Di Rosa, *Linee di tendenza e prospettive in materia di responsabilità del prestatore di servizi, in Europa e diritto privato*, pp. 686 e ss., 1999).

¹⁸³ Infatti, in base al Considerando 47 "gli Stati membri non possono imporre ai prestatori un obbligo di sorveglianza di carattere generale. Tale disposizione non riguarda gli obblighi di sorveglianza in casi specifici e, in particolare, lascia impregiudicate le ordinanze emesse dalle autorità nazionali secondo le rispettive legislazioni".

¹⁸⁴ A. Pierucci, *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti in rete*, in *Rivista critica di diritto privato*, pp. 157 e ss., 2003.

(hosting).

In tale quadro, il legislatore ha introdotto un sistema di “*irresponsabilità condizionata*” in favore di questi diversi operatori, agli articoli 12, 13 e 14¹⁸⁵. L’articolo 15, invece, stabilisce l’assenza di un obbligo generale di sorveglianza in capo agli *internet service provider*. In particolare, essi non sono obbligati a sorvegliare le informazione che trasmettono o che memorizzano né, tantomeno, sono tenuti a ricercare in modo attivo fatti o circostanze che possano provare l’esistenza di attività illecite¹⁸⁶.

2.2.1 – La disciplina riguardante il presentatore di semplice trasporto

Con riferimento all’attività *mere conduit*, l’articolo 12 stabilisce che il *provider* che trasmette, su una rete di comunicazione, delle informazioni fornite da un destinatario del medesimo servizio o che fornisce un accesso alla rete di comunicazione, non è responsabile dei dati trasmessi purché esso non dia origine alla trasmissione, non selezioni i destinatari di questa né modifichi le informazioni trasmesse¹⁸⁷. L’attività di fornitura di accesso e di trasmissione include la “*memorizzazione automatica, intermedia e transitoria*” dei dati

¹⁸⁵ A. G. Parisi, *Il commercio elettronico*, in S. Sica e V. Zeno-Zencovich, *Manuale di diritto dell’informazione e della comunicazione*, cit. p. 418, Cedam, Padova, 2012.

¹⁸⁶ L’articolo in questione, rubricato come “Assenza dell’obbligo generale di sorveglianza”, prevede che:

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

¹⁸⁷ Il contenuto dell’articolo 12 stabilisce letteralmente che: “*Gli Stati membri provvedono affinché, 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 sia responsabile delle informazioni trasmesse a condizione che*

egli:
a) *non dia origine alla trasmissione;*
b) *non selezioni il destinatario della trasmissione;*
c) *non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse”*

trasmessi¹⁸⁸ ma solo nei casi in cui questa sia necessaria solo alla trasmissione in rete e purché duri un tempo non maggiore a quello ragionevolmente necessario a tale fine¹⁸⁹.

2.2.2 – La responsabilità del prestatore di servizi di *caching*

Considerando, invece, l'attività di *caching* , l'articolo 13 esclude che il *provider* sia ritenuto responsabile per “*la memorizzazione automatica, intermedia e temporanea*” di informazioni che vengono fornite da un utente che usufruisce del servizio, a condizione che la memorizzazione venga effettuata al solo fine di facilitare l'inoltro successivo dei dati ad altri destinatari, a seguito di una richiesta proveniente da essi. La responsabilità del *caching provider* non è, però, esclusa a priori e può sorgere in diversi casi: se esso modifica le informazioni immesse, se non si conforma alle condizioni di accesso alle informazioni o alle norme di aggiornamento delle stesse, se interferisce con il lecito utilizzo delle tecnologie ampiamente usate nel settore al fine di ottenere dati relativi alle informazioni immesse e se non si mobilita prontamente per la rimozione di

¹⁸⁸ Mensi – Falletta, *op. cit.*, p. 143.

¹⁸⁹ La disciplina dell'articolo 13, rubricato come “*Memorizzazione temporanea detta "caching"*” prevede che:
“1. Gli Stati membri provvedono affinché, 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 sia responsabile della memorizzazione automatica, intermedia e temporanea di tali informazioni effettuata al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltro ad altri destinatari a loro richiesta, a condizione che egli:
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 dell'accesso.
2. Il presente articolo lascia impregiudicata la possibilità, secondo gli ordinamenti degli Stati membri, che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa esiga che il prestatore impedisca o ponga fine ad una violazione”.

informazione memorizzate o non ne disabiliti l'accesso, nel momento in cui venga a conoscenza in maniera effettiva del fatto che le informazioni siano state rimosse dalla loro iniziale ubicazione nella rete o che l'accesso a queste è stato precedentemente disabilitato oppure che un'autorità amministrativa o un organo giurisdizionale ne abbia imposto la disabilitazione dell'accesso o la rimozione

190

2.2.3 – Disposizioni in materia di responsabilità dell'*hosting provider*

Infine, riferendosi all'attività di *hosting*, l'articolo 14 stabilisce che il *provider* non è responsabile per le informazioni memorizzate su richiesta di un utente del servizio, purché il suddetto prestatore non sia effettivamente a conoscenza dell'illiceità del fatto o dell'informazione e, per quanto riguarda eventuali azioni risarcitorie, non conosca fatti o circostanze che rendano l'illiceità manifesta.

Inoltre, per escludere la responsabilità, è necessario che il *provider* agisca immediatamente per rimuovere le informazione o per disabilitarne l'accesso, non appena venga messo al corrente di tali fatti illeciti ¹⁹¹ .

¹⁹⁰ E', inoltre, possibile che, in conformità con i singoli ordinamenti degli Stati membri, l'autorità amministrativa o l'organo giurisdizionale possano esigere che il *provider* faccia cessare o impedisca una violazione. Questo potere è valido per le tre attività ex artt. 12,13 e 14. Inoltre, gli Stati membri hanno il potere di stabilire delle procedure aventi come scopo la rimozione di informazioni o la disabilitazione dell'accesso ad esse.

¹⁹¹ L'articolo 14 della Direttiva 2000/31/CE prevede che:
"1. Gli Stati membri provvedono affinché, nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non sia responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore:
a) non sia effettivamente al corrente del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione;
b) non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.
2. Il paragrafo 1 non si applica se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore.
3. Il presente articolo lascia impregiudicata la possibilità, per un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa, in conformità agli ordinamenti giuridici degli Stati membri, di esigere che il prestatore ponga fine ad una violazione o la impedisca nonché la possibilità, per gli Stati membri, di definire procedure per la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime".

2.2.4 – Regime delle eccezioni alla responsabilità dei prestatori di servizi

La Direttiva prevede delle esimenti della responsabilità riguardanti solamente il caso in cui l'attività del prestatore di servizi sia limitata al mero processo tecnico di attivazione e di fornitura di un accesso ad una rete di comunicazione sulla quale vengano trasmesse o memorizzate temporaneamente delle informazioni messe a disposizione da soggetti terzi al solo fine di rendere la trasmissione maggiormente efficiente.

Questa attività è prettamente tecnica, passiva ed automatica, il che comporta che il *provider* non conosca né, tantomeno, controlli le informazione che trasmette o memorizza¹⁹².

Da ciò deriva che un prestatore di servizi possa beneficiare delle deroghe previste per le attività di *mere conduit* e di memorizzazione temporanea ma solo se esso non sia coinvolto in nessun modo nelle informazioni trasmesse. A tale scopo è, *in primis*, necessario che esso non modifichi le informazioni trasmesse. Eccezione viene fatta per eventuali mutamenti di carattere meramente tecnico posti in essere durante la trasmissione poiché esse non alterano l'integrità dei dati contenuti nella trasmissione. Inoltre, il *provider* non deve collaborare intenzionalmente con un destinatario del servizio allo scopo di commettere atti illeciti: in tal caso, esso risponderebbe chiaramente per le condotte poste in essere in via diretta.

2.3 – Il recepimento della Direttiva InfoSoc in Italia: il D.Lgs. 68/2003

Il Decreto Legislativo 68/2003 ha determinato il più importante rinnovamento della legge italiana in materia di diritto d'autore dal momento della sua entrata in vigore. Negli ultimi decenni, il legislatore italiano ha, infatti, modificato più volte diversi punti della L. 633/1941 ed ha aggiunto nuovi titoli e nuove norme, ma sempre limitatamente a specifiche tematiche: ad esempio ha introdotto nel sistema legislativo un'ampia tutela dei programmi per

¹⁹² Mensi – Falletta, *op. cit.*, pp. 144 e ss.

elaboratore tramite il D.Lgs. 489/1992, in attuazione della Direttiva 91/250, oppure ha ampliato il contenuto del diritto esclusivo di diffusione con il D.Lgs. 581/1996, applicando quanto previsto dalla Direttiva 93/83. Di contro, con il D.Lgs. 68/2003 non sono stati solamente modificati uno o più parti del tessuto normativo relativo al diritto d'autore ma si è provveduto ad una sua totale riorganizzazione "orizzontale". Infatti, sono stati modificati molti articoli riguardanti gli usi legittimi e l'equo compenso, i diritti esclusivi d'autore, la tutela dei produttori fonografici ed audiovisivi e il sistema sanzionatorio, fino ad arrivare a mutare altre leggi sussidiarie alla LDA, come la L. 93/1992 che tutela le imprese fonografiche. Occorre, quindi, analizzare i principi fondamentali del diritto d'autore alla luce degli interventi comunitari, in particolare i diritti di riproduzione, di distribuzione e di messa a disposizione del pubblico nonché le eccezioni e le limitazioni ai diritti degli autori.

2.3.1 – Il diritto di riproduzione nella normativa italiana: l'art. 13 LDA

Il concetto di riproduzione ha avuto una portata molto vasta, sin dal momento della sua entrata in vigore. Per tale ragione, la disposizione è rimasta inalterata fino al 2003, quando è stato adottato il D.Lgs. 68/2003¹⁹³. Prima di tale modifica, il diritto di riproduzione si fondava su due pilastri fondamentali rappresentati dalla moltiplicazione dell'opera in copie e della modalità con cui questo poteva avvenire, cioè "con ogni mezzo"¹⁹⁴. Il nuovo testo dell'articolo 13, modificato, come detto, dal D.Lgs. 68/2003, in linea con quanto disposto dalla Direttiva 29/2001/CE¹⁹⁵, introduce alcune

¹⁹³ G. Sena – P.A.E. Frossi, *Diritto d'autore e diritti connessi nella società dell'informazione*, pp. 10 e ss., Cedam, 2005.

¹⁹⁴ Piola Caselli, nel commentare l'ampiezza del concetto di riproduzione ricordava che "il diritto esclusivo, avendo come obiettivo l'opera intellettuale e non già l'apparato sensibile che serve per esteriorizzarla e per comunicarla ai nostri sensi, comprende la proibizione di confezionare qualsiasi altro apparato o corpo, anche essendo diverso di aspetto, materia o dimensioni o essendo ottenuto con un procedimento diverso" (cfr., E. Piola Caselli, *Codice del diritto d'autore*, pp. 288, cit.).

¹⁹⁵ Il testo del nuovo articolo 13 della L. 633/41 prevede che: "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,

novità, come il manifesto riferimento alla riproduzione diretta o indiretta dell'opera e la differenza fra le nozioni di copie permanenti e temporanee¹⁹⁶. Viene, inoltre, aggiunto che il diritto ha ad oggetto la “*riproduzione totale o parziale*” dell'opera: questa aggiunta, secondo un'autorevole dottrina¹⁹⁷, non sarebbe da ritenere una vera e propria novità del testo normativo poiché già prima della modifica la norma affermava chiaramente che i diritti patrimoniali d'autore, fra i quali vi si trova anche il diritto di riproduzione, “*hanno per oggetto l'opera nel suo insieme ed in ciascuna sua parte*”¹⁹⁸. In aggiunta, viene precisato che il diritto si può applicare ad “*ogni forma*” di riproduzione: tale aggiunta costituisce un'utile specificazione anche se il concetto di diritto di riproduzione, sin dal momento della sua introduzione nella normativa, doveva ritenersi estendibile pure a copie aventi natura ed aspetto diversi dall'originale.

2.3.2 – Il diritto di riproduzione per produttori audiovisivi, enti radiofonici, produttori di fonogrammi ed artisti interpreti nella L. 633/41

In linea con quanto prevede la Direttiva 29/2001 e dal procedimento di armonizzazione che pone in essere, il D. Lgs. 68/2003 provvede ad aggiornare anche la norma relativa al diritto di riproduzione degli enti radiofonici, *ex art. 79, lett. b)*¹⁹⁹, e aggiunge una nuova disciplina per i produttori di opere

l'incisione, la fotografia, la fonografia, la cinematografia ed ogni altro procedimento di riproduzione”.

¹⁹⁶ P. Marzano, *op. cit.*, p. 77

¹⁹⁷ cfr., M. Ricolfi, *op. cit.*, p. 414.

¹⁹⁸ Autorevole dottrina (Greco - Vercellone) afferma, infatti, che “[...] rientra nell'ambito del diritto esclusivo anche la riproduzione soltanto parziale dell'opera. [...] Non viene, quindi, discriminata la riproduzione qualificata per esiguità temporale o spaziale purché la parte dell'opera che viene riprodotta abbia una sua autonomia estetica e una sua individualità.”

¹⁹⁹ L'articolo 79, *lett. b)*, relativo ai diritti relativi all'emissione radiofonica e televisiva, stabilisce che: “1. Senza pregiudizio dei diritti sanciti da questa legge a favore degli autori, dei produttori di fonogrammi, dei produttori di opere cinematografiche o audiovisive o di sequenze di immagini in movimento, degli artisti interpreti e degli artisti esecutori, coloro che esercitano l'attività di emissione radiofonica o televisiva hanno il diritto esclusivo: [...] *b)* di autorizzare la riproduzione diretta o indiretta, temporanea o permanente, in qualunque modo o forma, in tutto o in parte, delle fissazioni delle proprie emissioni”.

audiovisive e cinematografiche con l'art. 78-ter²⁰⁰.
Analizzando la nuova disciplina del diritto di riproduzione per i produttori fonografici, si nota come, sia il contenuto, che l'estensione del diritto risultino maggiormente conformi a quanto dispone l'articolo 13 LDA. Il processo di parificazione era già iniziato precedentemente alla modifica, grazie al contributo della giurisprudenza e della migliore dottrina italiana ma anche per merito della sufficiente ampiezza della disciplina riguardante il potere di controllare la riproduzione di fonogrammi previsto fin dalla prima versione dell'art. 72 LDA²⁰¹.

Si può, quindi, ritenere che, anche quando era in vigore il passato testo normativo, il diritto di riproduzione era applicabile a diverse ipotesi, fra le quali si trovano le riproduzioni totali o parziali della fissazione. Un'altra ipotesi individua la riproduzione diretta di emissioni diffuse a distanza mediante la produzione di supporti identici o riversando i contenuti in supporti di diverso tipo: tale norma si fonda su quanto prevedono gli Accordi TRIPs, la Convenzione di Roma e la Direttiva 100/92. La disciplina si applica anche alle riproduzioni che vengono effettuate tramite strumenti sia digitali sia analogici che per mezzo della creazione di copie non

²⁰⁰ L'articolo 78-ter della L. 633/41 prevede che:
"1. Il produttore di opere cinematografiche o audiovisive o di sequenze di immagini in movimento è titolare del diritto esclusivo:
a) di autorizzare la riproduzione diretta o indiretta, temporanea o permanente, in qualunque modo o forma, in tutto o in parte, degli originali e delle copie delle proprie realizzazioni;
b) di autorizzare la distribuzione con qualsiasi mezzo, compresa la vendita, dell'originale e delle copie di tali realizzazioni. Il diritto di distribuzione non si esaurisce nel territorio della Comunità europea se non nel caso di prima vendita effettuata o consentita dal produttore in uno Stato membro;
c) di autorizzare il noleggio ed il prestito dell'originale e delle copie delle sue realizzazioni. La vendita o la distribuzione, sotto qualsiasi forma, non esauriscono il diritto di noleggio e di prestito;
d) di autorizzare la messa a disposizione del pubblico dell'originale e delle copie delle proprie realizzazioni, in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente. Tale diritto non si esaurisce con alcun atto di messa a disposizione del pubblico.
2. La durata dei diritti di cui al comma 1 è di cinquanta anni dalla fissazione. Se l'opera cinematografica o audiovisiva o la sequenza di immagini in movimento è pubblicata o comunicata al pubblico durante tale termine, la durata è di cinquanta anni dalla prima pubblicazione o, se anteriore, dalla prima comunicazione al pubblico dell'opera cinematografica o audiovisiva o della sequenza di immagini in movimento".

²⁰¹ Commentando il contenuto dell'art. 72 LDA, Piola Caselli affermava che "la legge parla di diritto esclusivo di riprodurre con qualsiasi processo di duplicazione, il disco o altro apparecchio. Riteniamo, quindi, che non solo rimanga vietata la duplicazione del disco con altri dischi ma la duplicazione del disco con altri apparecchi analoghi di musica meccanica". (cfr., Piola Caselli, *Codice del diritto d'autore*, p. 464, cit.)

destinati a circolare in modo autonomo ²⁰² .
Autorevoli dottrine affermano che tale estensione del diritto di riproduzione, oggi, possa ritenersi essere applicabile anche al diritto di artisti interpreti ed esecutori, grazie a quanto dispone il Capo III del D.Lgs. 68/2003, in linea con quanto previsto dalla Convenzione di Roma: l'articolo 80, comma 2, lett. b) di questa, infatti, stabilisce che essi hanno *“il diritto esclusivo di: [...] autorizzare la riproduzione diretta o indiretta, temporanea o permanente, in qualunque modo o forma, in tutto o in parte, della fissazione delle loro prestazioni artistiche”* ²⁰³ .

2.3.3 – Il diritto di messa a disposizione del pubblico nell'ordinamento italiano

Il D.Lgs. 68/2003 ha provveduto a modificare anche il diritto degli autori di mettere un'opera a disposizione del pubblico, ex articolo 16 LDA, attuando, così, quanto disposto dalla Direttiva 29/2001 al terzo articolo. La norma attuale circoscrive l'oggetto del diritto: essa, infatti, prevede che il diritto esclusivo di comunicazione al pubblico, sia che avvenga su filo che senza filo, per essere considerata come tale, deve comportare l'utilizzo di una serie di *“mezzi di diffusione a distanza”*, elencati dall'articolo ²⁰⁴ . Viene, inoltre, chiarito che il diritto altresì include la possibilità di mettere a disposizione l'opera in modo tale che ognuno *“possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente”*. Il secondo comma aggiunge che il diritto introdotto al primo comma non si esaurisce con nessun tipo di atto di comunicazione al pubblico, fra i quali sono ricompresi gli atti di messa a disposizione ²⁰⁵ .

²⁰² M. Ricolfi, *Copia privata e diritti di produttori ed artisti*, in AIDA, p.71, 1992.

²⁰³ V. De Sanctis, *La Convenzione internazionale per la protezione degli artisti interpreti ed esecutori, dei produttori di fonogrammi e degli organismi di radiodiffusione*, pp. 343 e ss.

²⁰⁴ Gli strumenti che la disposizione in analisi tratta sono *“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”*.

²⁰⁵ *“1. 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 radio, la televisione ed altri mezzi analoghi e comprende la comunicazione al pubblico via satellite, la*

Rispetto alla precedente, la normativa introdotta nel 2003, tramite una rielaborazione del comma uno, precisa che tutti i poteri *ex art.* 16 devono essere esercitati nei confronti di un pubblico, per essere considerati come riservati all'autore ²⁰⁶.

La definizione di “pubblico” ha fatto sorgere diversi dubbi di natura dottrinale riguardanti la minore o maggiore estensione del concetto; il che determina un allargamento o un restringimento dei diritti esclusivi degli autori. Nel primo caso viene limitata l'area delle facoltà in capo ai consumatori di opere d'ingegno.

Nel secondo, al contrario, si determina una riduzione del ritorno economico derivante dallo sfruttamento delle proprie opere.

La legge 633/41, all'articolo 15, riguardante il tema della rappresentazione e della recitazione, propone un limite alla nozione di “pubblico”, escludendo la cerchia familiare, “*del convitto, della scuola o dell'istituto di ricovero*”, a condizione che non vi sia alcuno scopo di lucro ²⁰⁷.

Autorevole dottrina ritiene che un'estensione a fattispecie diverse dalla cerchia familiare costituisca un eccesso, se vista all'interno della società dell'informazione ²⁰⁸.

2.3.4 – Il diritto di distribuzione nella normativa italiana

Il diritto di distribuzione nel diritto italiano ha presentato, fin da quando è stato inserito nella L. 633/41, diversi punti positivi come anche profili di criticità.

Già dalla sua prima versione, tale diritto esclusivo veniva ritenuto una figura totalmente autonoma rispetto a quello di riproduzione.

In tale quadro, l'autore poteva autorizzare la creazione di proprie opere ma

ritrasmissione via cavo, nonché le comunicazioni al pubblico codificate con condizioni particolari di accesso; comprende, altresì, la messa a disposizione del pubblico dell'opera in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente. 2. 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”.

²⁰⁶ M. Ricolfi, *op. cit.*, pp. 444 e ss.

²⁰⁷ P. Greco – P. Vercellone, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, p. 138, UTET, 1974.

²⁰⁸ P. Marzano, *op. cit.*, p. 168.

questa non permetteva automaticamente la commercializzazione di queste²⁰⁹. Inoltre, l'articolo 17 in origine prevedeva un'ulteriore potere in capo all'autore: egli aveva il diritto di controllare l'importazione all'interno del territorio italiano di tutte le copie che erano state create all'estero lecitamente

210

A tal proposito, la dottrina non era sempre concorde. Parte di essa, infatti, riteneva lo scopo di lucro come elemento necessario richiesto dalla norma²¹¹; di contro, altra autorevole dottrina riteneva possibile l'applicazione ad ogni tipo di immissione in circolazione²¹².

L'articolo 72, inoltre, trattando il tema dei diritti connessi, prevedeva il potere in capo ai produttori fonografici di poter commercializzare i supporti prodotti da questi, "salvi i diritti spettanti all'autore". Non era, invece, garantito alcun diritto di distribuzione agli artisti interpreti ed esecutori; di fatti, l'art. 80 prevedeva solamente che ad essi spettava solamente un "equo compenso" per la trasmissione o diffusione della propria esecuzione. Con la legge di attuazione delle disposizioni comunitarie in materia di tutela del *software*, è stato introdotto per la prima volta nella L. 663/41 il principio dell'esaurimento comunitario ma, soprattutto, è stato ampliato il contenuto del diritto di distribuzione all'articolo 64-bis, lett. c), così da includere le immissioni in circolazione avvenute a scopo di lucro o meno. La modifica più rilevante, è conseguenza dell'attuazione della Direttiva 29/2001, introdotta in Italia tramite il D.Lgs. 68/2003. Il terzo articolo del decreto ha previsto una radicale modifica al diritto di

²⁰⁹ Al riguardo, esistono diversi casi giurisprudenziali fra i quali Cass. 2 Luglio 1953, n° 2045 e C. App. Milano, 16 Marzo 1954.

²¹⁰ L'articolo 17 prevedeva: "Il diritto esclusivo di mettere in commercio ha per oggetto il diritto di porre in circolazione, a scopo di lucro, l'opera o gli esemplari di essa e comprende altresì il diritto esclusivo di introdurre nel territorio dello Stato le riproduzioni fatte all'estero per porle in circolazione".

²¹¹ Secondo Greco e Vercellone "[...] l'art. 17 LDA richiede espressamente lo scopo di lucro: resta fuori dall'ambito del diritto esclusivo ogni atto a titolo gratuito, forse anche la vendita quando il prezzo non è remunerativo ma copre soltanto le spese di produzione". (cfr., V. P. Greco – P. Vercellone, *I diritti sulle opere di ingegno*).

²¹² Per Piola Caselli, nonché Jarach, la messa in circolazione di un'opera avrebbe dovuto comprendere ogni genere di immissione in circolazione al pubblico, sia che essa fosse avvenuta a scopo di lucro sia in caso contrario. (cfr., G. Jarach, *Manuale del diritto d'autore*; E. Piola Caselli, *Codice del diritto d'autore*).

Per prima cosa, circoscrive l'oggetto del diritto: sono, quindi, incluse la commercializzazione o le attività di messa in circolazione o di messa a disposizione del pubblico dell'originale dell'opera o di copie di essa, in ogni forma e a qualsiasi titolo. Molto importante è l'ulteriore aggiunta prevista dal primo comma che comporta una modifica radicale al potere dell'autore di controllare le importazioni delle copie delle opere prodotte all'estero, in virtù di quanto stabilito dalle norme che regolano il mercato unico europeo. Viene, ulteriormente, ribadito il principio di esaurimento del diritto di distribuzione all'interno dell'Unione Europea, il quale cessa solo a seguito del primo atto di vendita o di trasferimento della proprietà del bene, purché questo venga posto in essere dal titolare dei diritti o almeno con il suo consenso. L'esaurimento subisce, successivamente, una limitazione posta dal terzo comma del medesimo articolo 3 del decreto attuativo. Esso stabilisce che quanto previsto per il diritto di distribuzione non si possa applicare anche al diritto di messa a disposizione del pubblico di opere. Lo scopo della norma è fare sì che ognuno possa accedervi *“dal luogo e nel momento scelti individualmente”*. L'importanza di questo comma è notevole. Esso, infatti, regola a livello nazionale uno dei maggiori fenomeni nati dallo sviluppo tecnologico degli ultimi anni, vale a dire la fruizione di contenuti *on demand*. Combinando, inoltre, il tenore del comma 3 con l'espressione *“messa a*

²¹³ La norma in analisi prevede che:
 “1. Il diritto esclusivo di distribuzione ha per oggetto la messa in commercio o in circolazione, o comunque a disposizione, del pubblico, con qualsiasi mezzo ed a qualsiasi titolo, dell'originale dell'opera o degli esemplari di essa e comprende, altresì, il diritto esclusivo di introdurre nel territorio degli Stati della Comunità europea, a fini di distribuzione, le riproduzioni fatte negli Stati extracomunitari.
 2. Il diritto di distribuzione dell'originale o di copie dell'opera non si esaurisce nella Comunità europea, se non nel caso in cui la prima vendita o il primo atto di trasferimento della proprietà nella Comunità sia effettuato dal titolare del diritto o con il suo consenso.
 3. Quanto disposto dal comma 2 non si applica alla messa a disposizione del pubblico di opere in modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente, anche nel caso in cui sia consentita la realizzazione di copie dell'opera.
 4. Ai fini dell'esaurimento di cui al comma 2, non costituisce esercizio del diritto esclusivo di distribuzione la consegna gratuita di esemplari delle opere, effettuata o consentita dal titolare a fini promozionali, ovvero di insegnamento o di ricerca scientifica”.

disposizione del pubblico, con qualsiasi mezzo” dell’opera originale o di sue copie, un’autorevole dottrina ha ritenuto che il nostro ordinamento abbia ammesso l’applicabilità del diritto di distribuzione anche *online*. Il testo della Direttiva 29/2001, invece, afferma che così non è ²¹⁴. Viene, infine, escluso che l’esercizio del diritto esclusivo di distribuzione si esaurisca a seguito della cessione a titolo gratuito di copie dell’opera, effettuata o permessa dal titolare del diritto per motivi non commerciali, come ragioni promozionali.

2.3.5 – Eccezioni e limitazioni dopo l’entrata in vigore del D.Lgs. 68/2003

Dopo anni di immobilismo, con il Decreto del 2003, il Legislatore italiano ha posto la propria attenzione sulle norme in materia di eccezioni e limitazioni. Il complesso normativo al Capo V del Titolo I della LDA, prima dell’intervento comunitario, infatti, era rimasto immutato, eccezion fatta per alcune modifiche di importanza minore. La legge sul diritto d’autore, come spesso accade nei sistemi di *civil law*, prevede una serie di usi legittimi di opere di ingegno che si basa su un preciso elenco di fattispecie codificate. Per lungo tempo, la dottrina ha dibattuto sull’applicabilità in via analogica a situazioni diverse da quelle previste dal Capo V, ma aventi il medesimo carattere di eccezionalità. L’approccio di una parte di essa, insieme ad una giurisprudenza costante, era finalizzata ad affermare che né le eccezioni né le limitazioni erano suscettibili di un’interpretazione estensiva o analogica, data la loro natura di disposizioni eccezionali che possono ridurre alcuni diritti esclusivi degli autori ²¹⁵. L’orientamento di altra parte di una dottrina più recente, invece, ha affermato che le eccezioni e le limitazioni in questione possono essere oggetto di interpretazioni sia estensive che analogiche, nonostante siano norme

²¹⁴ P. Marzano, *op. cit.*, pp. 127 e ss.

²¹⁵ A tale proposito v. S. Ercolani, *Limitazioni ed eccezioni al diritto d’autore nella legislazione italiana*, in *Diritto d’autore*, p. 272 e ss., 2001; F. P. Regoli, *La giurisprudenza della Cassazione sulle libere utilizzazioni di opere protette dal diritto d’autore*, in *IDA*, 1997.

Allo stato attuale, sembra che anche in Italia vi sia una tendenza a preferire dei “sistemi elastici” di eccezioni e di limitazioni. A tal proposito, non è casuale che la normativa del 2003 abbia introdotto all’articolo 71-*nonies* una disposizione il cui contenuto potrebbe appartenere ad un sistema di *common law*

217

Essa adotta un meccanismo misto poiché, prima richiama le fattispecie previste dal Capo V ma, successivamente, ammette che esse vengano applicate in modo flessibile. L’elasticità normativa, in ogni caso, è particolarmente utile in un mondo che presenta una rapidissima evoluzione tecnologica e dove si cerca sempre più pressantemente di rifarsi a sistemi normativi sovranazionali riguardanti il diritto d’autore. Di contro, nel contesto della Direttiva 29/2001 e della sua attuazione, tale elasticità potrebbe comportare problemi di diverso genere che si tratteranno in seguito. Fra le maggiori novità introdotte dal Decreto del 2003, si individuano diverse modifiche ad articoli preesistenti ma anche l’inserimento di nuove norme. Di particolare interesse sono le norme della Sezione II e della Sezione III. La prima tratta la riproduzione privata per uso personale e ha ad oggetto opere audiovisive e fonografiche. A differenza del precedente testo della L. 633/41, viene prevista in modo chiaro l’esistenza di usi legittimi per la copia privata, subordinati al rispetto del *three-step-test*. Della terza Sezione, invece, è di notevole interesse l’analisi dell’articolo 71-*nonies*; esso prevede che le eccezioni e le limitazioni disciplinate dal Decreto Legislativo, ogniqualvolta siano applicate ad opere protette dal diritto d’autore che sono messe a disposizione del pubblico in modo tale che ogni utente possa accedervi dal luogo e nel momento che predilige, non devono contrastare con il normale sfruttamento delle opere, né tantomeno cagionare dei pregiudizi

²¹⁶ M. Ricolfi, *op. cit.*, pp. 460 e ss.

²¹⁷ P. Marzano, *op. cit.*, pp. 296 e ss.

ingiustificati agli interessi dei titolari dei diritti ²¹⁸ .
Questa disposizione è stata interpretata dalla dottrina in due modi: la prima interpretazione ritiene che essa sia un'altra tutela voluta dal Legislatore e che abbia come scopo quello di chiedere al giudice che venga data applicazione alle specifiche eccezioni previste dal Capo V in riferimento al diritto di messa a disposizione del pubblico, verificando preventivamente che non vi sia alcun tipo di lesione del secondo e del terzo criterio del *three-step-test* ²¹⁹ .

L'altra dottrina ritiene, invece, che l'articolo abbia una portata generale e sia finalizzata a far sì che tutte le eccezioni *ex* Capo V possano essere estese alle fattispecie di messa a disposizione del pubblico dell'opera, a condizione che da questo non derivi una lesione al normale sfruttamento dell'opera nonché un irragionevole danno agli interessi legittimi dell'autore ²²⁰ .

Nel caso in cui la seconda interpretazione possa essere considerata valida, si nota che essa non coincide con quanto previsto dall'articolo 5, comma 4 della Direttiva 29/2001 poiché esso prevede la facoltà in capo ad ogni Stato membro dell'Unione Europea di estendere il diritto di distribuzione delle fattispecie *ex* Articolo 5. La norma italiana, invece, si riferisce al diritto di messa a disposizione del pubblico.

Bisogna, inoltre, notare come il *three-step-test*, introdotto dall'articolo 71-*nonies* circa il diritto di messa a disposizione del pubblico, non produce effetti solo per quest'ultimo ma anche per il diritto di riproduzione, in quanto inevitabilmente connesso. Di fatti, nell'ambiente digitale, il diritto di riproduzione è, per motivi tecnologici, sempre implicato nelle trasmissioni in *internet*.

Perciò, se si vuole attuare in maniera ragionevole e corretta la norma in

²¹⁸ La norma all'articolo 71-*nonies* prevede letteralmente che: “Le eccezioni e limitazioni disciplinate dal presente capo e da ogni altra disposizione della presente legge, quando sono applicate ad opere o ad altri materiali protetti messi a disposizione del pubblico in modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelto individualmente, non devono essere in contrasto con lo sfruttamento normale delle opere o degli altri materiali, ne' arrecare un ingiustificato pregiudizio agli interessi dei titolari”.

²¹⁹ P. Marzano, *op. cit.*, p. 309.

²²⁰ cfr., S. Ercolani, *Il diritto d'autore e i diritti connessi*, p. 240., Giappichelli, Torino, 2004.

questione, allo stesso bisognerà allo stesso tempo dare attuazione al suo contenuto con riferimento al diritto di distribuzione. Senza un'interpretazione estensiva della norma, potrebbe verificarsi il caso in cui un utente, che si avvale delle eccezioni previste dal Capo V, non commetta alcun tipo di infrazione in riferimento alla messa a disposizione del pubblico ma violi il diritto di distribuzione, anche se questo è conseguenza inevitabile dell'attività posta in essere dal soggetto.

2.4 – L'attuazione della Direttiva 31/2000/CE in Italia: il D.Lgs. 70/03

Il Legislatore italiano ha recepito la normativa europea, con il D.Lgs. 70/03, emanato sulla base della legge delega comunitaria n°39/2002, in modo pressoché pedissequo.

Questo tipo di recepimento, anche se presenta il vantaggio di far rimanere la legge nazionale fedele alla normativa europea, ha diversi effetti negativi, fra i quali la riproduzione dei difetti della Direttiva 31/2000/CE, consistenti soprattutto nella mancata precisazioni di aspetti poco chiari dovuti alla difficoltà di adattare una normativa sovranazionale ad istituti e a principi dell'ordinamento nazionale.

Sulla base di quanto prevedono le disposizioni comunitarie, l'ambito applicativo del Decreto legislativo è molto settoriale sia sotto il profilo soggettivo, sia sotto quello oggettivo.

Dal punto di vista soggettivo, la normativa comunitaria non concerne qualsiasi tipo di prestatore “*di un servizio nella società dell'informazione*”, ma, in base al combinato disposto delle lettere *a)* e *b)* dell'articolo 2 della Direttiva, riguarda solo persone, fisiche e giuridiche, che svolgono abitualmente un'attività economica su *internet* o un qualsiasi genere di servizio, in cambio di una remunerazione, a distanza, per via elettronica e a seguito di una richiesta individuale di un utente destinatario del servizio. Sono, così, esclusi tutti quei soggetti che prestano i servizi per scopi non imprenditoriali, come i soggetti amatoriali ²²¹.

²²¹ A. Leocani, *La Direttiva UE sul commercio elettronico: cenni introduttivi*, in *Europa e diritto*

Secondo parte della dottrina, agendo in tal modo, si è persa l'importante occasione di regolamentare le attività prive di scopo di lucro; come d'altronde spesso accade nella normativa europea, la quale è principalmente attenta ai soli aspetti economici del commercio elettronico²²². Questa impostazione trascura la regolamentazione positiva di importanti aspetti dell'azione in *internet* e non considera nemmeno un ulteriore fattore fondamentale relativo alla definizione della regime di responsabilità del prestatore di servizi. Come detto precedentemente, il *web* non è solo uno spazio di commercio ma, primariamente, è un luogo dove si scambiano informazioni ed idee (*marketplace of ideas*). Quest'ultimo aspetto, coinvolgendo i diritti fondamentali della persona, ha un ruolo principale nell'individuazione del regime della responsabilità, poiché si pone come un limite dell'esigibilità di un eventuale obbligo di agire in capo al fornitore di servizi telematici²²³. Sul piano oggettivo, il Decreto Legislativo si occupa di disciplinare fattispecie tassative e tipiche di esonero della responsabilità relativamente a solo tre tipi di attività del fornitore di servizi, secondo la classificazione della norma europea: *mere conduit*, *caching* e *hosting*²²⁴. In tale situazione, tutte le altre attività non considerate dalla Direttiva, come quella del *content provider*, devono essere regolamentate dal Legislatore nazionale in base ai principi posti dalle disposizioni comunitarie. L'articolo 17 del D.Lgs. 70/03, come norma di chiusura stabilisce la mancanza dell'obbligo generale in capo al *provider* sia di sorveglianza sulle informazioni memorizzate e trasmesse, ma anche di ricercare attivamente circostanze e fatti che indichino la presenza di attività illecite in *internet*²²⁵.

privato, pp. 650 e ss., 2004.

²²² cfr., M. De Cata, *La responsabilità civile dell'internet service provider*, pp. 189 e ss., Giuffrè, Milano, 2010.

²²³ L. Giacobuzzi, *La responsabilità del provider*, in *www.diritto.it*.

²²⁴ A. Putignani, *Sul provider responsabilità differenziate*, in *Guida al diritto*, n°20, pp. 47 e ss., 2003.

²²⁵ L'articolo in analisi, denominato "Assenza dell'obbligo generale di sorveglianza", stabilisce: "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

Con questa previsione fondamentale si superano, in via definitiva, tutte quelle pronunce della giurisprudenza che in passato hanno più volte individuato l'obbligo di sorveglianza del *provider*, nonché le tesi dottrinali che riconducevano l'attività del fornitore di servizi, nello specifico quella di *hosting*, nella disciplina della responsabilità per cose in custodia, *ex art. 2051 c.c.*, e per attività pericolose, *ex art. 2050*²²⁶. Il secondo ed il terzo comma dell'articolo 17, inoltre, stabiliscono l'obbligo del *provider* di cooperare con le autorità. Per la sua posizione infungibile e particolare, egli deve informare l'autorità giudiziaria o amministrativa di vigilanza senza ritardo, ogniquale volta egli venga a conoscenza di presunte informazioni o attività illecite relative ad un destinatario di un proprio servizio della società dell'informazione. E', anche, obbligato a fornire, senza indugio e su richiesta delle competenti autorità, tutte le informazioni che possiede che permettano di identificare l'utente col quale ha accordi di memorizzazione dei dati, con lo scopo di individuare e prevenire la commissione di illeciti. Quest'ultimo obbligo presuppone che il *provider* conservi i dati dei propri clienti, così di impedire la presenza di utenti totalmente anonimi in rete. Egli è, infine, responsabile civilmente se, su richiesta delle autorità competenti, non agisce prontamente per impedire che gli utenti accedano a contenuti illeciti, oppure, se essendo a conoscenza dell'illiceità di tali contenuti, non ne dia notizia alle medesime autorità. In ogni caso, il *provider* è il destinatario di provvedimenti di natura cautelare, aventi lo scopo di prevenire o far cessare gli effetti dell'illecito. A riguardo, parte della giurisprudenza ha argomentato la propria posizione att

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".

²²⁶ G. Facci, *La responsabilità extracontrattuale dell'internet provider*, in Responsabilità civile e previdenza, pp. 138 e ss. Giuffrè, Milano, Gennaio/ Febbraio 2002.

a negare la legittimazione passiva del prestatore di servizi nei procedimenti cautelari anche in presenza di eccezioni che escludono la responsabilità sostanziale del medesimo, rifacendosi al principio di corrispondenza fra tutela cautelare e di merito ²²⁷ .

Però, se si considera la funzione del *provider*, il quale svolge un'attività infungibile nei servizi in rete, l'accoglimento di questa tesi creerebbe una chiara lesione dei diritti previsti dalla legge ²²⁸ .

Di contro, gli articoli da 14 a 17 del Decreto hanno stabilito, non solo le fattispecie di irresponsabilità, ma, allo stesso tempo, hanno previsto situazioni tipiche di tutela cautelare ²²⁹ .

Essendo una tutela cautelare tipizzata, l'onere della prova grava in capo al danneggiato solo in relazione al *fumus boni iuris*, in quanto si ritiene non necessaria la prova del *periculum in mora* per effetto della tipizzazione legislativa.

Bilanciando gli interessi contrapposti, se si considera che la tutela del danneggiato sia stata indebolita a vantaggio dell'irresponsabilità del prestatore di servizi; di contro, la tutela cautelare di quest'ultimo viene rafforzata. E', quindi, fondamentale considerare i presupposti delle fattispecie di irresponsabilità previste dalle disposizioni normative.

2.4.1 - La normativa italiana in materia di responsabilità per l'attività di semplice trasporto

L'articolo 14 del D.Lgs. 70/03 regola l'attività di *mere conduit* equiparandola a quella del *common carrier* ²³⁰ .

²²⁷ Tribunale di Milano, Sezione Speciale PII, 3 Giugno 2006.

²²⁸ M. De Cata, *op. cit.*, pp. 193 e ss.

²²⁹ Tribunale di Bari, 13 Giugno 2006.

²³⁰ L'articolo in analisi, rubricato "*responsabilità nell'attività di semplice trasporto – Mere conduit-*", prevede che:
 "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;

La norma sancisce l'irresponsabilità del *provider* se questo non dia origine alla trasmissione, non ne sceglie il destinatario e non selezioni o modifichi le informazioni trasmesse.

L'espressione "*non dia origine alla trasmissione*" non va intesa in modo letterale, in quanto il fornitore di servizi tecnicamente da sempre origine alla trasmissione di dati, ma secondo un metodo teleologico. La *ratio* alla base dell'esclusione della responsabilità si trova nel carattere, passivo, automatico e tecnico del servizio fornito dal *provider*, il quale, però, resta estraneo alla creazione e al controllo del contenuto dei dati che trasmette, come prevede il Considerando 42 della Direttiva 31/2000/CE²³¹. Esso, infatti, prevede che questo genere di attività è "*di ordine meramente tecnico, automatico e passivo*"; ciò implica che il fornitore di servizi "*non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate*"²³². Quindi, l'esclusione della responsabilità viene meno quando il *provider* partecipa in modo attivo al procedimento di trasmissione; in altre parole, quando esso stabilisce un rapporto qualificato con le informazioni che diffonde, sia da un punto di vista contenutistico (creando, selezionando o modificando i dati comunicati) che da un punto di vista relativo alla determinazione dei destinatari²³³.

-
- 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 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".

²³¹ G. Arnò - G. Lista, *Il commercio elettronico alla luce delle recenti iniziative comunitarie*, in *Contratti*, pp. 1060 e ss., 2000.

²³² Il Considerando in analisi prevede che: "*Le deroghe alla responsabilità stabilita nella presente direttiva riguardano esclusivamente il caso in cui l'attività di prestatore di servizi della società dell'informazione si limiti al processo tecnico di attivare e fornire accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni messe a disposizione da terzi al solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione. Siffatta attività è di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, il che implica che il prestatore di servizi della società dell'informazione non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate*".

²³³ A. Leocani, *La Direttiva UE sul commercio elettronico, cenni introduttivi*, in *Europa e diritto privato*, pp. 651 e ss., 2004.

L'attività di memorizzazione automatica intermedia e transitoria viene anche ricondotta al secondo comma dell'articolo 14 del Decreto Legislativo, riguardante l'attività *mere conduit* e le esenzioni della responsabilità connesse, a condizione che questa attività sia intrinsecamente necessaria alla trasmissione dei contenuti in *internet*, rispettando rigorosi criteri. In caso contrario, come si evince dalla lettura della disposizione, la pena è la perdita dell'esclusione della responsabilità. La memorizzazione, *in primis*, deve essere automatica, cioè immune da rapporti qualificati con il prestatore, il quale, quindi, non deve né modificarla né prenderne visione. Deve, inoltre, essere intermedia e transitoria, ergo prettamente strumentale al procedimento di trasmissione, anche da un punto di vista cronologico, così da non superare "*il tempo ragionevolmente necessario a tale scopo*". I criteri maggiormente rilevanti sono la "ragionevolezza", parametro fondamentale in materia di *law and technology*, ed il criterio temporale²³⁴. Il mancato rispetto di tali condizioni porterà l'attività svolta dal *provider* all'applicazione della disciplina prevista per l'*hosting*, il *caching* o anche per il *content providing*. Per il superamento dei criteri di esclusione della responsabilità, particolarmente quello cronologico, questi dovranno essere valutati in modo concreto, considerando anche il mezzo tecnologico utilizzato e i suoi velocissimi cambiamenti, e tenendo sempre a mente il fondamentale principio di ragionevolezza²³⁵.

Il livello di diligenza del prestatore di servizi richiesto per l'attività *mere conduit* è particolarmente basso: se il servizio mantiene un carattere neutro, il *provider* è solamente obbligato a cooperare attivamente e prontamente con le autorità giudiziaria o amministrativa di vigilanza le quali, avendo individuato un illecito, chiedono ad esso di farlo cessare o di impedire che venga reiterato tramite strumenti tecnologici, come la disabilitazione dell'accesso al *web*,

²³⁴ S. Sica, *Le responsabilità civili*, in *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*. Pp.281 e ss., Giuffrè, Milano, 2005.

²³⁵ M. De Cata, *op. cit.*, pp. 194 e ss.

come previsto dall'articolo 14, comma 3.

2.4.2 – La responsabilità per attività di *caching* nell'ordinamento italiano

La seconda attività presa in esame dal D.Lgs. 70/03 è il *caching*. Questo viene disciplinato dall'articolo 15, rubricato “*Responsabilità nell'attività di memorizzazione temporanea -caching*”²³⁶.

Il *caching* consiste nell'attività di memorizzazione automatica, temporanea e intermedia di dati, non finalizzata alla trasmissione, bensì a massimizzare l'efficacia della successiva comunicazione di questi ad altri utenti su loro richiesta.

Infatti, questo servizio crea delle copie di pagine ipertestuali (dette proprio “copie *cache*”) maggiormente frequentate dagli utenti. Nel caso in cui venga copiato l'intero sito *web*, si parla di attività di *mirroring*. Lo scopo di tale attività è, come detto precedentemente, rendere più facile e veloce la ricerca su *internet*, facendo venire meno la necessità di connettersi ai *server* contenenti i siti originali, i quali, spesso, si trovano in luoghi molto remoti, per essere esaminati. Rientra nell'attività di *caching* anche quella svolta dal c.d. *proxy server*, la cui utilità riguarda soprattutto la sicurezza della navigazione.

²³⁶ La norma in analisi stabilisce che: “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”.

I *proxy server*, infatti, vengono solitamente usati con un *firewall* al fine di creare delle zone di navigazione e di consultazione sicure, cioè prive di virus o altre analoghe insidie.

L'articolo 15 prevede che il *provider* che offre un servizio di *caching* non è responsabile quando: non modifica i dati memorizzati, si uniforma alle condizioni di accesso alle informazioni e si conformi alle disposizioni di aggiornamento delle informazione, indicate dalle imprese del settore. Inoltre, esso non deve interferire sull'utilizzo lecito di tecnologie largamente diffuse nel settore allo scopo di ottenere dati relativi al servizio offerto. Infine, il fornitore di servizi deve agire prontamente nella rimozione di informazioni memorizzate o deve disabilitarne l'accesso, nel momento in cui venga effettivamente a conoscenza che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove inizialmente erano allocate, oppure nel caso in cui un autorità giudiziaria o amministrativa di vigilanza ne abbia disposto la rimozione o la disabilitazione.

E' chiara la *ratio* delle prime due condizioni poste: il *provider* non può essere considerato responsabile se rimane neutrale rispetto alle informazioni memorizzate, se non le modifica e se non ne consente l'accesso a condizioni differenti da quelle stabilite per le informazioni originali ²³⁷ . Non è, invece, subito chiara la disposizione prevista alla lettera *d*), secondo la quale il *provider* è obbligato a non interferire con l'utilizzo lecito degli strumenti tecnologici al fine di ottenere dati sulle modalità di impiego delle informazioni. Questa norma potrebbe riferirsi alla protezione di opere di ingegno in formato digitale, previste dal D.Lgs. 68/03, oppure al divieto per il fornitore di servizi di impedire all'autore delle informazioni originali di ricavare dati anche mediante le copie sull'identità e le caratteristiche degli utenti ²³⁸ .

Le lettere *c*) ed *e*) dell'articolo in analisi, invece, prescrivono un grado di diligenza maggiore rispetto al servizio di *mere conduit*, imposto dall'esigenza

²³⁷ Un esempio potrebbe essere consentire l'accesso gratuito alla copia di un originale, il quale è accessibile solamente dietro pagamento.

²³⁸ E. Sanna, *Il regime di responsabilità dei providers intermediari di servizi della società delle informazione*, in *Responsabilità civile e previdenza*, pp. 288 e ss., 2005.

di aggiornare continuamente le copie rispetto alle versioni originali. Il problema si pone maggiormente quando si tratta della tutela del diritto all'oblio 239

La condizione che esclude la responsabilità *ex lett c)*, cioè l'obbligo di rispettare le norme di aggiornamento delle informazioni, ha spinto una parte della dottrina a ritenere che questa norma possa comportare l'introduzione di un livello di diligenza oltremodo elevato, in relazione al tipo di servizio offerto dall'intermediario 240

Un'altra parte della dottrina non ritiene condivisibili queste preoccupazioni. Tali autori ritengono che il *provider* non ha l'obbligo di predisporre qualsiasi tipo di misura di aggiornamento che la più avanzata tecnologia permetta, bensì sono sufficienti solamente le misure largamente “*riconosciute ed utilizzate dalle imprese del settore*”.

Essi, quindi, devono attenersi al grado di diligenza del buon professionista²⁴¹. Sempre in tema di obbligo per l'intermediario di aggiornamento, la *lett. e)* del medesimo articolo 15 stabilisce come condizione per l'esclusione della responsabilità che il prestatore di servizi rimuova le copie i cui originali sono stati cancellati.

Questo obbligo sembra essere particolarmente impegnativo per il *provider*, in quanto presuppone che egli sia a conoscenza dell'effettiva cancellazione o dell'ordine di cancellazione da parte di un autorità dell'informazione originale. Per tale ragione si basa su un tipo di negligenza differente da quella prevista dalla lettera c).

Infatti, sempre considerando quanto impone l'art. 15, *lett. c)*, il prestatore di servizi è ritenuto responsabile ogniqualvolta rimane inerte in seguito ad una comunicazione, che si presume provenga da un soggetto interessato, che lo faccia venire a conoscenza in maniera effettiva della rimozione o dell'ordine di rimozione posto da una delle autorità competenti dell'originale.

²³⁹ G. B. Ferri, *Diritto all'informazione e diritto all'oblio*, in *Rivista di diritto civile*, pp. 802 e ss., 2007.

²⁴⁰ R. D'arrigo, *La responsabilità degli intermediari nella nuova disciplina del commercio elettronico*, in *Danno e responsabilità*, pp. 249 e ss., 2004.

²⁴¹ M. De Cata, *op. cit.*, pp. 196 e ss.

Il requisito dell' "effettiva conoscenza", e non solamente di quella potenziale, ha lo scopo di diminuire considerevolmente l'obbligo di diligenza del *provider*.

2.4.3 – La disciplina italiana della responsabilità dell'*hosting provider*

L'articolo 16 del Decreto Legislativo, rubricato "*Responsabilità nell'attività di memorizzazione di informazioni - hosting*", stabilisce la disciplina per l'attività di *hosting*, il quale costituisce uno dei temi più delicati della responsabilità dei prestatori di servizi della società dell'informazione. Questa attività si caratterizza per un elevato grado di rischio dovuto alla permanenza duratura dei dati in *internet*. Per tale motivo, è richiesto un livello di diligenza del *provider* maggiore rispetto alla prestazione di altri servizi. Infatti, il prestatore di servizi di *hosting* è responsabile se ha la conoscenza effettiva del fatto che l'attività o l'informazione che egli ospita sia illecita e, per quanto concerne eventuali azioni risarcitorie, non abbia nozione di fatti o circostanze tali da rendere manifesta l'illiceità dell'informazione o dell'attività in questione. L'intermediario è, inoltre, responsabile nel caso in cui, a seguito di una comunicazione delle autorità competenti, non agisca prontamente al fine di rimuovere o disabilitare l'accesso alle informazioni ²⁴². Bisogna, anche, aggiungere che quanto disposto dal primo comma

²⁴² L'articolo 16 del D.Lgs. 70/03 prevede che:
"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".

dell'articolo in analisi non si applica nel caso in cui l'utente destinatario del servizio agisce sotto il controllo o l'autorità del *provider*. Se si verifica tale situazione, la responsabilità ricadrà integralmente in capo al fornitore di servizi.

L'articolo 17 del D.Lgs. 70/03 stabilisce, come norma di chiusura, l'inesistenza di un obbligo generale di sorveglianza o di ricerca di atti illeciti per i prestatori di servizi. Mediante questa norma, il Legislatore non ha solo voluto ricondurre la questione della responsabilità civile nel campo del principio di colpa, ma ha anche recepito e codificato precedenti posizioni giurisprudenziali e dottrinali che escludevano l'obbligo di vigilanza sui dati immessi dagli utenti, in quanto non esigibile. Tuttavia, le esenzioni dalla responsabilità non hanno solamente eliminato dall'ambito applicativo della sanzione certe condotte omissive, ma hanno anche incluso determinati comportamenti negativi. Di fatti, anche se enunciate come condizioni negative, le esenzioni non prevedono l'irresponsabilità dell'intermediario in certi casi tassativi previsti, ma, viceversa, sanciscono fattispecie che fanno sorgere la responsabilità del *provider*.

Le esenzioni presenti non escludono sanzioni per comportamenti positivi, ma stabiliscono la responsabilità per condotte negative. Allora, la disciplina della responsabilità del prestatore di servizi non riconduce la stessa nel campo della colpa generica, bensì nell'ambito specifico della colpa omissiva²⁴³.

Nell'ambito della responsabilità per questo genere di colpa, bisogna porre particolare attenzione al pericolo che l'inosservanza del comportamento stabilito dalla legge non si tramuti automaticamente in un giudizio di responsabilità per la medesima violazione della condotta²⁴⁴. In tale situazione, la colpa in *re ipsa* sarebbe considerata equivalente

²⁴³ F. Cafaggi, *Profili di relazionalità della colpa. Contributo ad una teoria della responsabilità extracontrattuale*, pp. 95 e ss., CEDAM, Padova, 2006.

²⁴⁴ F. Di Ciommo, *Diritti della personalità tra media tradizionali e avvento di internet*, in G. Comandé, *Persona e tutele giuridiche*, pp. 6 e ss., Giappichelli, Torino, 2004.

all'introduzione di una sorta di velata forma di responsabilità oggettiva²⁴⁵. Infatti, la responsabilità che sorge per la violazione di una condotta tipizzata è sempre basata sulla colpa, specifica o non generica, e, quindi, non può prescindere da un giudizio di esigibilità dell'azione o dell'omissione tenuta dal *provider*.

In ogni caso, le disposizioni del Decreto Legislativo prevedono tassative ipotesi di responsabilità, così da fornire una normativa chiara circa le posizioni che determinano la responsabilità per colpa omissiva in capo al fornitore di servizi.

L'aver ricondotto la responsabilità del *provider* all'ambito della colpa omissiva, tuttavia, non ha dissipato tutti i dubbi precedenti all'intervento del Legislatore.

Le maggiori incertezze interpretative riguardano principalmente l'attività di *hosting* che, come detto precedentemente, costituisce un punto centrale del tema della responsabilità civile dell'intermediario.

I maggiori dubbi riguardano il senso e la portata della norma *ex art. 16 D.Lgs. 70/03* sulla attività di memorizzazione di informazioni.

A tale proposito, innanzitutto è sorto il problema interpretativo se entrambe le ipotesi previste dall'art. 16 devono esistere allo stesso tempo per far sorgere la responsabilità, oppure se questa sorga anche solo al verificarsi di una delle due: ci si domanda se le due norme previste configurino una sola fattispecie complessa oppure due fattispecie alternative una dall'altra.

La seconda interpretazione appare essere corretta²⁴⁶.

Di fatti, logicamente non avrebbe senso pensare che il *provider* che rimane inerte venga ritenuto responsabile nel caso in cui sia effettivamente a conoscenza dell'illiceità dei dati immessi e, per di più, via sia anche la comunicazione da parte di una autorità competente. Questa interpretazione sostanzialmente conduce a ritenere che la previsione *ex lett. a)* sia inutile, esigendo che, per l'elemento soggettivo dell'illecito, ci sia

²⁴⁵ G. Cassano, *Diritto dell'internet*, p. 352, Giuffrè, Milano, 2005.

²⁴⁶ L. Bugiolacchi, *La responsabilità dell'host provider alla luce del D.Lgs. 70/03: esegesi di una disciplina dimezzata*, in *Responsabilità civile e previdenza*, pp. 200 e ss., 2005.

sempre una comunicazione da parte dell'autorità giudiziaria o amministrativa di vigilanza, prescindendo dall'effettiva conoscenza dell'intermediario sull'esistenza di dati illeciti. L'interpretazione in questione sembra voler deresponsabilizzare il fornitore di servizi che, senza uno specifico ordine di rimozione o di disabilitazione delle autorità competenti, sarebbe esente da ogni tipo di responsabilità, nonostante sia effettivamente a conoscenza dell'illiceità delle informazioni memorizzate

247

Non è nemmeno chiara l'interpretazione del rapporto che intercorre fra le due fattispecie alternative ex art. 16.

Senza alcun dubbio, il *provider* è responsabile nel caso in cui, essendo già a conoscenza del fatto illecito, rimanga inerte; oppure se, non avendo notizia dell'illecito, non ottemperi prontamente all'ordine di rimozione inviato dall'autorità competente.

Se, invece, il fornitore di servizi conosce l'esistenza di un'attività illecita, si può pensare che l'inottemperanza dell'ordine ricevuto possa aggravare il grado della responsabilità dello stesso.

Un'analisi del rapporto che intercorre fra le ipotesi in questione può aiutare a chiarire quali siano gli obblighi, nonché l'ambito di responsabilità, del prestatore di servizi.

I maggiori dubbi sono relativi la *lett. a)*, comma 1 dell'articolo 16. Questo contrappone l'effettiva conoscenza del fatto illecito alla conoscenza di fatti o circostanze che, nelle azioni risarcitorie, rendono tale illiceità manifesta

248

Non può essere avanzato, invece, nessun dubbio sul corretto significato dell'espressione "effettiva conoscenza".

Questa è ripresa dalla locuzione "*actual knowledge*" presente nel *Digital Millennium Copyright Act* statunitense ed indica inequivocabilmente "*un dato cognitivo effettivo cui non può essere equiparata la conoscibilità, neppure se*

²⁴⁷ M. De Cata, *op. cit.*, p. 201.

²⁴⁸ G. Facci, *La responsabilità del provider*, in C. Rossello – G. Finocchiaro – E. Tosi, *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale*, pp. 142 e ss., Giappichelli, Torino, 2003.

qualificata dalla conoscenza di particolari circostanze (constructive knowledge)”²⁴⁹

Qualche problema può, invece, sorgere circa i modi di acquisto dell’effettiva conoscenza da parte del prestatore di servizi. A proposito, il *DMCA* prevede dei requisiti parecchio formali. Se questi mancano, non sorge alcuna responsabilità, né alcun obbligo in capo al *provider*.

Il Legislatore italiano non ha prescritto nessun tipo di requisito; per tale ragione, si ritiene che l’effettiva conoscenza possa essere acquisita in ogni modo: può derivare, ad esempio, dalle operazioni svolte da un *software* filtraggio, dalla segnalazione da parte di un soggetto che si ritiene essere stato danneggiato, ma anche da una comunicazione anonima, a condizione che sia circostanziata e seria²⁵⁰.

Per quanto concerne il disposto normativo, parte della dottrina e della giurisprudenza ritiene che, mediante la contrapposizione fra la conoscenza effettiva dell’informazione illecita e la conoscenza di altre circostanze che rendano l’illiceità manifesta *ex* articolo 16, *lett. a)*, si farebbe riferimento a due tipologie diverse di responsabilità, cioè civile e penale²⁵¹.

Seguendo questa tesi, l’*internet provider* verrebbe considerato responsabile penalmente nel caso in cui, essendo a conoscenza che vi è una informazione illecita memorizzata, non la rimuova.

La responsabilità civile sorgerebbe, invece, se resta inerte dinanzi ad un’informazione “*manifestamente illecita*”; e non “*semplicemente illecita*”²⁵².

Per perseguire civilmente l’*internet provider* è, comunque, necessario sia effettivamente a conoscenza della presenza dei dati illeciti memorizzati su un proprio *server*.

Un’altra parte della dottrina non ritiene valida questa tesi, *in primis* poiché

²⁴⁹ M. De Cata. *Op. cit.*, p. 202, cit.,

²⁵⁰ Questa dottrina è stata esposta anche dalla *Prima Relazione del Parlamento Europeo e del Consiglio* circa l’applicazione della Direttiva 31/2000/CE.

²⁵¹ Tribunale di Bari, 13 Giugno 2006; G. M. Riccio, *La responsabilità degli internet provider nel d.lgs. n.70/03*, in *Danno e responsabilità*, pp. 1151 e ss., 2003.

²⁵² G. Facci, *op. cit.*, p. 145, cit.

ritiene insolito che il Legislatore richieda un'intensità maggiore dell'elemento soggettivo per la responsabilità civile rispetto a quella penale. Inoltre, considera il fatto che l'articolo 21 del D.Lgs. 70/03, nell'indicare gli obblighi penalmente rilevanti previsti dal Decreto, non faccia nessun riferimento agli articoli 16 e 17 del medesimo ²⁵³. Secondo una diversa posizione dottrinale²⁵⁴, l'articolo 16 non definisce due tipi di responsabilità dell'intermediario ma solamente quella civile ²⁵⁵. La contrapposizione fra manifesta illiceità e conoscenza dell'illiceità, secondo questa tesi, invece, si riferirebbe ai due criteri di imputazione della colpa e del dolo ²⁵⁶.

Questa argomentazione è stata accolta anche dal Tribunale di Catania in una pronuncia del 2004. Il giudice spiega come la responsabilità del prestatore “*si configura, alla stregua di una responsabilità soggettiva: colposa, allorché il fornitore del servizio, consapevole della presenza sul sito di materiale sospetto, si astenga dall'accertarne l'illiceità e, al tempo stesso di rimuoverlo; dolosa quando egli sia consapevole anche dell'antigiuridicità della condotta dell'agente e, ancora una volta, ometta di intervenire*” ²⁵⁷. Se si accetta la tesi riportata, la responsabilità derivante da una condotta omissiva dell'*internet provider* si dovrebbe spostare dalla conoscibilità del contenuto illecito, su cui si fondava la giurisprudenza antecedente il D.Lgs. 70/03, al piano della conoscibilità dell'illiceità del contenuto. In altre parole, considerando che è sempre necessaria l'effettiva conoscenza, la mancata azione del prestatore farebbe sorgere la responsabilità civile a titolo di colpa se egli non aveva la piena certezza dell'illiceità del materiale memorizzato; in caso contrario, sarebbe imputabile a titolo di dolo. Questo nuovo obbligo per il *provider* di accertare correttamente l'illiceità dei dati fissati sui propri *server*, per poi procedere a rimuoverli immediatamente,

²⁵³ D. Minotti, *Responsabilità penale, il provider è tenuto ad attivarsi?*, in *www.interlex.it*.

²⁵⁴ G. Cassano, *op. cit.*, pp. 366 e ss.

²⁵⁵ L. Nivarra, *Responsabilità del provider*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, pp. 1189 e ss., 2003.

²⁵⁶ I. P. Cimino, *Il nuovo regime della responsabilità dei provider: verso la creazione di un nuovo censore telematico*, in *Contratti*, pp. 80 e ss., 2004.

²⁵⁷ Tribunale di Catania, 29 Giugno 2004.

ha fatto sorgere preoccupazioni sotto vari profili; particolarmente, se si accoglie la tesi che sanziona penalmente la violazione di tale imposizione. Si è delineata subito una questione conosciuta come “dilemma del *provider*”²⁵⁸. Di fronte ad una diffida di rimuovere una certa informazione da parte di un soggetto che si ritiene danneggiato, il prestatore si troverebbe di fronte ad un bivio: non rimuovere l’informazione in questione, esponendosi ad eventuali richieste risarcitorie del danneggiato, oppure, al contrario, assecondare la richiesta e rischiare di andare incontro a pretese risarcitorie da parte dell’utente che riesce a dimostrare in sede giudiziaria la liceità del materiale rimosso²⁵⁹.

Quindi la situazione porterebbe il *provider* di fronte alla responsabilità contrattuale verso un proprio cliente ed alla responsabilità extracontrattuale verso il soggetto danneggiato ingiustamente²⁶⁰.

La situazione esposta potrebbe ancora aggravarsi considerando che il Legislatore italiano non si è conformato al Considerando 40 della Direttiva 31/2000/CE, il quale prevedeva una sorta di sistema di “*notice and take down*” che si rifà all’istituto previsto dal *DMCA*²⁶¹.

Questo procedimento, anche se discutibile poiché estromette da ogni tipo di valutazione circa la liceità del materiale un soggetto qualificato²⁶², si è, comunque rivelato una valida soluzione in termini di diritto positivo. Se, quindi, l’interpretazione dell’art.16 analizzata dovesse essere quella corretta, si verrebbe a creare parecchia incertezza fra i soggetti coinvolti, *in primis* i *provider*, a causa della mancanza di criteri univoci a cui riferirsi in presenza di dubbi circa l’esistenza dell’obbligo di rimozione²⁶³.

L’opinione di una parte della dottrina ha suggerito di riferirsi al codice di

²⁵⁸ M. De Cata, *op. cit.*, pp. 204 e ss.

²⁵⁹ M. Cammarata, *Sotto torchio gli operatori della rete*, inoltre, *Le trappole nei contratti di hosting*, in www.interlex.it

²⁶⁰ A. Ghibellini, *ISP sempre più responsabili*, in www.assoprovider.it

²⁶¹ L. Bugiolacchi, *La responsabilità dell’host provider alla luce del d.lgs.70/2003: esegesi di una disciplina dimezzata*, in *Responsabilità civile e previdenza*, pp. 200 e ss., 2005.

²⁶² Per soggetto qualificato si intende un soggetto che abbia un ruolo nel funzionamento della rete e nel rapporto con le parti interessate.

²⁶³ L. Trucco, *Pubblicazione di immagini personali in rete e responsabilità del provider*, in *Diritto di internet*, pp. 564 e ss., 2006.

autoregolamentazione dei *provider* ²⁶⁴ .
 Questa soluzione, però, non sarebbe adeguata poiché di natura non normativa e, di conseguenza, non vincolante verso tutti i prestatori di servizi coinvolti. Se non è possibile individuare dei riferimenti normativi, i criteri a cui dovrebbero attenersi gli *internet provider* dovrebbero essere stabiliti da pronunce giurisprudenziali: così procedendo, però, si formerebbe una giurisprudenza nazionale ineluttabilmente differente da quella degli altri Paesi membri dell'Unione Europea.
 Il risultato che si raggiungerebbe in tal modo esula nettamente dallo scopo della Direttiva 31/2000/CE, ergo realizzare un quadro giuridico unitario a livello comunitario.
 E', inoltre, probabile che il prestatore di servizi, in mancanza di criteri giuridici univoci a cui conformarmi, nell'incertezza dell'obbligo di rimozione, verrà influenzato da fattori di tipo economico più che giuridici, favorendo gli interessi dei soggetti finanziariamente più affidabili ²⁶⁵ .
 Tutto ciò va a scapito di quelli più deboli, come persone fisiche, piccole imprese o, anche, enti no-profit, cioè quell'insieme di entità che usano il *web* a scopo non professionale e principalmente come un mezzo per l'espressione di proprie idee ²⁶⁶ .
 Se, quindi, si considera *internet* come luogo dove è possibile esercitare i propri diritti fondamentali, cioè un "*marketplace of ideas*", l'obbligo del *provider* in analisi ha fatto sorgere molte preoccupazioni in parte della dottrina poiché gli attribuirebbe una sorta di funzione censorie della libera manifestazione del pensiero ²⁶⁷ .
 In tal senso, se l'interpretazione dell'art. 16 del D.Lgs. 70/03 in esame fosse quella corretta, si dovrebbe fortemente dubitare della legittimità costituzionale della norma, in quanto contrasterebbe con l'articolo 21 della Costituzione che

²⁶⁴ G. Cassano – F. Buffa, *Responsabilità del content provider e dell'host provider*, in *Il Corriere Giuridico*, pp. 77 e ss., 2003.

²⁶⁵ A. Cerri, *Telecomunicazioni e diritti fondamentali*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, pp. 785 e ss., 1996.

²⁶⁶ P. Costanzo, *Aspetti evolutivi del regime giuridico di internet*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, pp. 830 e ss., 1996.

²⁶⁷ M. Monti, *Provider e responsabilità nella legge comunitaria 2001*, in www.interlex.it.

tutela la libertà di manifestazione del pensiero ²⁶⁸ .

Un'altra parte di autorevole dottrina ha avanzato un'ulteriore interpretazione dell'articolo 16. Questa divide il requisito della conoscenza effettiva prevista dalla prima parte della norma dalla seconda parte della medesima, riguardante l'espressione “*nelle azioni risarcitorie*”, per considerarlo come un autonomo presupposto degli obblighi dell'*host provider* ²⁶⁹ .

La conoscenza effettiva dell'informazione, così, impone al fornitore di servizi di rimuoverla nel caso in cui sia manifestamente illecita. In caso di omissione, egli è civilmente responsabile, come dimostrabile dall'espressione “*nelle azioni risarcitorie*”.

Inoltre, in caso di liceità dubbia, il *provider* è obbligato a dare informazione alle autorità competenti, come si potrebbe desumere dal contenuto dell'articolo 17, comma 2, *lett. a)*: “*qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite*” ²⁷⁰ .

Dall'analisi delle disposizioni sulla responsabilità del prestatore di servizi della società dell'informazione sembra che l'obbligo di collaborazione, che può configurarsi come una denuncia, una comunicazione o una rivelazione di dati, non sussista per ogni tipo di illecito ma solo per fattispecie penalmente rilevanti di particolare gravità ²⁷¹ .

Da questa disciplina deriverebbe l'effetto di non deresponsabilizzare completamente il *provider*, imponendogli l'obbligo di segnalazione, ma di riservare l'accertamento della illiceità dei materiali a soggetti istituzionalmente demandati a tale funzione.

Il prestatore di servizi è, comunque, collegato a questi soggetti poiché deve successivamente dare attuazione alle decisioni da loro prese ²⁷² .

Parte di autorevole dottrina ritiene l'interpretazione in analisi decisamente più

²⁶⁸ G. Cassano – I. P. Cimino, *Il nuovo regime di responsabilità dei providers. Verso la creazione di un novello “censore telematico”*, in *Contratti*, pp. 95 e ss., 2004.

²⁶⁹ M. De Cata, *op. cit.*, pp. 207.

²⁷⁰ A. Manna, *Considerazioni in tema di responsabilità penale dell'internet provider in tema di pedofilia*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, pp. 144 e ss., 2001.

²⁷¹ L. Picotti, *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di internet*, pp. 314 e ss., Padova, 2004.

²⁷² G. Cassano – F. Buffa, *Responsabilità del content provider e dell'host provider*, in *Il Corriere Giuridico*, p. 76, 2003.

coerente al modello di responsabilità soggettiva dell'intermediario di servizi. Prima dell'intervento del Legislatore nel 2003, un fondamentale quesito riguardava l'obbligo del *provider* di controllare le informazioni caricate sui suoi *server* ed, in particolare, il livello di diligenza esigibile in base alle diverse caratteristiche dei servizi offerti. L'esame delle caratteristiche del servizio di *hosting* rivelava nettamente che il fornitore di servizi non poteva controllare l'illiceità del materiale caricato sui *server*, principalmente a causa della sua estesa mole. Quindi, fissare la responsabilità per omessa vigilanza, avrebbe comportato l'applicazione di una sorta di responsabilità oggettiva nascosta. Ugualmente, dopo il D.Lgs. 70/03, bisogna domandarsi se le caratteristiche dell'*hosting* permettano al fornitore di verificare la liceità dei materiali ospitati e, di conseguenza, il grado di diligenza esigibile ²⁷³. Se in base alle caratteristiche del servizio non sia stato ritenuto che sussista un obbligo di controllo, questo non può nemmeno essere individuato in base alle qualità del suo prestatore ²⁷⁴. Infatti, il *provider* non possiede capacità giuridiche per determinare l'illiceità delle informazioni presenti nel proprio *server*. Tantomeno, può essere investito di tale funzione istituzionale. Il controllo di liceità delle informazione sembra essere esigibile solo se il materiale ospitato non sia solamente illecito, bensì anche “*manifestatamente illecito*”. In questa situazione, esso è individuabile come tale da ogni individuo con ordinaria diligenza e, quindi, anche da un soggetto non professionista del diritto come un *provider*. Alcuni esempi di illiceità manifesta sono notizie non verosimili o palesemente offensive e contraffazione di marchi famosi. Appare, comunque, peculiare che il Legislatore italiano, avendo escluso che l'articolo 17 imponga l'obbligo di ricercare attivamente materiali illeciti, abbia deciso di gravare il prestatore del dovere di accertare l'effettiva illiceità delle informazioni presenti in *internet*, senza eliminare, ma solamente spostando, una forma surrettizia di responsabilità oggettiva da un tempo precedente al

²⁷³ P. Forchielli, *La colpa nel diritto civile*, in *Enciclopedia giuridica*, 2004.

²⁷⁴ G. Comandè – S. Sica, *Il commercio elettronico*, pp. 227 e ss., Giappichelli, Torino, 2004.

caricamento di dati sul *web* ad un momento successivo. In modo analogo, il *Telemediengesetz* tedesco sancisce che l'*internet provider* sia civilmente responsabile solo se egli non abbia rimosso un dato che sia manifestatamente illecito.

In tal senso, bisogna rilevare che una parte della giurisprudenza italiana, sia antecedente che successiva al D.Lgs. 70/03, ha reputato che l'obbligo di rimozione sussiste solamente in presenza di dati manifestatamente illeciti²⁷⁵.

Molta attenzione è stata posta all'analisi dell'elemento soggettivo della colpa circa l'esigibilità della condotta del *provider*, inerentemente ad alcune osservazioni della dottrina relative al ruolo non istituzionale del prestatore di servizi nel sindacare l'illiceità di condotte di soggetti terzi e dei diritti fondamentali collegati a tali valutazioni²⁷⁶.

Il rispetto di alcuni fondamentali diritti, come la libertà di manifestazione del pensiero, la cui protezione non può essere deferita al prestatore, determina un limite invalicabile e un principio generale per il potere ed il dovere di condotta, prima che per l'esigibilità della condotta stessa²⁷⁷.

Un esempio può essere fatto relativamente all'eventuale responsabilità del intermediario per illeciti commessi tramite servizio di *e-mail*. Relativamente al contenuto di messaggi, trasmessi ed ospitati sul *server* del *provider*, chiaramente, si è escluso ogni tipo di obbligo di controllo e di intervento di questo e, quindi, anche qualsiasi genere di responsabilità per sue omissioni.

Il diritto alla segretezza della corrispondenza, previsto dall'articolo 15 della Costituzione, non ha solamente escluso l'obbligo di intervento ma è anche sanzionato con la norma *ex art. 616 c.p.*.

La valutazione dell'illiceità dei dati, quando non manifesta, non può essere richiesto né a chi non abbia le competenze tecniche, né a chi non abbia legittimazione istituzionale, nel caso in cui siano coinvolti dei diritti fondamentali costituzionalmente riconosciuti.

²⁷⁵ Tribunale di Firenze, 7 Giugno 2001; Tribunale di Napoli, 28 Dicembre 2001.

²⁷⁶ Tribunale di Milano, 16 Luglio 2007; Tribunale di Siracusa, 29 Giugno 2004; Tribunale di Arezzo, 7 Novembre 2006.

²⁷⁷ M. De Cata, *op. cit.*, p. 210.

Una volta ricostruito il quadro generale della responsabilità, bisogna domandarsi se non esistano altre condizioni di irresponsabilità in capo all'*host provider*.

A riguardo, la giurisprudenza francese precedente alla Direttiva 31/2000/CE si è chiesta se il prestatore di servizi non debba predisporre misure tecnologiche atte a ridurre il rischio della commissione di illeciti ²⁷⁸. Un'ulteriore questione riguarda l'ipotesi in cui, durante una controversia circa la liceità di un contenuto ospitato, il *provider* possa non rimuovere i dati in questione, attendendo una decisione delle autorità competenti, oppure debba necessariamente avvisare gli utenti dell'esistenza della controversia e delle rimostranze delle parti in causa. Secondo autorevole dottrina, in presenza di lesione di diritti della personalità, il fornitore è obbligato a ospitare repliche o precisazione provenienti dal soggetto che si ritiene danneggiato, in base al diritto di rettifica previsto dall'articolo 2 della Costituzione ²⁷⁹. La normativa sulla stampa prevede che, nel caso in cui un mezzo di comunicazione possa essere idoneo a ledere un diritto fondamentale di un soggetto, questo posseda il diritto soggettivo di ristabilire la sua idea di verità tramite il medesimo mezzo.

2.4.4 – La disciplina dell'articolo 17 del D.Lgs. 70/03

Per quanto riguarda altri obblighi di diligenza, l'articolo in analisi non ne prevede ulteriori; di fatti, oltre a stabilire l'assenza dell'obbligo di monitoraggio, prevede l'assenza dell'obbligo di ricercare attivamente gli illeciti commessi nel *web*. Questa norma pare deresponsabilizzare eccessivamente l'intermediario. Infatti, sempre considerando l'irresponsabilità per la mancata rimozione di informazioni illecite ospitate sui propri *server*, salvo colpa grave, una parte

²⁷⁸ G. Cassano, *Competenza territoriale per la diffamazione commessa attraverso internet*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, pp. 732 e ss., 2001.

²⁷⁹ R. Natoli, *La tutela dell'onore e della reputazione in internet: il caso della diffamazione anonima*, in *Europa e diritto privato*, pp. 470 e ss., 2001.

della dottrina ritiene che sarebbe stato opportuno stabilire l'obbligo di adottare misure tecnologiche, utilizzate dalle imprese del settore, come similmente prevede la norma che disciplina il *caching*²⁸⁰. In questa direzione, si era già spinto il Considerando 40 della Direttiva²⁸¹, il quale aveva invitato gli Stati membri ad adottare codici di autoregolamentazione.

Tale raccomandazione è stata anche ribadita dall'articolo 16 della stessa Direttiva.

La questione in analisi probabilmente sarà rivista in futuro quando ci si ritroverà di fronte a sistemi di controllo maggiormente efficaci. Questa circostanza è, infatti, prevista dal comma 2 dell'articolo 21 della Direttiva²⁸², il quale si riserva di determinare nuove fattispecie di irresponsabilità tenendo conto dell'evoluzione tecnologica.

²⁸⁰ G. Giacobbe, *La responsabilità civile per l'uso di internet*, in V. Ricciuto – N. Zorzi, *Il contratto telematico, Trattato di diritto pubblico dell'economia*, pp. 218 e ss., CEDAM, Padova, 2002.

²⁸¹ Il Considerando in analisi prevede, alla lettera, che: *“Le attuali o emergenti divergenze tra le normative e le giurisprudenze nazionali, nel campo della responsabilità dei prestatori di servizi che agiscono come intermediari, impediscono il buon funzionamento del mercato interno, soprattutto ostacolando lo sviluppo dei servizi transnazionali e introducendo distorsioni della concorrenza. In taluni casi, i prestatori di servizi hanno il dovere di agire per evitare o per porre fine alle attività illegali. La presente direttiva dovrebbe costituire la base adeguata per elaborare sistemi rapidi e affidabili idonei a rimuovere le informazioni illecite e disabilitare l'accesso alle medesime. Tali sistemi potrebbero essere concordati tra tutte le parti interessate e andrebbero incoraggiati dagli Stati membri. E' nell'interesse di tutte le parti attive nella prestazione di servizi della società dell'informazione istituire e applicare tali sistemi. Le disposizioni dalla presente direttiva sulla responsabilità non dovrebbero impedire ai vari interessati di sviluppare e usare effettivamente sistemi tecnici di protezione e di identificazione, nonché strumenti tecnici di sorveglianza resi possibili dalla tecnologia digitale, entro i limiti fissati dalle direttive 97/46/CE e 97/66/CE”*.

²⁸² Il comma in questione stabilisce che: *“[...] Nell'esaminare la necessità di adeguamento della presente direttiva, la relazione analizza, segnatamente, la necessità di proposte relative alla responsabilità dei fornitori di collegamenti ipertestuali e di servizi di motori di ricerca, alle procedure di "notifica e rimozione" ("notice and take down") e alla determinazione della responsabilità a seguito della rimozione del contenuto. La relazione esaminerà anche la necessità di condizioni ulteriori per l'esonero dalla responsabilità, di cui agli articoli 12 e 13, tenuto conto dell'evoluzione tecnica, nonché la possibilità di applicare principi del mercato interno alle comunicazioni commerciali non sollecitate per posta elettronica”*.

2.4.5 – Il regolamento AGCom in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettroniche e il procedimento di risoluzione delle controversie

Il Regolamento AGCom è stato concepito come un importante strumento per la tutela dei diritti di autori di opere di ingegno e dei diritti connessi contro la pirateria di massa su *internet*. E' stato creato dall'Autorità per le garanzie della comunicazione (AGCom); un'autorità indipendente, istituita con la L. 249/1997. La sua rilevanza nella trattazione viene delineato dall'articolo 17 del D.Lgs. 70/03, il quale stabilisce, come precedentemente analizzato, che non vi è alcun obbligo generale di sorveglianza in capo agli *internet service provider*. La loro responsabilità, però, sorge solamente nel caso in cui, su richiesta dell'autorità giudiziaria o di un'autorità amministrativa avente funzione di vigilanza, essi non agiscano prontamente per impedire l'accesso dei propri utenti ai dati che si ritengono illeciti ovvero, se avendo un'effettiva conoscenza dell'illiceità del contenuto di un servizio prestato, non informino immediatamente le autorità competenti

283

L'AGCom viene qualificata come un'autorità amministrativa competente con funzione di vigilanza. Questa qualifica deriva, oltre che dall'anzidetto D.Lgs. 70/03, da altre fonti normative; fra queste la L. 248/2000 che ha introdotto l'art. 182-*bis* nella L. 633/41²⁸⁴, rubricato col titolo "*Protezione del diritto*

²⁸³ Cassano – Scorza – Vaciago, *op. cit.*, pp. 438 e ss.

²⁸⁴ La norma introdotta dalla L. 248/2000 prevede principalmente che: "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: [...]"

3. Per lo svolgimento dei compiti indicati nel comma 1, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni può conferire funzioni ispettive a propri funzionari ed agire in coordinamento con gli ispettori della SIAE. Gli ispettori possono accedere ai locali dove vengono svolte le attività di riproduzione, duplicazione, vendita, emissione via etere e via cavo o proiezione cinematografica, nonché le attività ad esse connesse; possono altresì accedere ai locali dove vengono svolte le attività di cui alla lettera e) del comma 1. Possono richiedere l'esibizione della documentazione relativa all'attività svolta, agli strumenti e al materiale in lavorazione, in distribuzione, in fase di utilizzazione attraverso l'emissione o la ricezione via etere e via cavo o la proiezione cinematografica, nonché quella relativa agli apparecchi e supporti di registrazione di cui all'articolo 71-septies. Nel caso in cui i suddetti locali non siano luoghi aperti al pubblico, stabilimenti industriali o esercizi commerciali o emittenti radiotelevisive, l'accesso degli ispettori deve essere autorizzato dall'autorità giudiziaria".

d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio", il quale ha attribuito all'AGCom poteri di vigilanza e di ispezione. Inoltre, il *Codice delle comunicazioni elettroniche* (D.Lgs. 258/2003) attribuisce il potere generale di vigilanza all'AGCom, in base alla sua natura di autorità indipendente di vigilanza su reti di comunicazione elettronica. Infine, il D.Lgs. 44/2010 stabilisce che i fornitori di *media* audiovisivi, nello svolgimento delle proprie attività, devono rispettare il diritto d'autore e i diritti connessi e, per rendere effettivo il rispetto dei divieti e dei limiti sanciti dalla norma, attribuisce all'AGCom il potere regolamentare nel settore. Proprio in correlazione con questo potere, l'Autorità, il 17 Dicembre 2010, ha emanato la delibera 668/10/CONS e, il 12 Dicembre 2013, la delibera 680/13/CONS contenenti lo schema di regolamento relativo alla tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica. Tramite queste delibere, l'Autorità fa derivare le proprie competenze dai compiti che erano stati attribuiti all'Autorità Garante per la Radiodiffusione e l'Editoria.

L'AGCom, per via del proprio Regolamento, può intervenire in via amministrativa solo per alcune fattispecie illecite riguardanti sostanzialmente il diritto d'autore e i diritti connessi in rete. E' escluso ogni altro diritto di proprietà intellettuale, quali i segni distintivi, brevetti e segreti industriali, per i quali è competente solamente l'ordinaria autorità giurisdizionale²⁸⁵.

Sono, quindi, tutelate le opere di ingegno tradizionali che vengono usati in *internet* in formato digitale, nonché la loro circolazione in rete²⁸⁶; che siano di carattere audiovisivo, sonoro, letterario o videoludico, ma anche sistemi operativi informatici e le c.d. opere digitali²⁸⁷.

A tal proposito, diversi autori hanno sottolineato che *internet* abbia fatto

²⁸⁵ M. Maggi, *Gli illeciti per violazione dei diritti d'autore e connessi in internet*, in L. C. Ubertazzi, *Il regolamento AGCOM sul diritto d'autore*, pp. 73 e ss., Giappichelli, Torino, 2014.

²⁸⁶ L. Nivarra, *Le opere multimediali in internet*, in *AIDA*, pp. 130 e ss., 1996.

²⁸⁷ Come previsto dall'articolo 1 del Regolamento AGCom, rubricato "*In materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica*".

nascere un nuovo tipo di opere diverso da quelli già esistenti²⁸⁸: le opere che circolano in formato digitale, ergo senza un supporto fisico, come i siti *web*²⁸⁹. Prima di introdurre le fattispecie illecite di competenza dell'Autorità, bisogna brevemente considerare gli aspetti tecnici prodromici a queste riguardanti la riproduzione, il caricamento (*upload*), la diffusione e lo scaricamento (*download*) e qualsiasi altro tipo di operazione di fruizione dell'opera in *internet* senza il consenso del titolare dei diritti. Oggetto dell'illecito possono essere *file* aventi ogni tipo di estensione, contenenti qualsiasi tipologia di opera di ingegno digitalizzabile, che circolano a seguito del loro caricamento o scaricamento. Di fatti, le operazioni che determinano gli illeciti sono proprio l'*upload*, il *download* e la messa a disposizione di *file* in *internet* senza le necessarie licenze

290

Gli *uploader*, per permettere agli utenti di accedere a tali contenuti, devono mettere a disposizione di questi dei collegamenti, fra i quali si individuano il *link* o collegamento ipertestuale²⁹¹²⁹² e il *torrent*²⁹³. Le azioni di *download* considerate illecite maggiormente frequenti sono il *peer-to-peer*²⁹⁴ e lo *streaming*, che si distingue in *live streaming* e in *streaming on demand*²⁹⁵.

²⁸⁸ L. C. Ubertazzi, *Commentario breve alle leggi sulla proprietà intellettuale e la concorrenza*, commento all'articolo 1 LDA, p. 1330, CEDAM, Padova, 2005.

²⁸⁹ R. Romano, *L'opera e l'esemplare nel diritto della proprietà intellettuale*, pp. 119 e ss., CEDAM, Padova, 2001.

²⁹⁰ P. Auteri, *Internet e il contenuto del diritto d'autore*, in *AIDA*, pp. 82 e ss., 2006.

²⁹¹ Si intende un collegamento digitale, il quale, se cliccato, consente di aprire un *file*.

²⁹² Bisogna, comunque, notare che il *linking* è stato considerato illecito *ex art. 13 LDA* quando possono essere ricondotte ad esso opere tutelate dal diritto d'autore o contraffatte. (cfr., L.C. Ubertazzi, *Commentario breve alle leggi sulla proprietà e la concorrenza*, commento all'art. 13 LDA.)

A tal proposito, tuttavia, la CGUE ha affermato di recente che il *linking*, in riferimento al diritto di messa a disposizione del pubblico, non è considerabile come illecito se si riferisce ad opere di ingegno accessibili liberamente in rete, come anche previsto dalla Direttiva 29/2001/CE. (cfr., Caso Svensson, CGUE, 13 Febbraio 2014, C-466/2012).

²⁹³ Il *torrent* è un *file* di piccole dimensioni, contenente tutte le informazioni necessarie che permettono il *download* di un *file* tramite appositi *software*.

²⁹⁴ Il *peer-to-peer* è una rete composta da nodi o accessi che possono inviare e ricevere contenuti contemporaneamente (ogni nodo è sia *client* che *server*) che vengono scaricati dagli utenti.

²⁹⁵ Lo *streaming* consiste in un flusso di dati audio e video provenienti da un *server* e diretti vari *client*. Questi dati vengono riprodotti progressivamente alla loro ricezione. Lo *streaming on demand* si caratterizza per il fatto che i contenuti sono memorizzati permanentemente in un *server* (ad esempio *Youtube*) e vengono inviati al *client* a seguito di una sua

Non è, in ogni caso, da escludere che l'evoluzione tecnologica non determini la creazione di nuove fattispecie illecite ²⁹⁶.

Il Regolamento stabilisce diverse misure finalizzate alla protezione del diritto d'autore sul *web* ²⁹⁷.

Il procedimento di *enforcement* amministrativo ha come oggetto l'accertamento e la cessazione degli illeciti telematici, cioè delle “*violazioni del diritto d'autore e dei diritti connessi, comunque realizzate, poste in essere sulle reti di comunicazione elettronica*”, come *ex* articolo 2, comma 1 del Regolamento.

Lo scopo primario della procedura è colpire la pirateria di massa *online* nonché intervenire prontamente nei confronti di piattaforme telematiche illegali il cui fine principale è offrire e facilitare l'acquisizione illecita o la diffusione abusiva.

Tale procedimento è peculiare poiché si fonda solamente sul presupposto di un'eventuale violazione del diritto d'autore, a prescindere dal fatto che il *provider* sia l'autore o il responsabile dell'azione posta in essere violando il diritto di proprietà intellettuale, come evidenziato dal Considerando 59 della Direttiva 2001/29/CE ²⁹⁸.

Attraverso questo, l'Agcom non si sostituisce all'autorità giudiziaria ordinaria ma, in base ai poteri ed ai compiti che la legge le affida, adotta dei provvedimenti di natura amministrativa che consentono di circoscrivere e bloccare la commissione degli illeciti in oggetto, in tempi minori rispetto a quelli di un tradizionale *iter* giudiziario.

richiesta.

Il *live streaming* si distingue dall'*on demand* poiché il flusso di dati può avvenire solo in un particolare momento temporale, indifferentemente dalle richieste degli utenti. Esempio tipico è la diffusione di eventi sportivi in diretta.

²⁹⁶ Indagine conoscitiva AGCom, *I diritti d'autore sulle reti di comunicazione elettronica*, p. 29.

²⁹⁷ C. Camardi, *Inibitorie amministrative di inibitorie*, in *AIDA*, pp. 267 e ss., 2012.

²⁹⁸ Il testo del Considerando 59 prevede che: “*In particolare in ambito digitale, i servizi degli intermediari possono essere sempre più utilizzati da terzi per attività illecite. In molti casi siffatti intermediari sono i più idonei a porre fine a dette attività illecite. Pertanto fatte salve le altre sanzioni e i mezzi di tutela a disposizione, i titolari dei diritti dovrebbero avere la possibilità di chiedere un provvedimento inibitorio contro un intermediario che consenta violazioni in rete da parte di un terzo contro opere o altri materiali protetti. Questa possibilità dovrebbe essere disponibile anche ove gli atti svolti dall'intermediario siano soggetti a eccezione ai sensi dell'articolo 5. Le condizioni e modalità relative a tale provvedimento ingiuntivo dovrebbero essere stabilite dal diritto nazionale degli Stati membri*”.

Il procedimento davanti all'Agcom e quello di fronte all'autorità giudiziaria sono, in ogni caso, alternativi; infatti, il primo non può essere iniziato o deve cessare nel caso in cui venga adita la seconda, come sancisce il terzo comma dell'articolo 6 del Regolamento²⁹⁹.

La prima parte delle misure previste deriva dal *DMCA* e dal procedimento di *notice and take down* in esso contenuto. L'articolo 5 del Regolamento³⁰⁰ stabilisce che il procedimento si fonda sull'iniziale richiesta di rimozione dei dati che si ritengono essere illeciti, fatta da un soggetto legittimato, come il licenziatario o il titolare dei diritti, al gestore del sito che li ospita o che li mette a disposizione del pubblico³⁰¹.

Il medesimo articolo stabilisce, inoltre, che la procedura può essere avviata solamente su istanza di parte oppure su segnalazione all'Autorità effettuata dal titolare del diritto o da un suo rappresentante. Essa viene fatta *online* tramite posta certificata³⁰².

Dopo aver appurato che l'istanza non sia né inammissibile, a causa del mancato rispetto dei requisiti necessari previsti, né improcedibile, poiché è già stata adita l'autorità giudiziaria, né infondata, come previsto dall'articolo 6, ai commi 3 e 4³⁰³, l'Autorità avvia il procedimento entro sette giorni dalla ricezione di questa.

Successivamente, l'articolo 7, commi 1, 2 e 3, del Regolamento prevede che l'Autorità deve dare comunicazione dell'avvio del procedimento ai prestatori

²⁹⁹ La norma di analisi prevede alla lettera che: “*Il procedimento dinanzi all'Autorità non può essere promosso qualora per il medesimo oggetto e tra le stesse parti sia pendente un procedimento dinanzi all'Autorità giudiziaria*”.

³⁰⁰ L'articolo, rubricato “*Modalità di intervento*” stabilisce che: “*Ferme restando le eventuali procedure autoregolamentate di notice and take down, ai fini della tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica l'Autorità interviene su istanza di parte, ai sensi del presente e del successivo capo*”.

³⁰¹ N. L. Borgomaneri, *La responsabilità dell'ISP per la violazione del diritto d'autore: dal caso RTI/YouTube alla delibera AGCOM*, in Cassano – Scorza – Vaciago, *op. cit.*, pp. 438 e ss.

³⁰² L. Borgomaneri, *op. cit.*, pp. 440 e ss.

³⁰³ I commi in analisi prevedono che: “[...] 3. *Il procedimento dinanzi all'Autorità non può essere promosso qualora per il medesimo oggetto e tra le stesse parti sia pendente un procedimento dinanzi all'Autorità giudiziaria. 7 680/13/CONS*

4. *La Direzione dispone l'archiviazione in via amministrativa delle istanze che siano: a) irricevibili per mancata osservanza delle prescrizioni di cui al comma 2 o per difetto di informazioni essenziali; b) improcedibili ai sensi del comma 3; c) inammissibili in quanto non riconducibili all'ambito di applicazione del presente regolamento; d) manifestamente infondate; e) ritirate prima delle decisioni dell'organo collegiale di cui all'articolo 8 [...]*”.

di servizi, all'*uploader* ed ai gestori del sito *web* i quali, quindi, possono spontaneamente adeguarsi alla richiesta del soggetto richiedente facendo, così, cessare l'illecito. In tale situazione, l'AGCom archivia il procedimento³⁰⁴. Il quarto comma della medesima norma prevede, invece, il diritto dei prestatori di servizi, dell'*uploader* o dei gestori del sito *internet* di proporre delle controdeduzioni sul merito dell'illecito contestato. In tal caso, essi devono trasmettere all'Agcom qualsiasi materiale utile ai fini dell'accertamento³⁰⁵.

In seguito, l'Autorità potrà decidere se disporre l'archiviazione in presenza dei necessari presupposti, ovvero emanare i provvedimenti previsti dal Regolamento stesso, come al comma 6 del settimo articolo³⁰⁶. I provvedimenti che l'Agcom può adottare variano in base a criteri geografici relativi all'ubicazione del *server* che ospita il materiale illecito. Secondo il comma 3 dell'articolo 8 del Regolamento, se il sito *web* si trova in un *server* collocato in Italia, l'Autorità può ordinare all'*internet service provider* la pronta rimozione selettiva delle opere oggetto della controversia. In presenza di violazioni a carattere massivo, l'Agcom può disporre al fornitore di servizi la disabilitazione dell'accesso ai suddetti materiali.

³⁰⁴ Le disposizioni del Regolamento in analisi sanciscono: "1. La Direzione comunica l'avvio del procedimento ai prestatori di servizi all'uopo individuati, nonché, ove rintracciabili, all'*uploader* e ai gestori della pagina e del sito *internet*. La comunicazione di avvio del procedimento contiene l'esatta individuazione delle opere digitali che si assumono diffuse in violazione della Legge sul diritto d'autore, l'indicazione delle disposizioni che si assumono violate, una sommaria esposizione dei fatti e dell'esito degli accertamenti svolti, l'indicazione dell'ufficio competente e del responsabile del procedimento al quale è possibile presentare eventuali controdeduzioni, nonché del termine di conclusione del procedimento. 2. Con la medesima comunicazione di cui al comma 1 la Direzione informa i prestatori di servizi, nonché l'*uploader* e i gestori della pagina e del sito *internet*, ove rintracciati, che possono adeguarsi spontaneamente alla richiesta del soggetto istante, di cui all'articolo 6, comma 1. 3. Qualora i prestatori di servizi ovvero l'*uploader* o i gestori della pagina o del sito *internet* provvedano all'adeguamento spontaneo di cui al comma 2, ne danno contestuale comunicazione alla Direzione, la quale dispone l'archiviazione del procedimento in via amministrativa, dandone notizia al soggetto istante e ai destinatari della comunicazione di avvio del procedimento [...]"

³⁰⁵ Il comma quarto della norma prevede che: "Qualora ritengano di controdedurre in merito alla violazione contestata, i prestatori di servizi, nonché l'*uploader* e i gestori della pagina e del sito *internet* trasmettono alla Direzione, entro il termine di cinque giorni dalla ricezione della comunicazione di cui al comma 1, ogni elemento utile ai fini del relativo accertamento".

³⁰⁶ Il comma in analisi sancisce che: "Salvo il caso di adeguamento spontaneo di cui al comma 3, la Direzione trasmette gli atti all'organo collegiale, formulando proposta di archiviazione ovvero di adozione dei provvedimenti di cui agli articoli 14, comma 3, e 16, comma 3, del Decreto. La trasmissione degli atti all'organo collegiale non può avere luogo prima della scadenza del termine di cui al comma 4".

Il comma 4 dello stesso articolo, invece, prevede che, se il sito è ospitato su un server ubicato al di fuori del territorio italiano, l’Autorità può chiedere al prestatore di disabilitare l’accesso in Italia all’indirizzo del sito ³⁰⁷. In caso di inottemperanza agli ordini emanati, possono essere erogati delle sanzioni pecuniarie ³⁰⁸.

2.4.6 – La questione di legittimità del Regolamento AGCom

Il dibattito circa la legittimità del Regolamento AGCom è stato molto vivace sia fra gli operatori del settore che in dottrina, sin dalla sua entrata in vigore. La complessità e la conflittualità degli interessi in gioco ha fatto nascere varie tesi che si riferiscono alla tutela dei diritti fondamentali dei cittadini presenti nell’ordinamento europeo, alla normativa internazionale ed europea in tema di diritto d’autore e dei diritti connessi ed alla Costituzione italiana, in particolare alle norme amministrative relative alla competenza e alla legittimità delle autorità amministrative indipendenti ³⁰⁹. La questione di costituzionalità è sorta a seguito di due discusse ordinanze a carattere interlocutorio della Sezione I del T.A.R. del Lazio risalenti al Settembre 2014 su proposta di molteplici associazioni di consumatori e di operatori del settore fra i quali AssoProvider ed Altroconsumo ³¹⁰.

³⁰⁷ I commi dell’articolo 8 in analisi sanciscono che: “[...] 3. Qualora il sito sul quale sono rese disponibili opere digitali in violazione del diritto d’autore o dei diritti connessi sia ospitato su un server ubicato nel territorio nazionale, l’organo collegiale ordina ai prestatori di servizi che svolgono attività di hosting, di cui all’articolo 16 del Decreto, di provvedere di norma alla rimozione selettiva delle opere digitali medesime. In presenza di violazioni di carattere massivo, l’organo collegiale 9 680/13/CONS può ordinare ai prestatori di servizi di provvedere, in luogo della rimozione selettiva, alla disabilitazione dell’accesso alle suddette opere digitali.

4. Qualora il sito sul quale sono rese disponibili opere digitali in violazione del diritto d’autore o dei diritti connessi sia ospitato su un server ubicato fuori dal territorio nazionale, l’organo collegiale può ordinare ai prestatori di servizi che svolgono attività di mere conduit, di cui all’articolo 14 del Decreto, di provvedere alla disabilitazione dell’accesso al sito [...]”.

³⁰⁸ L’articolo 8, comma 7, prevede che: “In caso di inottemperanza agli ordini di cui ai commi 2, 3, 4 e 5 l’Autorità applica le sanzioni di cui all’articolo 1, comma 31, della legge 31 luglio 1997, n. 249, dandone comunicazione agli organi di polizia giudiziaria ai sensi dell’articolo 182-ter della Legge sul diritto d’autore”.

³⁰⁹ A. M. Rovati, *Il dibattito sulla legittimità del regolamento AGCOM: le opinioni in campo*, in L. C. Ubertazzi, *Il regolamento AGCOM sul diritto d’autore*, p. 194, Giappichelli, Torino, 2014.

³¹⁰ Dettagli di Tar Lazio sezione I - ordinanza rimessione corte costituzionale regolamento AGCOM, in www.oppic.it.

La questione incidentale ha per oggetto i c.d. “tre pilastri” della Delibera 680/13/CONS sui quali si fonda il potere regolamentare dell’Autorità³¹¹, i quali si ritengono contrastare con molte norme previste dalla D.Lgs. 70/03³¹² e dall’articolo 32-*bis* del Testo Unico dei Servizi di Media Audiovisivi e Radiofonici.

I ricorrenti hanno ritenuto che la Delibera in questione violi i principi di riserva di legge e di tutela giurisdizionale relativi all’esercizio della libertà di iniziativa economica e di manifestazione del pensiero, previsti dal testo costituzionale agli articoli 2, 21, comma 1, 24 e 41. Inoltre, si ritengono violati i criteri di ragionevolezza e proporzionalità in relazione all’esercizio della discrezionalità legislativa e il principio del giudice naturale, a causa della mancata previsione di tutele e di garanzie giurisdizionali per l’esercizio del principio di libera manifestazione del pensiero in *internet*, con la conseguente inosservanza degli articoli 21, commi 2 e ss., 24 e 25, comma 1, della Costituzione³¹³. La questione ha fatto sorgere molte autorevoli tesi dottrinali sia a favore che contro la legittimità del Regolamento. Queste non si rifanno solamente al dettato costituzionale in senso stretto ma, in base a quanto previsto dall’articolo 10, comma 1, Cost.³¹⁴ e dall’articolo 117, comma 1, Cost.³¹⁵, tengono in particolare considerazione le norme di diritto internazionale convenzionale, come quelle previste dal WCT, dal WPPT e dall’accordo TRIPs, e le disposizioni comunitarie, come il TUE, il TFUE e la CEDU. Una parte della dottrina considera il Regolamento non conforme a quanto dispone l’accordo TRIPs, in particolare agli articoli 49 e 50. La legittimità si ritiene discutibile, *in primis*, a causa dell’attuazione di una

³¹¹ M. Bellezza, #ddaonline: la questione di costituzionalità e il regolamento AGCOM, in www.medialaws.eu.

³¹² In particolare gli art. 5, comma 1, art. 14, comma 3, art. 15, comma 2, art. 16, comma 3.

³¹³ cfr., Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione I, n°10016/2014 e n°10020/2014.

³¹⁴ I lungimiranti Padri Costituenti hanno inserito al primo comma del articolo 10 la seguente norma: “L’ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute”.

³¹⁵ La riforma del Titolo V della Costituzione, in considerazione del crescente ruolo dell’Unione Europea nel diritto interno, ha inserito la seguente norma: “La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”.

tempistica talmente rapida da mettere in discussione la sua conformità con le basilari esigenze di rispetto del diritto di difesa delle parti³¹⁶, che l'articolo 49 TRIPs garantisce anche per le procedure amministrative in materia di proprietà intellettuale³¹⁷.

Inoltre, si ritiene che l'articolo 50, Sezione 8, TRIPs imponga di sottoporre le prescrizioni di un'autorità amministrativa indipendente al vaglio di un giudice civile³¹⁸ e non di un giudice amministrativo avente giurisdizione esclusiva³¹⁹.

Vi è, invece, un'altra parte di dottrina che considera il Regolamento AGCom conforme all'accordo TRIPs, poiché l'articolo 49, Sezione II, del medesimo prevede una possibilità generale di attivare procedure amministrative che si riferiscano al merito di una controversia, con il solo vincolo di conformarsi ai principi previsti dal TRIPs, quali procedure eque e leali, rispetto del contraddittorio, proporzionalità dei provvedimenti emanati ed efficacia³²⁰.

Pertanto, neanche l'articolo 23, comma 2, WPPT e l'articolo 14, comma 2, WCT proibiscono esplicitamente che gli Stati parte prevedano misure di *enforcement* amministrativo³²¹.

La lettura unitaria di queste due disposizioni con quanto prevede l'accordo TRIPs, ha portato parte della dottrina ad ammettere che gli Stati membri possano creare dei rimedi di natura amministrativa da affiancare a quelli giurisdizionali, seguendo la soluzione del c.d. "doppio binario" fra diversi tipi di tutela³²².

³¹⁶ M. Bertani, *Internet e l'"amministrativizzazione" della proprietà intellettuale*, in *AIDA*, pp. 152 e ss., 2012.

³¹⁷ L'articolo 49 TRIPs, rubricato "*Administrative Procedures*", prevede: "*To the extent that any civil remedy can be ordered as a result of administrative procedures on the merits of a case, such procedures shall conform to principles equivalent in substance to those set forth in this Section*".

³¹⁸ L'ottava Sezione dell'articolo 50 TRIPs sancisce: "[...] 8. *To the extent that any provisional measure can be ordered as a result of administrative procedures, such procedures shall conform to principles equivalent in substance to those set forth in this Section*".

³¹⁹ A riguardo, l'articolo 17 del Regolamento AGCom stabilisce che: "*Avverso i provvedimenti dell'Autorità previsti dal presente regolamento è ammesso ricorso dinanzi al giudice amministrativo, ai sensi dell'articolo 1, comma 26, della legge 31 luglio 1997, n. 249, e degli articoli 133, comma 1, lettera l), e 135, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104*".

³²⁰ C. Camardi, *op. cit.*, pp. 274 e ss., in relazione alla versione del Regolamento 398/11/CONS.

³²¹ B. Tonoletti, *La tutela dei diritti di proprietà intellettuale tra giurisdizione e amministrazione*, in *AIDA*, pp. 353 e ss., 2013.

³²² Il "doppio binario" viene introdotto dai nn. 7 e 101 della delibera 680/13/CONS.

Anche in relazione al diritto dell'Unione Europea, vi è una parte di dottrina che considera il Regolamento non conforme ad esso, nello specifico agli articoli 12-14 della Direttiva 31/2000/CE. Secondo Tonoletti questi articoli avrebbero dovuto introdurre nell'ordinamento comunitario una procedura di *enforcement* amministrativo che si basasse sul "doppio binario" previsto dall'accordo TRIPs ma, invece, si sono limitati a concedere agli Stati membri la libertà di determinare se attribuire la competenza a giudicare all'autorità amministrativa o a quella giudiziaria. A questo bisogna aggiungere che, successivamente, la Direttiva 48/2004/CE ha espressamente attribuito all'autorità giudiziaria il potere di emanare qualsiasi tipo di misura e di rimedio, senza menzionare eventuali complementari o alternative procedure amministrative

323

Un'autorevole dottrina ha, invece, sostenuto la legittimità del Regolamento in base all'articolo 10, comma 2, CEDU³²⁴. Secondo tali autori le misure amministrative a tutela del diritto d'autore e dei diritti connessi devono rispettare i criteri di proporzionalità e essere applicati in conformità a una sufficiente base legale: questi sono i medesimi criteri che definiscono le condizioni di ammissibilità per l'ingerenza dello Stato circa la libertà di diffusione del pensiero, previsto dalla norma della CEDU. Infatti, le limitazioni al diritto di informazione riguardano, tra l'altro, la prevenzione di reati e la protezione della reputazione altrui; temi molto importanti nel campo della tutela della proprietà intellettuale. Di conseguenza, tale dottrina ritiene che la CEDU non impedisca che un'autorità amministrativa possa adottare provvedimenti che tutelino il diritto d'autore, purché questo potere abbia una determinata base legale e lo stesso

³²³ B. Tonoletti, *op. cit.*, pp. 360 e ss.

³²⁴ Il secondo comma dell'articolo 10 CEDU prevede che: *"L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario"*.

venga impiegato proporzionalmente allo scopo prefissato ³²⁵ . Secondo un'ulteriore dottrina, le istituzioni dell'Unione Europea sono ben consapevoli del fatto che sia necessario un adeguamento delle misure che contrastano le violazioni del diritto della proprietà intellettuale alle nuove dinamiche dei mercati, incluso quello virtuale. Quindi, l'amministrativizzazione dei mezzi di protezione, fra i quali si deve ricomprendere l'inibitoria delle autorità indipendenti, non ha altra giustificazione se non quella di opporre strumenti semplici, efficienti e rapidi alle continue violazioni del diritto d'autore ³²⁶ . Queste qualità, invece, sono assenti nei rimedi giurisdizionali tradizionali, soprattutto quando utilizzate nel contesto digitale ³²⁷ . Tale dottrina, inoltre, sostiene che gli articoli 12-14 della Direttiva 31/2000/CE permettano all'ordinamento italiano di considerare l'AGCom come l'autorità amministrativa di vigilanza prevista dalle medesime norme. In relazione alla Direttiva 48/2004/CE, essa ritiene che questa non vieti agli Stati membri di attuare misure di *enforcement* amministrativo di fianco a quelle di natura giurisdizionale, in conformità con quanto previsto dal principio di sussidiarietà previsto dall'articolo 5, comma 3, del TUE e dagli articoli 41 e 49 dell'accordo TRIPs. A tal proposito, si rileva, inoltre, che il Considerando 28 e l'articolo 16 di quest'ultima Direttiva permettono agli Stati membri di adottare altre sanzioni appropriate in presenza di violazioni del diritto di proprietà intellettuale ³²⁸ . Sussistono varie tesi anche circa la legittimità del Regolamento AGCom rispetto alle norme di rango costituzionale. Una parte di autorevole dottrina sostiene la non conformità di queste; in particolare si ritiene disatteso l'ordine preciso che intercorre fra diritti

³²⁵ V. Onida, *Parere in tema di misure per contrastare la c.d. "pirateria informatica"*, in www.confindustriaculturaitalia.it.

³²⁶ C. Camardi, *op. cit.*, pp. 269 e ss.

³²⁷ A. M. Rovati, *op. cit.*, pp. 200 e ss.

³²⁸ A riguardo Tonoletti ritiene che la Direttiva 48/2004/CE riguardi solamente le misure di *enforcement* giurisdizionale e non amministrativo. (cfr., Tonoletti, *op. cit.*, pp.359 e ss.).

fondamentali e libertà economiche ³²⁹ .

In base a questa argomentazione, il Regolamento darebbe una protezione maggiore ad un bene secondario rispetto a valori che meriterebbero una tutela rafforzata, come la libertà di informazione e di impresa degli *internet service provider* e, più genericamente, degli utenti. In tale maniera, si renderebbe lo sfruttamento economico dell'opera di ingegno da parte dell'autore superiore a tutti gli altri beni protetti ³³⁰ . Una dottrina favorevole alla legittimità costituzionale sostiene che, se i provvedimenti emanati dall'AGCom possono ledere l'esercizio delle libertà fondamentali garantite in *internet* alle imprese, si possa replicare affermando che questi effetti possono prodursi anche a seguito di un ordine emanato dall'autorità giudiziaria. Inoltre, si ritiene che le inibitorie, consistenti nel blocco all'accesso o nell'ordine di rimozione, si giustifichino in un principio equipollente rispetto a quelli che si ritengono lesi. Di fatti, la protezione del diritto d'autore è indubbiamente un principio fondamentale del diritto dell'Unione Europea ³³¹ . Infine, il potere di *enforcement* amministrativo concesso all'Autorità, il quale, in base all'art. 5, comma 3, del Regolamento, non preclude il ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria, trova la propria *ratio legis* nella posizione affidata a questo genere di autorità nel sistema di regolamentazione dei mercati, i quali si organizzano anche attorno a tutte le reti di comunicazione elettronica, garantendo anche la competitività e la concorrenza ³³² . Il vasto dibattito dottrinale e fra gli operatori del settore si concentra principalmente su questioni di diritto amministrativo e, nello specifico, sulla competenza esplicita o implicita dell'AGCom circa la facoltà di intervento in materia di diritto d'autore e diritti connessi in relazione al rispetto del

³²⁹ A. M. Rovati, *op. cit.*, pp. 202 e ss.

³³⁰ G. De Minico, *Libertà e copyright nella Costituzione e nel diritto dell'Unione*, Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 2014, in www.rivistaaic.it.

³³¹ C. Camardi, *op. cit.*, pp. 286 e ss.

³³² *Ibid.*

principio di legalità nell'attribuzione di poteri amministrativi ³³³ . Vi sono tre basi giuridiche su cui si fonda la competenza dell'Autorità. *In primis*, si possono indicare gli articoli da 14 a 17 del D.Lgs. 70/03, che attua la Direttiva 31/2000/CE, secondo i quali l'autorità amministrativa avente funzione di vigilanza *“può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività [previste dal Decreto] impedisca o ponga fine alle violazioni commesse”*.

Tali norme, inoltre, stabiliscono che il *provider* è responsabile civilmente del contenuto dei servizi erogati quando non abbia prontamente agito al fine di impedire l'accesso a questo, a seguito di una richiesta dell'autorità giudiziaria o amministrativa di vigilanza. Un ulteriore fondamento si può individuare negli articoli 182-*bis* e 182-*ter* LDA per i quali *“all'Autorità per le garanzie nelle telecomunicazioni [...] è attribuita, nell'ambito delle rispettive competenze previste dalla legge, al fine di prevenire ed accertare le violazioni della presente legge, la vigilanza”* di alcune attività relative alla riproduzione e alla duplicazione di opere. Il terzo presupposto si trova nel D.Lgs. 177/2005 agli articoli 3 e 32-*bis*. Essi legittimano l'Autorità ad emanare necessarie disposizioni regolamentari al fine di rendere effettivo il rispetto dei limiti e dei divieti contenuti dal Decreto.

In riferimento a queste norme, secondo un autore sorgono molti dubbi in quanto il potere di vigilanza dell'AGCom verrebbe *“a dislocarsi non più in una posizione ausiliaria rispetto alla giurisdizione penale”* ma come alternativa alla giurisdizione civile ³³⁴ . Inoltre, si ritiene che l'oggetto del potere di vigilanza dell'autorità amministrativa venga profondamente modificato, poiché diventa una tutela diretta dei diritti privati individuali, in particolare a contenuto patrimoniale ³³⁵ . La parte di dottrina che sostiene il rispetto dei principi di riserva di legge e di

³³³ G. Cozzolino, *La tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica: brevi note sullo schema di regolamento di cui alla delibera n.398/11/CONS dell'AGCOM*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it.

³³⁴ B. Tonoletti, *op. cit.*, p. 344, cit.

³³⁵ A. M. Rovati, *op. cit.*, pp.204 e ss.

legalità e, conseguentemente, la competenza dell’Autorità, fa riferimento all’articolo 21 Cost. ed ai mezzi di comunicazione del pensiero differenti dalla stampa. Essa afferma che la legge può disporre poteri ed adeguate misure al fine di impedire e punire eventuali violazioni dei limiti alla libertà, però, senza essere sottoposta alla puntuale normativa riservata alla stampa ³³⁶ . L’autore, inoltre, ritiene che l’azione dell’AGCom sia legittima a condizione che rispetti i principi di proporzionalità ed adeguatezza, sanciti anche dallo stesso art. 21, comma 6, Cost. ³³⁷ . Secondo lo stesso autore, i poteri dell’Autorità rispetterebbero tali principi anche poiché, in relazione con le violazioni del diritto d’autore in rete, la necessità di intervenire tempestivamente ed adeguatamente in questo particolare settore “*potrebbe essere compromessa dalla necessità di far ricorso esclusivamente all’autorità giudiziaria*” ³³⁸ . Inoltre, la competenza si può fondare anche sulle altre basi giuridiche richiamate; in particolare, il D.Lgs. 70/03, il quale prevede disposizioni sulla libera circolazione dei servizi all’interno dell’Unione Europea. Il Decreto, però, prevede anche che questa possa essere limitata, mediante un provvedimento dell’autorità giudiziaria o di organi amministrativi aventi poteri di vigilanza o di autorità indipendenti del settore, per vari motivi fra i quali figura il “*perseguimento di reati*”, che include anche le violazioni del diritto d’autore ³³⁹ . Dal punto di vista della legittimità formale del Regolamento, secondo la tesi di un altro autore è molto difficile mettere in discussione la competenza dell’AGCom circa la sua funzione di vigilanza in materia di diritto d’autore, in quanto viene legittimata dalla legge istitutiva della medesima Autorità, dalla L. 633/41 come anche dal T.U. sui servizi media audiovisivi e radiofonici.

³³⁶ V. Onida, *op. cit.*, pp. 10 e ss.

³³⁷ Onida sostiene che “*l’esigenza di adeguatezza è riconducibile al principio generale per cui diritti devono essere garantiti con carattere di effettività, assicurando quindi effettivamente, in concreto, l’equilibrio necessario fra esigenze di tutela della libertà di espressione ed esigenze di tutela degli altri diritti che potrebbero essere lesi dall’esercizio illecito della stessa libertà*”. (cfr., V. Onida, *op. cit.*, p. 13, cit.).

³³⁸ *ibid.* p. 14, cit.

³³⁹ A. M. Rovati, *op. cit.*, pp. 2005 e ss.

E' anche difficile dubitare che i suoi poteri includano quello di poter emanare provvedimenti inibitori contro gli *internet service provider*, poiché esplicitamente previsto dagli artt. 14-17 del D.Lgs. 70/03. Inoltre, l'autore non ritiene come l'AGCom possa esigere che il prestatore di servizi impedisca o faccia cessare le violazioni, se non tramite provvedimenti inibitori³⁴⁰. Quindi, su un piano più generale, l'amministrativizzazione della tutela del diritto d'autore, compiuta mediante competenza inibitoria dell'Autorità, non presenterebbe determinate questioni di legittimità, purché questa si configuri come una misura limitata settoriale alle sole attività *online* e sia aggiuntiva e non alternativa all'azione dell'autorità giudiziaria ordinaria³⁴¹.

2.5 – L'implementazione delle Direttive comunitarie in Germania

La Germania è stata il quinto Stato dell'Unione Europea ad aver implementato la Direttiva InfoSoc nel proprio ordinamento nazionale, il 10 Settembre 2003. La nuova legge, oltre ad aver avuto il ruolo fondamentale di inserire nella sistema normativo tedesco le disposizioni previste dai trattati OMPI del 1996, ha affrontato gli effetti che le nuove tecnologie hanno sul diritto d'autore e sui diritti connessi³⁴². La Costituzione tedesca, all'articolo 14, prevede che la proprietà è destinata ad avere un uso sociale. Per tale ragione la *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte* (UrhG), cioè la legge tedesca sul diritto d'autore, presenta una lunga lista di restrizioni a tale diritto al fine di garantire la comunicazione nella società moderna³⁴³, fra le quali si individuano gli usi legittimi per le scuole, per l'insegnamento e la ricerca, agli artt. 47 e 52 UrhG, e le riproduzioni temporanee, all'art. 44, lett. a), UrhG.

³⁴⁰ C. Camardi, *op. cit.*, pp. 286 e ss.

³⁴¹ *Ibid.*, pp. 289 e ss.

³⁴² P. B. Hugenholtz, *Catching and copyright: the right of temporary copying*, pp. 22 e ss., E.I.P.R., 2004.

³⁴³ *Bardehle Pagenberg Dost Altenburg Geissler*, 2002.

2.5.1 – La Direttiva InfoSoc in Germania

L'implementazione della Direttiva 29/2001/CE ha portato forti cambiamenti alle norme previste dalla legge sul diritto d'autore, sia modificando i diritti degli autori delle opere sia introducendo e riformando il sistema delle eccezioni e delle limitazioni. Il nuovo articolo 44 UrhG ha emendato la normativa in materia di atti di riproduzione temporanei, trasponendo quasi letteralmente l'eccezione a carattere obbligatorio prevista all'articolo 5, comma 1, della Direttiva³⁴⁴. Secondo l'*Urheberrechtsgesetz*, la legge tedesca sul diritto d'autore, gli atti di riproduzione temporanea, che siano transitori ed incidentali, nonché parte integrante ed essenziale di un procedimento tecnologico e che abbiano il mero scopo di permettere la trasmissione di dati all'interno di una rete fra terze parti tramite un intermediario, oppure che siano ammessi dalla legge e che non abbiano una significativa rilevanza economica, sono esclusi dalle disposizioni relative al diritto di riproduzione. La norma si applica anche alle attività di *browsing* e di *caching*, come previsto dall'articolo 33 della Direttiva InfoSoc³⁴⁵. Inoltre, anche se questa aveva una natura facoltativa, il Legislatore tedesco ha codificato la disposizione *ex* articolo 5, comma 3, *lett. b)* della Direttiva, introducendo all'articolo 45, *lett. a)*, UrhG una limitazione che garantisce benefici a persone con disabilità³⁴⁶, rifacendosi a quanto previsto dalla Costituzione tedesca (*Grundgesetz*) all'articolo 3.3 per il quale “nessuno deve essere discriminato sulla base delle proprie disabilità”. La disciplina in analisi permette la riproduzione e la diffusione di opere protette nei limiti previsti per le specifiche disabilità, purché non abbiano

³⁴⁴ T. Ramsauer, *Germany's copyright law on the verge of the information age*, in *e-Copyright bulletin*, pp. 2 e ss., 2003.

³⁴⁵ A. Abovyan, *Challenges of copyright in the digital age: comparison of the implementation of the EU legislation in Germany and Armenia*, in *Rechtswissenschaftliche forschung und entwicklung*, pp. 51 e ss., Herbert Utz Verlag, Monaco, 2013.

³⁴⁶ Il Legislatore ha giustificato l'introduzione di questa limitazione specificando “il governo federale pone particolare attenzione alla lotta contro la discriminazione di persone con disabilità”. (cfr., BT- Drucks. 15/38, p. 18).

scopi

commerciali

347

Contrariamente, non è incluso il diritto di messa a disposizione, *ex art.15, comma 2, UrhG*, il che significa che, ad esempio, un'opera non può essere resa accessibile su un sito *web* creato appositamente per persone con disabilità senza i necessari permessi ³⁴⁸.

Una modifica molto controversa riguarda l'articolo 52 UrhG che inserisce nell'ordinamento limitazioni per scopi di educazione e ricerca. La disposizione in esame è nata dal compromesso fra titolari dei diritti e utenti al fine di rendere disponibili online opere protette per gli scopi sopraindicati senza il permesso di autori, distributori ed altri titolari di diritti connessi³⁴⁹.

Sono sorte diverse critiche³⁵⁰ provenienti soprattutto da case cinematografiche le quali ritenevano la norma potenzialmente lesiva dei loro interessi³⁵¹.

Per tale ragione, il diritto è molto limitato ed è sempre richiesto il pagamento di una compensazione, come prevede l'art. 52, *lett. a)*, UrhG. Quindi, il Legislatore tedesco, nell'attuare la Direttiva, ha previsto la limitazione solo per "istituzioni privilegiate" come scuole e istituti di alta formazione, per specifici scopi non commerciali ³⁵².

Un'ulteriore modifica conseguente all'attività di armonizzazione europea riguarda la disciplina della copia privata e di altri usi personali, prevista dall'articolo 53 UrhG.

La revisione della norma ha lo scopo di regolare i casi di riproduzione di opere digitali³⁵³ e prevede il rispetto di una serie di condizioni da rispettare per avvalersi della limitazione, nonché il rispetto del *Dreistufentest*, cioè il c.d.

³⁴⁷ F. Lauber – J. Schwipps, *Das Gesetz zur Regelung des Urheberrecht in der Informationsgesellschaft*, pp. 296 e ss., GRUR, 2004.

³⁴⁸ T. Dreier – G. Schulze, *Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz: kommentar*, pp. 3 e ss., C.H. Beck, 2008.

³⁴⁹ G. Gounalakis, *Ein neuer Morgen für den Wissenschaftsparagrafen: Geistiges Eigentum weiter in Piratehand*, pp. 36 e ss., NJW, 2007.

³⁵⁰ L. Guibalt, *Why cherry-picking never leads to harmonisation: the case on limitations on copyright under Directive 29/2001/CE*, p. 55, JIPITEC, 2010.

³⁵¹ T. Dreier – G. Schulze, *op. cit.*, pp. 12 e ss.

³⁵² v. articolo 52, *lett. a)*, UrhG.

³⁵³ Successivamente la norma è stata modificata dal "Zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft" del 26 Ottobre 2007, incluso nel BGBl a p. 2512.

I primi tre commi dell'articolo introducono i casi in cui l'opera può essere riprodotta, fra i quali, oltre l'uso privato, vengono annoverati gli scopi professionali e gli usi per ragioni scolastiche e per la preparazione di esami. In particolare, il comma secondo prevede che per “*eigene Verwendungen*” (inteso come “altri usi”) bisogna intendere quelle attività che determinano la produzione di copie per uso strettamente personale, che non possono essere trasferite a terze parti ³⁵⁵.

Il comma 4, invece, limita le aree in cui si può far valere il diritto: sono escluse le riproduzioni mediante nuove tecnologie che permettono la copiatura di opere che siano particolarmente dannose per i titolari di diritti, quali riproduzioni meccaniche di opere musicali e la copia totale di libri e riviste. Per tali attività è sempre necessaria l'autorizzazione degli aventi diritto. Viene anche esclusa la limitazione in analisi per le riproduzioni da fonti che siano manifestamente illecite, nonché da fonti di *download online* illecite: questa clausola è stata chiaramente inserita per prevenire che gli utenti possano scaricare opere protette dalle piattaforme di *peer-to-peer* ³⁵⁶. Infine, viene inserita la definizione di “uso privato”: questo viene inteso come uso nella sfera privata e per scopi personali, non solo dell'utente ma anche di altre persone personalmente connesse a questo, come i membri del nucleo familiare ³⁵⁷.

Quindi, è permesso un numero di copie necessarie ai bisogni personali. A riguardo la dottrina non è concorde: una parte ritiene che il numero ammissibile sia solamente una copia mentre altra autorevole dottrina ammette alcuni casi in cui è possibile riprodurre l'opera per più volte ³⁵⁸.

³⁵⁴ M. Senftleben, *Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentest*, pp. 200 e ss., GRUR Int., 2004.

³⁵⁵ v. BT-Drucks. 10/837, p.8.

³⁵⁶ S. Lueft, *Wandtke*, in *Bullinger*, pp. 53 e ss., 2009.

³⁵⁷ T. Dreier – G. Schulze, *op. cit.*, pp. 7 e ss.

³⁵⁸ M. Becker, *Zur Berechnung der zulässigen Zahl digitaler Privatkopien*, 645 e 646, ZUM, 2012.

2.5.2 – La disciplina della responsabilità dell'*internet service provider* nel diritto tedesco

Dopo i Paesi scandinavi, la Germania è uno degli Stati con il maggior numero di utenti attivi su *internet* e per tale ragione la normativa circa la responsabilità civile degli *internet service provider* è particolarmente sviluppata rispetto a molti altri membri dell'Unione Europea³⁵⁹. A differenza di questi, che hanno introdotto una disciplina in materia a seguito della Direttiva sul commercio elettronico del 2001, l'ordinamento tedesco prevedeva già dal 1997 una legge a tutela dei prestatori di servizi: il *Multimedienegesetz*³⁶⁰. Questo atto normativo è stato, successivamente, sostituito dalla legge chiamata *Telemediengesetz* (TMG) del 2007, che include molte delle norme previste dalla Direttiva 31/2000/CE non incluse in precedenza. La legge tedesca risente anche dei lavori preparatori del DMCA statunitense ma, a differenza di questo, il quale prevede una normativa circoscritta alla sola violazione del *copyright*, il TMG ricomprende vari tipi di illecito³⁶¹. Questo dato appare singolare se si considera che l'ordinamento tedesco adotta notoriamente il principio di tipicità dell'illecito, come previsto nelle sezioni 823 e seguenti del BGB³⁶². Invero, il TMG non prevede un sistema atipico per gli illeciti commessi in *internet* ma, in un sistema tipico che si basa sul modello del DMCA, prevede una serie di eccezioni per tutti gli illeciti compresi nel BGB commessi sul *web*³⁶³. Fra le norme introduttive di maggiore rilevanza si individua l'articolo 3 TMG,

³⁵⁹ G. Giancomello, *National governments and control of the internet: a digital challenge*, pp. 12 e ss., Routledge, New York, NY, 2005.

³⁶⁰ M. Turner – D. Callaghan, *Case comment: you can look but don't touch! The impact of the Google v. Copiepresse decision on the future of the internet*, pp. 34 e ss., E.I.P.R., 2008.

³⁶¹ F. Di Giovanni, *Gli intermediari dell'e-commerce*, in S. Sica – P. Stanzone, *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, pp. 68 e ss., Giuffrè, Milano, 2002.

³⁶² Per "BGB" si intende l'abbreviazione di *Bürgerliches Gesetzbuch*, l'equivalente del codice civile tedesco, creato nel 1900 e modificato molteplici volte successivamente.

³⁶³ G. M. Riccio, *La responsabilità civile degli internet provider*, pp. 186 e ss., Giappichelli. Torino, 2002.

il quale introduce la disposizione *ex* articolo 3 della Direttiva comunitaria, e prevede che tutti i fornitori di servizi stabiliti nella Repubblica Federale Tedesca devono rispettare la legge tedesca, anche se i servizi erogati sono offerti o forniti esclusivamente ad altri Paesi dell'Unione Europea. Non sono, invece, regolamentate le prestazioni erogate in Germania da *provider* stranieri ³⁶⁴.

Inoltre, la legge tedesca prevede una differenza fra “contenuti propri” (*eigene Inhalt*) e “contenuti stranieri” (*fremde Inhalt*). La loro definizione non è molto chiara e ha creato un ampio dibattito dottrinale. Parte di autorevole dottrina ritiene che il mero controllo passivo dei *provider* non sia idoneo a qualificare delle informazioni provenienti dall'estero come contenuti propri ma questo dipende dal tipo di attività che il fornitore svolge sui dati trasmessi e memorizzati ³⁶⁵. E' anche necessario determinare se l'intermediario abbia un controllo effettivo sui contenuti in oggetto e sugli utenti ³⁶⁶.

Secondo altra dottrina non importa se il *provider* possa controllare attivamente la trasmissione dei dati, bensì se questo svolga o meno tale attività: si considera che, solamente quando esso decida di interpersi nel trasferimento delle informazioni, si creino le basi per supporre che un contenuto straniero possa diventare proprio ³⁶⁷.

Viste tali considerazioni introduttive, bisogna tenere a mente che il TMG non contiene alcuna definizione di *internet provider*. Perciò questa si deve estrapolare dalle caratteristiche di ogni singola attività di fornitura di servizi in *internet*, le quali devono ricadere nei parametri previsti dall'articolo 8, comma 1, ^{TMG}.

La dottrina ritiene necessaria una modifica alla legge, così da introdurre una definizione per ogni tipo di *provider*, includendo, tra l'altro una specifica lista

³⁶⁴ La norma è in linea con quanto previsto dall'articolo 45, paragrafo 1, degli accordi TRIPs.

³⁶⁵ S. Ernst, *Zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit für Hyperlinks auf fremde Inhalte*, pp. 23 e ss., Selbstverlag, 2009.

³⁶⁶ G. Splinder – F. Schuster, *Recht der elektronischen Medien: Kommentar*, pp. 7 e ss., GRUR, 2011.

³⁶⁷ T. Stadler, *Haftung für Informationen im Internet*, pp. 232 e ss., Erich Schmidt Verlag, 2005.

di diritti e di responsabilità, anziché una normativa generica e poco chiara³⁶⁸. La disciplina della responsabilità dei fornitori di servizi è regolata dagli articoli da 7 a 10 del TMG, che si fondano su un sistema di responsabilità limitata, e disciplinano le medesime attività previste nella Direttiva comunitaria.

L'articolo 7 TMG regola l'attività dell'*access provider* e stabilisce che la responsabilità è totalmente esclusa in due casi: quando egli fornisce all'utenza il mero accesso alla rete e quando crea copie temporanee nella fornitura del servizio.

Queste procedure avvengono automaticamente e, solitamente, i contenuti memorizzati non sono conosciuti dal fornitore.

Non vi deve, quindi, essere un controllo diretto su queste informazioni.

La disciplina in analisi, invece, non si applica nei casi in cui il *provider* collabora volontariamente con un utente al fine di commettere atti illeciti, fornendo servizi diversi da quelli di *mere conduit*³⁶⁹.

Per godere della limitazione della responsabilità, l'intermediario non deve essere il creatore del trasferimento di dati, non deve scegliere il destinatario di questi né deve determinare o modificare in alcun modo le informazioni inviate³⁷⁰.

Quindi, la responsabilità sorge se il fornitore è coinvolto in qualche maniera nella comunicazione dei dati³⁷¹.

Esso potrebbe, invece, essere considerato responsabile nel caso in cui sia a conoscenza dell'illiceità dei dati trasmessi e abbia le capacità di bloccarli.

Tale capacità non deve essere considerata solamente in senso tecnico ma anche tenendo in considerazione il principio di ragionevolezza³⁷².

Infatti, data la neutralità del servizio erogato, il blocco può essere esigibile solo in una serie di casi estremamente residuale, come quello in cui il fornitore

³⁶⁸ G. Splinder – F. Schuster, *op. cit.*, pp. 12 e ss.

³⁶⁹ *Ibid.*, pp. 16 e ss.

³⁷⁰ J.-P. Van Cutsem – A. Viggria – O. Gueth, *E-Commerce in the world*, pp. 196-197, Bruylant, 2003.

³⁷¹ A. Abovyan, *op. cit.*, pp. 110 e ss.

³⁷² M. De Cata, *op. cit.*, pp. 148 e ss.

sia l'unico collegamento all'accesso a siti che siano manifestamente illeciti

373

Il secondo comma dell'articolo 8 TMG, inoltre, spiega che le informazioni da comunicare per l'accesso non devono essere conservate per un tempo superiore a quello ragionevolmente necessario per la trasmissione stessa. Non è, comunque, chiaro cosa bisogna intendersi per "tempo ragionevole": parte di autorevole dottrina ritiene, *in primis*, che non è facile provare la ragionevolezza in un procedimento automatico, intermedio e transitorio, poiché questa può variare in base a diverse condizioni di natura tecnica, come un sovraccarico tecnico

374

La disciplina riguardante l'*hosting provider* viene introdotta all'articolo 10 TMG.

La prima parte di questo prevede l'esclusione della responsabilità se il fornitore non era effettivamente a conoscenza dell'illiceità dell'attività o delle informazioni ospitate e, in caso di azioni risarcitorie, se egli non era a conoscenza dei fatti e delle circostanze alla base di queste violazioni. Successivamente, viene stabilito l'irresponsabilità in casi di immediata rimozione di informazioni illecite o di blocco dell'accesso a queste, a seguito di un'apposita notificazione al *provider*. Viene, inoltre, specificato per "informazione illecita" si deve intendere un contenuto che è già stato oggetto di reclamo. Sono, invece, considerate "azioni illecite" quei casi in cui sono oggetto di reclamo attività di utilizzo di informazioni senza il necessario permesso degli aventi diritto

375

La limitazione della responsabilità è subordinata a diversi requisiti che sono stati chiariti e, talvolta estesi, dalla giurisprudenza tedesca. In relazione all'ultima disposizione analizzata, si nota come le due attività disciplinate dall'articolo 10, comma 2, devono essere alternative, cioè non devono necessariamente coesistere per far sorgere la responsabilità in capo al

³⁷³ K. J. Kölman – B. Hugenholtz, *Online service provider for copyright infringement*, in WIPO, pp. 24 e ss., 1999.

³⁷⁴ G. Splinder – F. Schuster, *op. cit.*, pp. 15 e ss.

³⁷⁵ J.-P. Van Cutsem – A. Viggria – O. Gueth, *op. cit.*, pp. 197-198.

provider. A riguardo la dottrina è pressoché unanime in quanto si basa su principi giuridici ormai acquisiti sui lavori preparatori ³⁷⁶. Inoltre, si è ritenuto che la conoscenza dell'illecito debba essere effettiva. La mera negligenza non fa, quindi, sorgere alcun tipo di responsabilità in capo all'intermediario ³⁷⁷. La dottrina ha notato un paradosso in tale norma: di fatti, il rischio di incorrere nella responsabilità civile aumenta all'aumentare dei controlli posti in essere dall'*host provider*, poiché vi sono maggiori probabilità di venire effettivamente a conoscenza di contenuti o di attività illecite ³⁷⁸. Lo stesso articolo 10 stabilisce che i fornitori di servizi di *hosting* non hanno un obbligo generale di vigilanza né di investigare su eventuali dati o attività illecite ospitate ³⁷⁹. Infine, l'articolo 9 TMG tratta la disciplina della responsabilità dei *caching provider*, come prevede anche la Direttiva 31/2001/CE. La limitazione della responsabilità per tali soggetti si applica solamente alle attività di memorizzazione automatica, intermedia e temporanea, poste in essere per garantire agli utenti un accesso più rapido alle informazioni. Secondo la norma in analisi, gli intermediari non sono responsabili quando non modificano le informazioni, rispettano le condizioni di accesso a queste e si conformi alle disposizioni di aggiornamento delle informazione, indicate dalle imprese del settore. Inoltre, deve agire prontamente al fine di rimuovere le informazioni memorizzate o di disabilitarne l'accesso, nel momento in cui venga effettivamente a conoscenza che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove inizialmente erano allocate, oppure nel caso in cui una corte o un'autorità amministrativa di vigilanza ne abbia disposto la rimozione o la

³⁷⁶ T. Hoeren, *Liability in the internet and the new German multimedia regulations*, in *Auters & Media*, pp. 308 e ss., 1998.

³⁷⁷ T. Hoeren – U. Sieber, *Handbuch Multimedia Recht: Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs*, pp. 67 e ss., Ergänzunglieferung, 2012.

³⁷⁸ T. Stadler, *op. cit.*, pp. 105 e ss.

³⁷⁹ G. Splinder – F. Schuster, *op. cit.*, pp. 236 e ss.

disabilitazione

380

Si può, così, notare come gli interessi confliggenti di *internet service provider* e di utenti e di autori ed altri soggetti aventi diritto siano abbastanza bilanciati dal *Telemediengesetz*.

Nonostante ciò, le disposizioni agli articoli da 7 a 10 TMG sono stati molto criticati a causa della mancanza di un obbligo di vigilanza in capo ai *provider* e per la mancanza di un procedimento equiparabile al *notice and take down* americano

381

2.5.3 - Procedimenti di *enforcement* previste dal diritto tedesco

Il sistema di *enforcement* tedesco in materia di proprietà intellettuale è noto per essere molto efficace ed efficiente grazie a giudici altamente specializzati ed a procedure rapide e snelle ma che rispettano gli standard di diritto internazionale

382

Questo quadro porta molte aziende private straniere ad entrare nel mercato tedesco in quanto consapevoli di avere una tutela effettiva dei propri interessi

383

Esistono procedure di *enforcement* a tutela del diritto d'autore di natura civilistica, penalistica e amministrativa. Bisogna, comunque, notare che molti operatori del settore preferiscono avvalersi di procedimenti arbitrali e di mediazione per tutelare i propri interessi

384

Sono legittimati a proporre un procedimento ordinario di *enforcement*: l'autore, il titolare dei diritti d'autore e dei diritti connessi e i possessori di diritti esclusivi d'uso dell'opera ogniqualvolta vengano violati tali diritti³⁸⁵.

³⁸⁰ A. R. Klett – M. Sonntag – S. Wilske, *Intellectual property law in Germany: relevant legislative instruments*, pp. 97 e ss., 2008.

³⁸¹ P. Breyer, *Verkehrssicherungspflichten von Internetdiensten im Lichte der Grundrechte*, pp. 396 e ss., MMR, 2009.

³⁸² M. Finger, *Doing IP in Germany – Advantages and Risks of the German IP Enforcement System*, in www.chinalawinsight.com.

³⁸³ V. Raden, *Außergerichtliche Konfliktregelung im gewerblichen Rechtsschutz*, pp. 444-445, GRUR, 2008.

³⁸⁴ A. R. Klett – M. Sonntag – S. Wilske, *op. cit.*, pp. 74 e ss.

³⁸⁵ P. E. Geller, *International copyright law and practice*, pp. 138 e ss., LexisNexis, 2010.

Elemento necessario per rivolgersi al giudice è l'esperimento obbligatoriamente di una fase pre-contenziosa. Questa consiste nell'invio da parte dell'avente diritto di una lettera di ingiunzione (chiamata *Abmahnungsschreiben*) all'utente che ha commesso una violazione chiedendo la cessazione dell'illecito, in modo da dare a questo l'opportunità di rimediare al danno commesso pagando una somma di denaro previsto dalla legge e, quindi, evitare l'inizio di un procedimento giudiziale³⁸⁶. Lo scopo di questa disposizione, introdotta nel 2008 tramite la modifica dell'articolo 91, *lett. a*), UrhG, è, per un verso, tutelare i diritti d'autore in rete e, per un altro verso, limitare i danni economici per gli individui che commettono violazioni di lieve entità³⁸⁷. Se la fase pre-contenziosa non va a buon fine oppure in casi di particolare gravità e urgenza, può essere adito il tribunale civile. In Germania, i contenziosi ordinari in materia di diritto d'autore sono assegnati a divisioni specializzate, appartenenti alle diverse corti distrettuali dei sedici *Länder* tedeschi³⁸⁸. Il procedimento in analisi presenta molte analogie con quanto previsto in Francia dalla normativa HADOPI. Vi sono, però, anche varie differenze, fra le quali, la maggiore, riguarda la mancanza nella legge tedesca di un istituto amministrativo *ad hoc* per la risoluzione delle controversie in materia di proprietà intellettuale in *internet*³⁸⁹. Si può, quindi, affermare che in Germania non sia previsto uno strumento simile a quello disciplinato dal regolamento AGCom in Italia, ergo non è presente alcuna autorità amministrativa indipendente avente poteri di vigilanza in tale materia. L'*Urheberrechtsgesetz*, in ogni caso, prevede delle tutele di natura amministrativa limitatamente alla violazione delle misure tecnologiche di protezione.

³⁸⁶ A. Abovyan, *op. cit.*, pp. 297 e ss.

³⁸⁷ G. Cumming – M. Freudenthal – R. Janal, *Enforcement of intellectual property rights in Dutch, English and German civil procedures*, p. 271, Kluwer Law International, 2008.

³⁸⁸ P. E. Geller, *op. cit.*, pp. 137 e ss.

³⁸⁹ A. Abovyan, *op. cit.*, pp. 317 e ss.

L'articolo 108 UrhG prevede che azioni di aggiramento, di rimozione o di alterazione di tali misure sono punibili in base all'articolo 111, *lett. a)*, UrhG, il quale prevede sanzioni amministrative pecuniarie ³⁹⁰ .

³⁹⁰ M. Macdonald – U. Suthersanen – C. Carrigues, *Copyright: world law & policy*, pp. 49 e ss., Oxford University Press, 2011.

Capitolo 3 – Applicazioni giurisprudenziali della disciplina positiva sulla responsabilità degli *internet service provider*

Il movimento della codificazione, con l'ampio numero di idee che porta con sé, contraddistingue la successione dal diritto alla legge e definisce il ruolo del giudice quale quello di operatore di una macchina progettata dal legislatore. In tale contesto, la giurisprudenza non è formalmente fonte del diritto. Anche se le sentenze emesse non si fondano sul brocardo latino, tipico dei sistemi di *common law*, dello *stare decisis et quia non movere*, la realtà dei fatti appare molto differente, poiché esse influiscono in maniera effettiva nella concreta applicazione delle norme codificate. Nessun operatore del settore oggi potrebbe seriamente contestare il ruolo del diritto giurisprudenziale, anche se i giudici si giustificano trincerando “*la loro attività creativa dietro lo schermo della interpretazione e della concretizzazione della volontà del legislatore*”³⁹¹.

Il finissimo giurista francese del XVIII secolo Jean-Etienne-Marie Portalis, redattore del *Code Napoleon*, affermava che “*un codice, per quanto completo possa apparire, è a malapena entrato in vigore che mille questioni inaspettate si presentano al giudice*”³⁹², il quale è, quindi, chiamato a riempire progressivamente i vuoti che vengono lasciati dal legislatore, utilizzando tecniche ermeneutiche proposte da questi, e valvole di sfogo, come le clausole generali, che intenzionalmente gli offre. Per questi motivi, è necessario analizzare le più importanti e recenti decisioni dei giudici comunitari, italiani e tedeschi, così da creare un quadro completo della disciplina della responsabilità civile dell'*internet service provider*.

³⁹¹ S. Civitelli, *Il ruolo della giurisprudenza nel sistema delle fonti*, in www.interlex.it, cit.

³⁹² J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de Code Civil*, 1801, cit.

3.1 – La giurisprudenza comunitaria e la responsabilità del *provider*

Il sistema dell'Unione Europea si è consolidato nettamente grazie ad una pratica applicativa che ha garantito un funzionamento stabile negli ultimi 50 anni, in base a maturi parametri normativi e al rispetto dei diritti degli individui.

In tale sistema, la giurisprudenza comunitaria ha garantito la continuità del procedimento di integrazione e di armonizzazione che, sul piano giuridico, ha evidenziato sempre segni costanti di vitalità, anche in momenti politici molto delicati della storia dell'Unione, come la mancata ratifica della Costituzione europea da parte di Olanda e Francia. Inoltre, questa ha contribuito, anche recentemente, grazie a diverse sentenze fondamentali della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE), al consolidamento dell'ordinamento comunitario in varie materie, fra le quali si annoverano il commercio elettronico, la tutela del diritto d'autore e la responsabilità dei fornitori di servizi in *internet*³⁹³. L'opera della Corte si è, infatti, anche rivolta verso le Direttive precedentemente analizzate, in particolare quella riguardante il commercio elettronico, facendo chiarezza su alcuni punti molto dibattuti a livello dottrinale.

3.1.1 – Le Sentenze *Google France* e *L'Oreal* della Corte di Giustizia dell'Unione Europea

Due delle sentenze più rilevanti della CGUE sono *Google France*³⁹⁴ e *L'Oreal*³⁹⁵, le quali riguardano la disciplina della responsabilità dell'*host provider* ex articolo 14 della Direttiva 31/2000/CE. La prima causa riguarda la responsabilità di Google rispetto al *software* "AdWords", un servizio di geo-localizzazione a pagamento in rete, mentre la

³⁹³ S. M. Carbone, *Il ruolo della giurisprudenza comunitaria nell'integrazione europea*, in www.federalismi.it.

³⁹⁴ Sentenza C-236/08 - C-238/08 del 23 Marzo 2010.

³⁹⁵ Sentenza C-324/09 del 12 Luglio 2011.

seconda riguarda la società eBay e la gestione del suo mercato elettronico³⁹⁶. Per quanto riguarda la prima pronuncia, il Considerando 42 della Direttiva sul commercio elettronico afferma chiaramente che le deroghe alla responsabilità previste dalla normativa comunitaria si applicano solamente ai casi “*in cui l'attività di prestatore di servizi della società dell'informazione si limiti al processo tecnico di attivare e fornire accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni messe a disposizione da terzi al solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione*”.

La disposizione, inoltre, aggiunge che “*siffatta attività è di ordine meramente tecnico, automatico e passivo*” con la conseguenza che “*il prestatore di servizi della società dell'informazione non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate*”³⁹⁷.

Basandosi su tale norma, la CGUE ha affermato che l'articolo 14 della Direttiva debba essere interpretato in modo che questa disposizione “*si applica al prestatore di un servizio di posizionamento in rete qualora tale prestatore non abbia svolto un ruolo attivo, atto a conferirgli la conoscenza o il controllo dei dati memorizzati*”³⁹⁸.

Se il *provider* non ha avuto questo ruolo, esso non può essere considerato responsabile per le informazioni memorizzate su richiesta di un utente, “*salvo che, essendo venuto a conoscenza della natura illecita di tali dati o attività di tale inserzionista*”, non abbia rimosso prontamente i contenuti o non ne abbia disabilitato l'accesso³⁹⁹.

Successivamente, la Corte di Giustizia ha ripreso e approfondito ulteriormente tale questione nella sentenza C-324/09, introducendo due rilevanti profili nell'interpretazione dell'articolo 14⁴⁰⁰.

Il primo riguarda lo stato di “passività” dell'*host provider*: i giudici comunitari

³⁹⁶ A. M. Rovati, *op. cit.*, 90 e ss.

³⁹⁷ Considerando 42 della Direttiva 31/2000/CE, cit.

³⁹⁸ Sentenza C-236/08-C-238/08, punto n°3 del dispositivo, cit.

³⁹⁹ *ibid.*

⁴⁰⁰ J. B. Nordemann, *Liability of social networks for IP infringements: the EU law regime after L'Oreal/eBay*, in AIDA, 2001.

hanno affermato nuovamente che la responsabilità non sorge se il fornitore di servizi “anziché limitarsi ad una fornitura neutra del servizio di hosting, mediante un trattamento puramente tecnico e automatico dei dati forniti” svolga un ruolo attivo, finalizzato a conferirgli un controllo o una conoscenza di questi dati⁴⁰¹.

Nel caso in cui egli “abbia prestato un’assistenza consistente, segnatamente nell’ottimizzare la prestazione delle offerte in vendita, di cui trattasi, e nel promuovere tali offerte” bisogna considerare che esso non abbia avuto una posizione neutra tra il venditore e gli acquirenti potenziali, ma abbia avuto un ruolo attivo “atto a conferirgli una conoscenza o un controllo dei dati relativi a dette offerte”⁴⁰².

Da quanto detto, consegue che il *provider* non può avvalersi della deroga della responsabilità ex art. 14.

Il secondo profilo interpretativo dell’articolo in analisi riguarda, invece, la circostanza per la quale l’*host provider* è al corrente dell’informazione illecita. A riguardo, la Corte ha previsto che, quando esso non abbia avuto un ruolo attivo nell’operazione, rientrando nella disciplina dell’articolo 14, comma 1, “il gestore di un mercato online, in una causa che può comportare una condanna al pagamento di un risarcimento danni, non può avvalersi dell’esonero della responsabilità” nel caso in cui fosse al corrente di fatti o circostanze per le quali “un operatore diligente avrebbe dovuto constatare l’illiceità delle offerte in vendita”.

La stessa si applica anche nel caso in cui egli fosse a conoscenza dell’illecito e non abbia agito prontamente alla rimozione.

La CGUE ha considerato che questo possa avvenire in almeno due ipotesi: la prima riguarda “l’esistenza di un’attività o di un’informazione illecita a seguito di un esame effettuato di propria iniziativa”, invece, la seconda concerne “la situazione in cui gli sia notificata l’esistenza di un’attività o di un’informazione siffatta”.

Nella seconda fattispecie in analisi, anche se una notifica può fare venire meno

⁴⁰¹ Sentenza *Google France e Google*, punti nn° 114 e 120, cit.

⁴⁰² *ibid.*, cit.

automaticamente il diritto all'esonero della responsabilità *ex art. 14*, “*resta il fatto che essa costituisce, di norma, un elemento di cui il giudice nazionale deve tenere conto per valutare [...] l'effettività della conoscenza*” da parte del *provider* di circostanze e fatti secondo quali un diligente operatore economico avrebbe dovuto accertare l'illiceità⁴⁰³.

Con la sentenza *L'Oreal* la Corte si è pronunciata circa l'estensione dell'inibitoria prevista dall'articolo 11, comma 3, della Direttiva 48/2004/CE per il *provider* che gestisce un mercato in rete⁴⁰⁴.

Nello specifico, la CGUE ha stabilito che, rispettando sempre il principio di proporzionalità, i giudici di ogni Paese membro dell'Unione Europea possono obbligare il gestore di un mercato in *internet* di adottare provvedimenti atti a contribuire “*non solo a fare cessare le violazioni di tali diritti ad opera degli utenti del mercato ma anche a prevenire nuove violazioni della stessa natura*”⁴⁰⁵.

Nell'ambiente digitale non è, però, mai facile definire i parametri di comportamento del *provider* professionale e diligente in caso di violazioni del diritto d'autore e dei diritti connessi. L'individuazione dei criteri, infatti, può dipendere da vari fattori, come l'evidenza dell'illecito.

Un fornitore di servizi diligente certamente deve, *in primis*, attivarsi in presenza di una chiara e manifesta violazione di diritti esclusivi, per esempio a seguito di una segnalazione circostanziata pervenuta mediante una procedura di *notice and take down*.

E', invece, meno facile anche per un *provider* diligente determinare se un certo utilizzo di opere protette rientri nell'area delle eccezioni o delle limitazione all'esclusiva, come quando l'utilizzazione avvenga con “*finalità illustrative per uso didattico o di ricerca scientifica*”, *ex* articolo 5, comma 3, lett. a), della Direttiva 29/2001/CE⁴⁰⁶.

⁴⁰³ Sentenza *Google France e Google*, punto n° 122.

⁴⁰⁴ A. M. Rovati, *op. cit.* pp. 91 e ss.

⁴⁰⁵ Sentenza C-324/09, punto n° 7 del dispositivo.

⁴⁰⁶ A. M. Rovati, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, pp. 130 e ss., CEDAM, 2012.

3.1.2 – La sentenza *Scarlet* e il c.d. “filtro preventivo”

La giurisprudenza comunitaria si è espressa anche in relazione alla disciplina prevista dall’articolo 15 della Direttiva 31/2000/CE, circa l’adozione di un “filtro preventivo” da applicare ai contenuti trasmessi in rete, al fine di proteggere un’ampia serie di interessi, fra i quali quelli dei titolari di diritti d’autore.

Come trattato in precedenza, l’articolo in analisi, inserito nell’ordinamento italiano con D.Lgs. 70/03 all’art. 17, prevede espressamente l’assenza di un obbligo generale di sorveglianza in capo ai fornitori di servizi della società dell’informazione.

Anche in assenza di obblighi posti dalla legge, i *provider* possono, però, decidere autonomamente o in base a un contratto di applicare delle misure che agiscano da filtro.

L’esecuzione volontaria di un’attività di filtraggio ha lo scopo di diminuire il rischio di commissione di illeciti; per tale ragione, questa non dovrebbe in generale aumentare la responsabilità del *provider*, consentendo, così, di ritenerlo inserito attivamente nella comunicazione di informazioni o consapevoli di un’eventuale violazione, *ex art. 14 della Direttiva 31/2000/CE*⁴⁰⁷.

La Corte di Giustizia dell’Unione Europea, con la sentenza *Scarlet*⁴⁰⁸, si è pronunciata sulla compatibilità dell’adozione obbligatoria di un sistema di *filtering* che protegga i contenuti protetti con il diritto comunitario. Con questa decisione, in generale, i giudici hanno sostenuto che: “*la tutela del diritto fondamentale di proprietà, di cui fanno parte i diritti di proprietà intellettuale, deve essere bilanciata con quella degli altri diritti fondamentali*”, come la libertà d’impresa, la tutela dei dati personali e il diritto all’informazione.

Da ciò, hanno affermato che il bilanciamento fra tutela dei diritti di proprietà intellettuale e interessi contrari comporta, nel caso concreto sottoposto alla

⁴⁰⁷ G. Sartor, *Social network e responsabilità dei provider*, in *AIDA*, pp. 52 e ss., 2011.

⁴⁰⁸ Sentenza della CGUE C-70/10 del 24 Novembre 2011.

CGUE, che le Direttive 29/2001, 31/2000, 48/2004 e 58/2002, se lette in combinato disposto e considerando i diritti fondamentali applicabili, devono essere interpretate in modo che “*ostano ad un’ingiunzione ad un fornitore di accesso di internet di predisporre un sistema di filtraggio*”⁴⁰⁹ delle comunicazioni elettroniche transitanti per i suoi servizi, come anche i programmi di *peer-to-peer*, che si applichi in via preventiva a tutti gli utenti, a proprie spese e senza limiti temporali; e che sia idonea a identificare nel *network* del fornitore la circolazione di dati contenenti opere protette rispetto alla quale “*chi chieda l’ingiunzione affermi di vantare diritti d’autore che sarebbero altrimenti pregiudicati*”⁴¹⁰.

Quindi, la Corte esclude che un fornitore di accesso a *internet* ex articolo 12 della Direttiva 31/2000/CE abbia l’obbligo di predisporre speciali misure di filtraggio delle informazioni trasmesse per tutela i titolari dei diritti d’autore e i diritti connessi. Il proprio convincimento si basa proprio sulla disposizione all’articolo 15 della Direttiva sul commercio elettronico. Per la CGUE, un’ingiunzione di tale genere potrebbe causare una violazione grave della libertà di impresa del fornitore di accesso a *internet* in questione, in quanto lo obbligherebbe a prevedere un sistema informatico costoso, permanente, complesso e totalmente a suo carico, il quale, in aggiunta, sarebbe contrario all’articolo 3, comma 2, della Direttiva 48/2004⁴¹¹ e al principio di proporzionalità ex articolo 5, comma 4, del TUE⁴¹².

Inoltre, quest’obbligo positivo di *facere* per gli *internet service provider* non sarebbe coerente con quanto disposto dall’articolo 15 della Direttiva 31/2000/CE che, come precedentemente analizzato, prevede l’assenza dell’obbligo generale di sorveglianza e di controllo. A riguardo, la Corte afferma che “*occorre dichiarare che l’ingiunzione rivolta al fornitore di accesso ad internet in questione di predisporre il sistema di*

⁴⁰⁹ A. M. Rovati *op. cit.*, p. 94, cit.

⁴¹⁰ Sentenza della CGUE C-70/10, punto n°6 del dispositivo.

⁴¹¹ L. Nivarra, *L’enforcement dei diritti di proprietà intellettuale dopo la Direttiva 2004/48/CE*, in *Rivista di diritto industriale*, pp. 10 e ss., 2005.

⁴¹² G. Scaccia, *Il principio di proporzionalità*, in S. Mangiameli, *L’ordinamento europeo. L’esercizio delle competenze*, pp. 225 e ss., Giuffrè, Milano, 2006.

*filtraggio controverso lo obbligherebbe a procedere ad una sorveglianza attiva su tutti i dati di ciascuno dei suoi clienti per prevenire qualsiasi futura violazione di diritti di proprietà intellettuale”*⁴¹³.

Da tale attestazione si evince che questa ingiunzione impone al *provider* una sorveglianza generalizzata.

Inoltre, l'utilizzo di misure di filtraggio preventive così ampie potrebbe ledere anche il diritto all'informazione e alla libera manifestazione del pensiero degli utenti del fornitore, anche perché “*tale sistema potrebbe non essere in grado di distinguere adeguatamente fra un contenuto lecito ed un contenuto illecito, sicché il suo impiego potrebbe produrre il risultato di bloccare comunicazioni aventi un contenuto lecito*”⁴¹⁴.

Di fatti, è indiscusso che il problema della liceità di una trasmissione dipenda anche dall'applicazione delle eccezioni previste dalla legge al diritto d'autore, le quali variano da uno Stato membro ad un altro. Inoltre, in alcuni di questi Paesi certe opere possono essere di pubblico dominio o essere messe a disposizione del pubblico *online* gratuitamente da parte degli aventi diritto⁴¹⁵.

3.1.3 – La sentenza Sabam c. Netlog

La Corte di Giustizia, successivamente, in data 16 Febbraio 2012, con la sentenza C-360/10 *Sabam c. Netlog*, ha esteso i principi sanciti nel caso *Scarlet*, validi solo per l'*access provider*, anche all'*host provider* con riferimento al sistema di filtraggio preventivo idoneo a identificare i *file* che contengono opere protette, così da evitarne la messa a disposizione illecita⁴¹⁶. La causa è da fare risalire all'azione legale promossa dalla Sabam, l'equivalente belga della SIAE, contro Netlog, un *provider* che permetteva il *download* gratuito e lo scambio di opere musicali protette tramite il proprio

⁴¹³ Sentenza della CGUE C-70/10, punto n°40 del dispositivo, cit.

⁴¹⁴ Sentenza della CGUE C-70/10, punto n°52 del dispositivo, cit.

⁴¹⁵ A. Bertoni – M. L. Montagnani, *Il ruolo degli intermediari internet tra tutela del diritto d'autore e valorizzazione della creatività in rete*, in *Giurisprudenza commerciale*, pp. 545 e ss., 2013.

⁴¹⁶ *ibid.*, p. 543.

portale.

La Sabam chiedeva che la controparte adottasse misure di filtraggio preventive, a prescindere da un effettivo riscontro di violazioni del diritto d'autore da parte degli utenti del servizio. Veniva, quindi, chiesta l'applicazione di misure di natura preventiva e non repressiva. Nonostante la predisposizione di tali filtri da parte del *provider*, a seguito della sentenza di condanna di primo grado, si riscontrò che queste non erano funzionanti per i sistemi *peer-to-peer* in quanto bloccava anche *file* aventi contenuti leciti ⁴¹⁷.

La Corte di Giustizia, prendendo spunto dalla precedente sentenza *Scarlet*, accorpano i principi di libertà imprenditoriale e di giusto bilanciamento disponendo che “*adottando un'ingiunzione che costringa il prestatore di servizi di hosting a predisporre il sistema di filtraggio controverso, il giudice nazionale in questione non rispetterebbe l'obbligo di garantire un giusto equilibrio tra il diritto di proprietà intellettuale da un lato, e la libertà di impresa, il diritto alla tutela dei dati personali e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni dall'altro*” ⁴¹⁸.

La Corte, quindi, conclude stabilendo che il giudice nazionale non abbia rispettato il bilanciamento fra diritti di proprietà intellettuale e di libertà di informazione, obbligando il *provider* ad applicare un sistema di filtraggio generalizzato, indiscriminato e preventivo. Perciò, il provvedimento deve ritenersi non compatibile con la normativa comunitaria e illegittimo. Nella propria decisione, la CGUE non ha condannato a priori le misure antipirateria ma le ha subordinate alla copertura normativa delle leggi nazionali, le quali dovranno prevedere un giusto bilanciamento fra gli interessi contrastanti, poiché non può essere considerato lecito un sistema di controllo preventivo che comporti un blocco di contenuti anche legali. Queste considerazioni non sono solamente finalizzate a tutelare i diritti fondamentali degli utenti in *internet*, quali libertà d'espressione e *privacy*, e i diritti di proprietà intellettuale ma anche il diritto del *provider* di offrire i

⁴¹⁷ G. Cassano – G. Scorza – G. Vaciago, *op. cit.*, pp. 432 e ss.

⁴¹⁸ Sentenza della CGUE C-360/10, punto n°17 del dispositivo, cit.

propri servizi, in linea con quanto prevede la normativa comunitaria dettata in tale materia dalla Direttiva 31/2000/CE. Quindi, la Corte stabilisce che relativamente a Netlog, identificato come un *host provider*, “le Direttive 31/2000/CE [...]; 29/2001/CE [...] e 48/2004/CE, lette in combinato disposto ed interpretate alla luce delle esigenze di tutela dei diritti fondamentali applicabili, devono essere interpretate nel senso che ostano all’ingiunzione, rivolta da un giudice nazionale ad un prestatore di servizi di hosting, di predisporre un sistema di filtraggio: delle informazioni memorizzate sui server di detto prestatore dagli utenti dei suoi servizi; che si applichi indistintamente nei confronti di tutti questi utenti; a titolo preventivo; a spese esclusive del prestatore; e senza limiti nel tempo, idoneo ad identificare i file elettronici contenenti opere [protette] rispetto alle quali il richiedente il provvedimento di ingiunzione affermi di vantare diritti di proprietà intellettuale, onde bloccare la messa a disposizione del pubblico di dette opere, lesiva del diritto d’autore”⁴¹⁹.

Queste decisioni, quindi, impongono a tutti i giudici degli Stati membri di disapplicare le norme nazionali ogniqualvolta esse siano in contrasto con tali sentenze⁴²⁰.

3.2 – La giurisprudenza italiana: dalla sentenza *RTI c. Youtube* a oggi

Per comprendere a pieno le varie decisioni che nel corso degli ultimi anni hanno modificato radicalmente l’interpretazione della Direttiva 31/2000/CE bisogna, prima di tutto, individuare dove e quando sia stato posto il seme di questa giurisprudenza. La prima interessante sentenza emessa dai giudici italiani riguarda il caso *RTI c. Youtube*, risalente al 2009⁴²¹. Youtube, noto *host provider*, veniva accusato di aver messo a disposizione del pubblico sul proprio sito molteplici parti di programmi televisivi, cui RTI era

⁴¹⁹ Sentenza della CGUE C-360/10, punto n°62 del dispositivo, cit.

⁴²⁰ G. Cassano – G. Scorza – G. Vaciago, *op. cit.*, pp. 435 e ss.

⁴²¹ Sentenza del Tribunale di Roma del 16 Dicembre 2009.

titolare dei diritti. Esso invocava a propria difesa le disposizioni *ex* articoli 16 e 17 del D.Lgs. 70/03, affermando di aver operato quale semplice fornitore di servizi sul *web*.

Il collegio giudicante ha smentito tali dichiarazioni asserendo che, nel caso di specie, bisognava considerare l'introduzione del principio per il quale l'assenza di un obbligo generale di sorveglianza debba essere valutata caso per caso, quindi in concreto ⁴²².

Questo innovativo ragionamento era giustificato da una serie di osservazioni. In primo luogo, si considerava che le condizioni di fornitura del servizio (i c.d. *terms and conditions*) includevano l'obbligo di Youtube di verificare i dati caricati sui propri *server* e, in presenza di violazioni, rimuovere i contenuti ritenuti illeciti.

Veniva, inoltre, considerato che il *provider* non si limitava a fornire una connessione ma anche ulteriori servizi, come *hosting*, *caching* e indicizzazione di contenuti, i quali comportavano la possibilità di applicare la disciplina sulla responsabilità civile in modo più vasto.

Infine, veniva confermata la non esigibilità di controlli preventivi da parte del Giudice, il quale, però, aggiungeva che Youtube, a dispetto delle numerose richieste provenienti dalla controparte, sia in sede giudiziale che stragiudiziale, non avesse mai bloccato l'accesso né rimosso le trasmissioni delle opere protette ⁴²³.

Quest'ultimo aspetto dell'ordinanza emessa è molto importante poiché afferma nuovamente il concetto secondo il quale, per la punibilità di un *internet service provider*, non è sufficiente che sia unanimemente noto che esso ponga in *internet* dei contenuti potenzialmente protetti dal diritto d'autore, in quanto l'obbligo di rimozione sorge solamente nel momento in cui il soggetto che ritiene lesi i propri diritti sull'opera individua gli specifici contenuti da rimuovere ⁴²⁴.

Tale decisione si fonda anche su quanto emesso dalla Corte statunitense del

⁴²² O. Troiano, *L'impresa di content, host e access providing*, in *AIDA*, pp. 354 e ss., 2011.

⁴²³ G. Cassano – G. Scorza – G. Vaciago, *op. cit.*, pp. 423 e ss.

⁴²⁴ C. Rossello, *Riflessioni de jure in materia di responsabilità del provider*, in *Diritto dell'informazione*, pp. 616 e ss., 2010.

Nono Circuito nel procedimento *Viacom Int. Inc. v. Youtube Inc.*⁴²⁵. Le medesime conclusioni del Tribunale di Roma sono state, successivamente, riprese nel procedimento contro i gestori del sito The Pirate Bay, nel quale i giudici hanno affermato che “*se il sito web si limitasse a mettere a disposizione il protocollo di comunicazione per consentire la condivisione di file, contenenti l’opera coperta dal diritto d’autore, [...] ed il loro trasferimento tra utenti, il titolare del sito stesso sarebbe in realtà estraneo al reato. Però se il titolare del sito non si limita a ciò, ma fa qualcosa di più – ossia indicizza le informazioni gli vengono dagli utenti [...], il sito cessa di essere un mero corriere che organizza il trasporto di dati*”⁴²⁶. Da tali considerazioni si nota una prima interpretazione evolutiva in materia di responsabilità degli *internet service provider*: la necessità di valutare in concreto l’attività svolta da questo, cioè caso per caso.

3.2.1 – La sentenza *Vividown c. Google*

Un’ulteriore sentenza centrale per la comprensione della recente evoluzione della giurisprudenza in questo tema è quella resa per il caso *Vividown c. Google*.

Anche se tale procedimento riguarda violazioni della *privacy*, possono trarsi elementi importanti circa l’interpretazione evolutiva della responsabilità dei fornitori di servizi in *internet*. Infatti, Google aveva sostenuto a propria difesa di poter godere della protezione *ex* articolo 17 del D.Lgs. 70/03, in quanto sosteneva di essere un mero intermediario che offre un servizio. A tal proposito, affermava che il sito Google Video fosse solamente un *host provider* e, per questa ragione, non fosse responsabile del contenuto delle informazioni immesse sullo stesso, anche basandosi su quanto previsto dalla Direttiva 31/2000/CE.

⁴²⁵ U.S. District Court – Southern District of New York, caso *Viacom International, Inc. et al. v. Youtube, Inc. et al.*, N° 1:2007cv02103.

⁴²⁶ Corte di Cassazione, sentenza n°49437 del 23 dicembre 2009.

Inoltre, dichiarava che non vi fosse alcun obbligo di controllo preventivo da parte della stessa società di *hosting*, né tantomeno un obbligo generale di ricercare circostanze o fatti dimostranti l'esistenza di attività illecite sui medesimi contenuti ⁴²⁷.

In questo caso, la tesi del richiedente viene smentita tramite una concreta analisi delle attività svolte dal *provider* Google Video ⁴²⁸. La società è, però, stata qualificata dai giudici del tribunale come un *content provider*, quindi un fornitore di servizi diverso dal semplice *host provider*, poiché esso contribuisce alla creazione e alla memorizzazione dei contenuti gestiti.

Il collegio giudicante è giunto a questo ragionamento tenendo in considerazione l'utilizzo del sistema degli "Adwords", cioè un sistema di pubblicità usato da Google con i propri utenti ⁴²⁹, il quale permette al fornitore del servizio di indicizzare, organizzare e gestire i contenuti presenti nei *server* al fine di trarre profitti.

Coerentemente, è stato affermato che, se il *provider* lucra tramite la propria attività, di conseguenza la disciplina circa la responsabilità da applicare al caso di specie non può essere diversa da quella che viene prevista dalle norme di diritto civile, non potendosi applicare le esenzioni previste dal Decreto sul commercio elettronico ⁴³⁰.

In conclusione, come autorevole dottrina aveva già sostenuto, il fornitore di servizi professionale che trae ingenti profitti mediante la raccolta pubblicitaria è capace di farlo proprio poiché ha le capacità tecniche di offrire ai propri utenti un tipo di pubblicità basata sulle loro preferenze, così da abbinare certi contenuti pubblicitari ai dati ospitati dal sito. In tale ipotesi, non è facile definire questo genere di attività come di semplice intermediazione in quanto si pone ai limiti con la figura del fornitore di

⁴²⁷ cfr., Tribunale di Milano, Sezione IV, sentenza n° 1972 del 24 Febbraio 2010.

⁴²⁸ F. Delfini, *La responsabilità dei prestatori intermediari nella Direttiva 2000/31/CE e nel D.Lgs. 70/03*, in *Rivista di diritto privato*, pp. 66 e ss., 2004.

⁴²⁹ *Adwords* è un sistema che permette agli utenti, mediante l'uso di parole chiave, di allegare i propri prodotti ai contenuti che essi ritengono avere maggiore rilevanza con i beni da pubblicizzare.

⁴³⁰ G. Cassano – G. Scorza – G. Vaciago, *op. cit.*, pp. 424 e ss.

contenuti

431

Il tribunale ha anche aggiunto che non vi è alcun obbligo per Google di porre un controllo preventivo dei dati immessi, ma ritiene necessario che il *provider* garantisca una corretta e puntuale informazione, “*da parte di chi accetti e apprenda dati provenienti da terzi, ai terzi che questi dati consegnano*”. Di fatti, dato che il fornitore di servizi diffonde le informazioni comunicate, esso diviene responsabile poiché si configura come “*host attivo*”. Mediante questa decisione, la giurisprudenza ha introdotto due concetti molto importanti che saranno ripresi da altri giudici successivamente: il concetto di interesse economico rilevante, per la qualificazione del tipo di responsabilità da applicare; e la figura dell’*host attivo*, inteso come diffusore dei dati raccolti

432

3.2.2 – Il caso RTI c. Italia Online

Un’ulteriore sentenza da analizzare riguarda il caso *RTI c. Italia Online* del 2011.

Questa parte dal presupposto che la definizione di *provider*, come previsto dal D.Lgs. 70/03, non possa essere considerata senza una previa analisi concreta delle questioni interpretative che sorgono nei singoli casi, poiché la Direttiva che l’ha introdotta si fondava su criteri non più compatibili con l’evoluzione del *web*.

Il Giudice ha effettuato una differenziazione fra *provider* attivo e passivo. Il primo svolge un ruolo nell’organizzazione, nell’indicizzazione e nella comunicazione, perciò la sua responsabilità sarà considerata applicando le norme ordinarie sulla responsabilità civile. Il secondo, invece, offre solamente un servizio di memorizzazione dei dati, senza avere alcun ruolo attivo nell’indicizzazione e nella comunicazione di questi.

⁴³¹ C. Rossello – G. Finocchiaro – E. Tosi, *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale. La nuova disciplina*, pp. 131 e ss., Giappichelli, Torino, 2003.

⁴³² A. G. Parisi., *Il commercio elettronico*, in S. Sica e V. Zencovich, *Manuale di diritto dell’informazione e dell’informatica*, pp. 350 e ss., Cedam, 2007.

Quindi, vengono applicate totalmente le disposizioni previste dal D.Lgs. 70/03

433

Si può, così, affermare che oggi il fornitore di servizi in *internet* non è un soggetto completamente neutro e passivo circa l'organizzazione e la gestione delle informazioni immesse dai suoi utenti, poiché da questi trae vantaggi economici tramite lo sfruttamento delle pubblicità connesso alla presentazione di questi contenuti.

L'Organo Giudicante ha sottolineato come nel caso in analisi, i gestori del sito Italia Online siano da considerare degli *host provider* attivi, intesi come una figura intermedia fra l'*host provider* passivo e il *content provider*. Questa identificazione è il frutto di una concreta valutazione degli illeciti denunciati dalla società RTI, la quale riteneva che i propri diritti d'autore fossero stati violati a causa della presenza di parti di trasmissioni appartenenti a RTI sul sito della controparte⁴³⁴.

Gli elementi individuati dai giudici, prevalentemente, sono: l'utilizzo di Adwords, come già visto anche nella precedente sentenza precedente; l'esistenza del servizio "video correlati", che permetteva agli utenti di essere indirizzati automaticamente ad altri video simili a quello ricercato; le parti di trasmissioni presenti erano stati caricati direttamente dai gestori del sito Italia Online; e, infine, i termini e le condizioni del contratto posti dal sito prevedevano il potere del *provider* di rimuovere eventuali contenuti illeciti. Date queste condizioni, è semplice comprendere che i giudici abbiano applicato i criteri giurisprudenziali precedentemente individuati. Essi, però, sono andati oltre la decisione pregressa, stabilendo altri capisaldi dell'evoluzione tecnica e giuridica della materia. Condannando Italia Online a rimuovere i contenuti di RTI, viene data molta rilevanza al fatto che il fornitore di servizi fosse rimasto totalmente inerme nonostante le molteplici segnalazione di illeciti da parte del ricorrente. A tal proposito, la sentenza, testualmente, recita: "*premesso che, anche per i soggetti rientranti nel campo delle esenzioni di responsabilità stabilite [...]*

⁴³³ A. M. Rovati, *op. cit.*, 115 e ss.

⁴³⁴ C. Rossello – G. Finocchiaro – E. Tosi, *op. cit.*, pp. 135 e ss.

dal D.Lgs. 70/03, l'informazione sulla presenza di diritti di terzi determina comunque l'insorgenza di obblighi di attivazione per il prestatore dei servizi, ancora prima della ricezione della parte dell'autorità giudiziaria o amministrativa dell'ordine di rimozione del contenuto illecito, [...] deve ritenersi che nel caso in specie la sostanziale inattività della parte convenuta rispetto alla segnalazione della presenza di numerosi contenuti audiovisivi in violazione del diritto d'autore, eseguita da RTI con diffida, sia comportamento idoneo a determinare un positivo riscontro circa la colposa responsabilità di IOL – quantomeno a partire dalla data di ricezione di detta diffida e per i programmi ivi indicati – per l'indebita riproduzione di contenuti” ⁴³⁵ .

Il giudice, oltre tale considerazione, ha ribadito l'impossibilità di un controllo preventivo del *provider* dei contenuti immessi dagli utenti *“per la complessità tecnica che un controllo del genere richiederebbe”* ⁴³⁶ .

Inoltre, ha riaffermato la necessità del diritto alla libertà del *web*, in quanto un controllo del genere contrasterebbe *“con forme di libera manifestazione del pensiero o di utilizzazione di contenuti protetti dal diritto d'autore per i quali possa fondatamente richiamarsi una delle ipotesi di utilizzazione libera”*⁴³⁷ .

I giudici, in aggiunta, stabiliscono quali sono le condizioni in presenza delle quali il fornitore di servizi dovrà attivarsi immediatamente al fine di rimuovere i contenuti o di disabilitarne l'accesso ⁴³⁸ .

Valutando in concreto le ipotesi di illecito del caso in analisi insieme alle disposizioni *ex* articolo 14, comma 2, del D.Lgs. 70/03, il Tribunale ha previsto che non possa essere sufficiente per ottenere la rimozione un'indicazione generica delle opere che si ritengono essere state diffuse in violazione delle norme sul diritto d'autore, ma è necessario che, partendo da questa indicazione, è possibile effettuare una ricerca automatizzata, tramite parole chiave, allo scopo di evidenziare tutti i “video correlati” alla

⁴³⁵ Tribunale di Milano, sentenza n° 760 del 16 Giugno 2011, punto 31 del dispositivo, cit.

⁴³⁶ *ibid.*

⁴³⁷ *ibid.*

⁴³⁸ G. Cassano – G. Scorza – G. Vaciago, *op. cit.*, pp. 427 e ss.

segnalazione in oggetto.

La sentenza, quindi, ha introdotto diversi aggiornamenti alla normativa sugli *internet service provider*, influenzando anche le successive decisioni in materia ⁴³⁹.

Tali pronunce evidenziano un atteggiamento favorevole degli organi giurisdizionali verso i produttori di opere e i fornitori di servizi audiovisivi rispetto ai *provider*.

Questa giurisprudenza si basa sulla considerazione che l'approccio verso i dati veicolati non sia più passivo o neutro, ma abbia lo scopo di offrire ulteriori servizi a scopo di lucro. Quindi, l'interpretazione giurisprudenziale crea il concetto di assenza di un vantaggio patrimoniale direttamente rapportabile all'attività illecita, come motivo di esenzione della responsabilità del fornitore di servizi in *internet*.

3.2.3 – Il caso *Yahoo Answer*

Un'ulteriore decisione da analizzare riguarda il caso *Yahoo Answer* e la responsabilità da applicare ai gestori di *forum online* ⁴⁴⁰.

La controversia riguardava una società di cosmetici che aveva domandato al Giudice l'immediata cancellazione e rimozione di alcune pagine del forum di Yahoo, in base all'articolo 16, comma 3, del D.Lgs. 70/03, poiché ritenute aventi contenuti diffamatori circa una serie di prodotti. La società aveva anche chiesto che il Tribunale obbligasse il *provider* a comunicare i dati degli autori dei commenti lesivi e che condannasse Yahoo per aver omesso di vigilare i dati ospitati sul proprio *server*, in quanto ritenuto corresponsabile dell'illecito.

Le richieste sono state rigettate dai Giudici stabilendo alcuni capisaldi. Viene precisato che i forum devono essere qualificati come spazi virtuali dove non vengono create informazioni dagli utenti ma dove si condividono

⁴³⁹ Fra le più importanti si annovera la sentenza del Tribunale di Milano n°10893 del 9 Settembre 2011, riguardante la causa *RTI c. Yahoo*.

⁴⁴⁰ Il *forum online* può essere definito come uno spazio virtuale dedicato ad un argomento specifico sul quale è possibile scambiare opinioni a riguardo.

solamente opinioni.

Non possono, quindi, essere accomunate in alcun modo a un prodotto editoriale e, di conseguenza, non si possono applicare le disposizioni sulla responsabilità previste per l'editore giornalistico. Inoltre, i fornitori di tale servizio, non avendo alcun ruolo attivo nella trasmissione, sono qualificabili solamente come *host provider*. In caso contrario, si verrebbe a creare una responsabilità per il gestore dei forum *ex* articolo 2043 c.c. che non sarebbe in alcun modo giustificabile. E' stato, anche, stabilito che il diritto della parte che si ritiene danneggiata di ottenere un ordine dell'Autorità rivolto al *provider* al fine di identificare gli autori degli scritti è soggetto all'accertamento in concreto della natura illecita dei contenuti stessi. Nel caso in analisi, il Giudice ha considerato i commenti un legittimo esercizio del diritto di cronaca. La sentenza è rilevante poiché riafferma sia la necessità di avere una valutazione concreta dell'attività del fornitore di servizi per la determinazione della sua responsabilità, sia il tema fondamentale dell'anonimato in rete⁴⁴¹.

3.2.4 – L'ordinanza del Tribunale di Roma per il caso *RTI c. Choopa – VBBCOM Ltd.*

Infine, si analizza il caso *RTI c. Choopa – VBBCOM Ltd.*⁴⁴², nel quale il ricorrente domandava al Tribunale la rimozione dei contenuti relativi ad alcuni programmi televisivi sui quali vantava il diritto di sfruttamento economico dai *server* delle due società convenute. Nonostante queste abbiano invocato l'esenzione di responsabilità *ex* articolo 16 del D.Lgs. 70/03, la Corte ha emesso un'ordinanza, la quale, da un lato, ha confermato l'ormai consolidata prassi giurisprudenziale, invece, dall'altro lato, ha previsto dei nuovi principi. Fra gli elementi di continuità con le decisioni precedentemente analizzate si

⁴⁴¹ G. Cassano – G. Scorza – G. Vaciago, *op. cit.*, pp. 430 e ss.

⁴⁴² Tribunale di Roma, Ordinanza cautelare n°34949 del 20 Ottobre 2011, caso *RTI c. Choopa – VBBCOM Ltd.*

annoverano la necessità di valutare concretamente le condotte del fornitore in relazione alle richieste del ricorrente e l'applicabilità della disciplina prevista dall'articolo 16 ai soli *host provider* passivi. Inoltre, si riafferma che la richiesta di rimozione di contenuti illeciti deve individuare in modo preciso e puntuale i *file* che si chiede di rimuovere, inserendo totalmente l'indirizzo *web* di riferimento, poiché non si considera sufficiente un'indicazione generica di questi. Sulla base di quanto visto e considerato il comportamento del convenuto, il quale ha agito attivamente nella rimozione delle pagine *web* oggetto della violazione, i Giudici hanno rigettato la concessione dell'inibitoria per Choopa. Come detto, si individuano alcuni elementi di novità: *in primis*, viene prevista la responsabilità del gestore, considerata la violazione palese delle disposizioni sul diritto d'autore mediante la diffusione di contenuti protetti, e l'identificazione di Choopa come *host provider* passivo; ed è anche stabilita un'inibitoria avente funzione preventiva con effetti futuri, data la possibilità di commettere nuovamente l'illecito. In tale decisione si riscontra come le valutazioni che i Giudici hanno fatto in questo caso possano portare ad un equo inquadramento e bilanciamento della responsabilità del prestatore di servizi, escludendo *a priori* qualsiasi tipo di responsabilità oggettiva⁴⁴³.

La decisione in analisi è stata, in seguito, ripresa dallo stesso Tribunale di Roma con un'ulteriore ordinanza in tema di *blog*. In questo caso, RTI aveva richiesto al Giudice di obbligare Google a rimuovere l'indicizzazione di un *blog* sul quale era possibile accedere a contenuti protetti in *live streaming*. Google aveva prontamente rimosso i contenuti oggetto delle violazioni in seguito alla richiesta di RTI. Il Tribunale ha affermato nuovamente che i gestori dei siti *web* non hanno alcun obbligo di vigilare sulla liceità dei dati caricati dagli utenti sui propri *server*, né tantomeno di prevenire eventuali violazioni future da parte degli stessi.

⁴⁴³ M. De Cata, *op. cit.*, 211 e ss.

I Giudici, infatti, non dimenticano che obbligare l'intermediario a svolgere un'attività di sorveglianza circa la pubblicazione di dati futuri, restringerebbe eccessivamente la libertà dell'utenza di comunicare mediante *internet*. In tale situazione, si sacrificerebbe uno dei più importanti diritti fondamentali del cittadino e dell'uomo, ergo la libera diffusione delle proprie idee mediante ogni mezzo, come statuito nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e dalla Costituzione italiana all'articolo 21, nonché elemento cardine della concezione di *internet* come *marketplace of ideas*.

3.3 – Le decisioni delle corti tedesche sulla responsabilità dei *provider*: il caso *GEMA* g. *RapidShare* AG

Una delle prime, rilevanti decisioni della giurisprudenza tedesca, a seguito dell'attuazione delle Direttive comunitarie in materia di *internet service provider*, risale al 2009 ed è stata pronunciata dal *Landgericht*⁴⁴⁴ Hamburg, la Corte Regionale di Amburgo, in merito al caso *GEMA* g. *RapidShare* AG⁴⁴⁵. La GEMA, un'associazione tedesca che tutela i diritti di sfruttamento economico di opere audiovisive⁴⁴⁶, aveva richiesto alla Corte l'applicazione di un "decreto ingiuntivo"⁴⁴⁷ contro l'*host provider* svizzero RapidShare, poiché ritenuto colpevole di aver commesso direttamente gravi violazioni del diritto d'autore, permettendo agli utenti di scaricare opere protette dai propri *server*, oltre che un risarcimento per i danni causati. I Giudici, nel decidere il caso, hanno ritenuto che il fornitore di servizi, anche se utilizzava un sistema di filtraggio dei dati, atto a bloccare il caricamento di opere tutelate, non aveva fatto abbastanza per impedire che i propri utenti caricassero sui *server* della società *file* musicali, così da farli diventare accessibili pubblicamente.

⁴⁴⁴ Il *Landgericht* è il tribunale di primo grado avente competenza in uno dei *Länder* tedeschi.

⁴⁴⁵ Landgericht Hamburg, sentenza Az. 310 O 93/08 del 12 Giugno 2009, caso GEMA c. RapidShare AG.

⁴⁴⁶ Acronimo di "*Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte*", cioè "Società per i diritti di riproduzione meccanica e l'esibizione musicale".

⁴⁴⁷ Nella decisione della Corte viene indicato come "*Abmahnung mit Unterlassungsaufforderung*".

Il Tribunale ha, quindi, deciso di ingiungere il *provider* a non reiterare gli illeciti commessi, a rimuovere i contenuti appartenenti alla GEMA presenti sui propri *server* e ad impedire che i propri utenti potessero caricare nuovamente le opere rimosse al fine di renderle pubbliche. Il fornitore di servizi non è, però, stato condannato né al pagamento di una multa né di un risarcimento dei danni, poiché non ritenuto direttamente responsabile della violazione diretta delle norme sul diritto d'autore. Infatti, il convenuto è stato considerato uno “*Störer*”, cioè un “disturbatore”, una figura peculiare del diritto tedesco. Esso è un soggetto che è ritenuto responsabile di una violazione delle norme sulla proprietà intellettuale per effetto del suo rilevante contributo causale all'illecito.

L'esistenza di tale contributo si suppone essere presente se il soggetto ha introdotto degli strumenti tecnologici atti a commettere la violazione oppure se è a conoscenza dell'illecito e non ne previene la reiterazione, nonostante abbia le capacità necessarie a farlo cessare. La giurisprudenza tedesca applica il principio dello *Störer* solo alle richieste contenute nel decreto ingiuntivo e non a quelle di risarcimento dei danni anche contro gli *access*, *caching* e *hosting provider*, nonostante quanto prevede la Direttiva 31/2000/CE, affermando che le protezioni previste dalla normativa comunitaria non si applicano nel caso in cui il convenuto sia effettivamente a conoscenza delle violazioni⁴⁴⁸.

La Corte ha, quindi, ritenuto RapidShare responsabile poiché non ha prevenuto in maniera efficace la trasmissione di opere protette fra gli utenti in *internet*, nonostante le varie richieste di rimozione dei contenuti presentate dalla GEMA prima dell'inizio del procedimento giudiziario. Si è, inoltre, ritenuto che l'utilizzo di un *software* di filtraggio dei dati immessi sui *server* non sia sufficiente, poiché non previene efficacemente la libera condivisione fra gli utenti dei *file* protetti oggetto della causa⁴⁴⁹. Per i Giudici, di fatti, il convenuto avrebbe dovuto impegnarsi a prevedere un

⁴⁴⁸ F. Niemann, *Hamburg court rules on copyright liability of RapidShare*, in www.twobirds.com.

⁴⁴⁹ C. Solmecke, *Rapidshare ordered to police internet*, in www.wbs-law.de.

sistema di filtraggio a più livelli, come un controllo posto in essere caso per caso da dipendenti della società, al fine di garantire che i contenuti inclusi nel decreto fossero rimossi e non più reimmessi sui *server* dell'*host provider*⁴⁵⁰, come previsto precedentemente da un'altra sentenza del Tribunale di Colonia

451

In conclusione, la Corte afferma che i gestori di un sito di *file sharing* non hanno il dovere di vigilare con regolarità circa la presenza di eventuali violazioni del diritto d'autore presenti sulle proprie piattaforme, come previsto dalla normativa comunitaria, ma devono introdurre dei filtri di varia natura atti a bloccare la commissione di illeciti, nonché evitare che questi possano essere reiterati appena ne abbiano conoscenza. Fra le misure da applicare per evitare il caricamento di contenuti protetti, i Giudici hanno ritenuto sufficiente un'ispezione "manuale" posta in essere dal *provider*.

Mentre si ritiene che un *software* che agisca da filtro tramite un algoritmo proprio non sia idoneo, in quanto facilmente eludibile, semplicemente modificando il nome del *file* che si vuole immettere.

3.3.1 – Il caso *Atari Europe g. RapidShare AG*

Una successiva sentenza del *Bundesgerichtshof*, la Corte Federale di Giustizia tedesca, riguardante il caso *Atari Europe g. RapidShare AG*⁴⁵², ha precisato che il fornitore del servizio "*deve porre in essere ciò che è tecnicamente ed economicamente ragionevole senza compromettere il suo modello di business al fine di impedire nuovi caricamenti del file illecito, in caso contrario può essere ritenuto responsabile per condotta omissiva in relazione ai contenuti immessi dagli utenti.* La Corte precisa anche che un fornitore di servizi online che verifica le

⁴⁵⁰ Tale procedimento è stato rinominato dalla dottrina come "*notice and stay down*".

⁴⁵¹ *Oberlandesgericht Köln*, sentenza 6 U 86/07 del 21 Settembre 2009.

⁴⁵² *Bundesgerichtshof*, prima sezione civile, sentenza I ZR 18/11 del 12 Luglio 2012.

informazioni memorizzate dagli utenti non viola i diritti dei suoi utenti”⁴⁵³.

3.3.2 – La sentenza del *Bundesgerichtshof* per il caso *Alone in the dark*

In una successiva sentenza relativa al caso *Alone in the dark*⁴⁵⁴, lo stesso *Bundesgerichtshof* ha riaffermato che gli *host provider* possono essere considerati responsabili per le violazioni commesse dai propri utenti ed ha aggiunto che “i gestori del sito devono monitorare ad intervalli regolari siti web esterni allo scopo di individuare eventuali [...] link contenenti opere protette che possano essere riconducibili al sito dell’host provider”⁴⁵⁵. Tale obbligo impone ai fornitori di servizi di *hosting* di setacciare il web alla ricerca di eventuali violazioni del diritto d’autore, anche senza avere una conoscenza effettiva di queste. Inoltre, la Corte federale non ha stabilito i parametri circa l’ampiezza di questo genere di ricerca⁴⁵⁶.

3.3.3 – La questione dei *forum* nella giurisprudenza tedesca: le decisioni degli *Oberlandesgerichte* di Amburgo e di Düsseldorf

Un altro tema molto dibattuto in Germania riguarda la responsabilità dei gestori di *forum online*. Come detto in precedenza, essendo questi dei luoghi nei quali gli utenti possono scambiare liberamente (ma entro i limiti della legalità) le proprie idee e il proprio pensiero, è sempre necessario il rispetto del giusto bilanciamento fra tutela dei diversi diritti fondamentali appartenenti ad ogni essere umano, ad esempio evitando lesioni dell’onore e della reputazione ma, allo stesso tempo, garantendo il diritto alla libertà di opinione e di espressione.

⁴⁵³ B. Saetta, *Rapidshare e la responsabilità dei provider tra Germania e Francia*, in www.wired.com.

⁴⁵⁴ *Bundesgerichtshof*, sentenza I ZR 18/11, BGHZ 194, 339 Rn. 21 ff., del 15 Agosto 2013, caso *Gema g. RapidShare - Alone in the Dark*

⁴⁵⁵ *Bundesgerichtshof*, sentenza I ZR 18/11, BGHZ 194, 339 Rn. 21 ff., del 15 Agosto 2013, caso *Gema g. RapidShare - Alone in the Dark*, punto n°63 del dispositivo, cit.

⁴⁵⁶ C. Solmecke, *Rapidshare ordered to police internet*, in www.wbs-law.de.

In questo quadro, anche la dottrina tedesca ha discusso molto sugli obblighi che la legge pone in capo ai fornitori di tale servizio, in relazione al grado di responsabilità che essi hanno nell'eventualità in cui gli utenti violino i diritti esposti in precedenza.

In particolare, gli autori si sono chiesti se il *provider* sia obbligato a porre delle misure preventive e quale debba essere il comportamento di questo dal momento in cui venga a conoscenza di una violazione perpetrata sul proprio sito.

Dopo una serie di decisioni giurisprudenziali discordanti che hanno fatto sorgere molti dubbi negli operatori del settore, gli *Oberlandesgericht*⁴⁵⁷ di Amburgo⁴⁵⁸ e di Düsseldorf⁴⁵⁹ hanno chiarito diverse questioni circa l'estensione della responsabilità del *provider*.

Entrambe le Corti regionali d'appello hanno stabilito che “*deve esistere un bilanciamento fra i diritti di libertà di informazione e di opinione e la libera circolazione delle informazioni, da un lato, e le violazioni dei diritti della personalità, della proprietà intellettuale ed altri diritti, da un altro lato*”⁴⁶⁰.

L'*Oberlandesgericht* di Amburgo ha, inoltre, comparato i *forum online* alle interviste trasmesse in diretta in televisione, alle quali il *Grundgesetz*, cioè la Costituzione tedesca, concede ampie libertà⁴⁶¹.

Inoltre, ambo le Corti si sono basate su quanto precedentemente affermato dalla Corte Federale di Giustizia⁴⁶², la quale ha stabilito che non vi è alcun obbligo preventivo e generale di controllo in capo a un *provider* che gestisce un sito *internet* di aste.

E' stato anche aggiunto che il comportamento che esso deve tenere quando è consapevole della presenza di illeciti dipende dalle circostanze relative ad ogni singolo caso e che egli deve implementare misure atte a impedire la

⁴⁵⁷ L'*Oberlandesgericht* è la corte d'appello dei *Länder* tedeschi. E' il grado di giudizio intermedio fra il *Landgericht* ed il *Bundesgerichtshof*, la Corte Federale di Giustizia.

⁴⁵⁸ *Oberlandesgericht* di Amburgo, sentenza 7 U 50/06 del 22 Agosto 2006.

⁴⁵⁹ *Oberlandesgericht* di Düsseldorf, sentenza I-15 U 21/06 del 7 Giugno 2006.

⁴⁶⁰ *Oberlandesgericht* di Amburgo, sentenza 7 U 50/06 del 22 Agosto 2006, punto n°22 del dispositivo.

⁴⁶¹ F. Niemann – F. Chudzick, *Liability of online forum providers*, in www.twobirds.com.

⁴⁶² Si tratta della sentenza del *Bundesgerichtshof*, IZR 304/01 del 11 Marzo 2004.

reiterazione di azioni simili in futuro, tenendo in considerazione le proprie possibilità tecniche ed economiche. In base ai principi enunciati, le due Corti regionali hanno stabilito l'inesistenza di obblighi generali e preventivi di controllo per i gestori di *forum online* che agiscono sia con che senza scopo di lucro. Hanno, inoltre, statuito che entrambi i tipi di *provider* devono rimuovere eventuali contenuti illeciti se il soggetto che si ritiene danneggiato ne notifica ad esso la presenza oppure se il lo stesso gestore viene effettivamente a conoscenza della violazione in qualsiasi modo. L'*Oberlandesgericht* di Amburgo ha aggiunto che i gestori di *forum online* aventi scopo di lucro devono almeno applicare tutte le misure necessarie ad evitare che simili violazioni possano essere commesse nuovamente sul medesimo sito. Di contro, la Corte Regionale di Düsseldorf ha affermato che i gestori di *forum* che non perseguono scopi di lucro non sono obbligati ad applicare le misure di protezione di cui sopra.

In linea con quanto previsto dalla Corte Federale di Giustizia nelle decisioni riguardanti la libertà di stampa e le aste *online*, le Corti Regionali hanno ritenuto necessario considerare le circostanze costituenti ogni singolo caso al fine di bilanciare correttamente i diversi interessi ⁴⁶³. Si può, così, affermare che la tipologia e l'estensione delle misure che il gestore del *forum* deve applicare ad una violazione concreta dipendono dall'effettività dell'illecito e dal fatto che il *provider* fornisca il proprio servizio a scopo di lucro o meno. Se la violazione è effettiva, il gestore di un *forum* "commerciale" è obbligato ad applicare misure di controllo al fine di evitare la ripetizione di illeciti simili in futuro ⁴⁶⁴.

⁴⁶³ T. H. Strömer, *Online-recht: Rechtsfragen im Internet*, pp. 88 e ss., GRUR, 2009.

⁴⁶⁴ T. Hoeren, *Liability in the internet and the new German multimedia regulations*, in *Autern & Media*, pp. 308 e ss., 2008.

Le sentenze trattate hanno portato alla luce il fondamentale ruolo che la giurisprudenza ha nell'applicazione concreta delle norme riguardanti la responsabilità civile dell'*internet service provider*. L'interpretazione che i giudici della Corte di Giustizia dell'Unione Europea hanno dato della disposizione *ex* articolo 14 della Direttiva 31/2000/CE nella sentenza *Google France* ha portato alla definizione concreta della situazione attiva o passiva del fornitore di servizi. E' stato, quindi, previsto che un *provider* è attivo quando, in base alle attività che svolge, sia a conoscenza o abbia il controllo dei dati memorizzati sui propri *server*. Viene, così, stabilito che la norma in oggetto possa essere applicabile solamente a quegli intermediari che hanno un ruolo passivo nella trasmissione di dati.

Il medesimo principio è stato correttamente ripreso dalla giurisprudenza italiana nella sentenza *Vividown c. Google* e successivamente ampliato inserendo il concetto di "interesse economico rilevante" per la determinazione della responsabilità.

Tale oggetto è stato trattato anche dai giudici tedeschi in maniera analoga nel caso *GEMA g. RapidShare AG*.

L'importanza di questa sentenza risiede, però, nell'introduzione della figura dello *Störer*, inteso come soggetto responsabile delle violazioni del diritto della proprietà intellettuale a causa della rilevanza del suo contributo causale per la commissione di un illecito.

Un'altra rilevante questione trattata dalla giurisprudenza comunitaria riguarda l'applicazione di un filtro preventivo da parte del fornitore di servizi. Nonostante l'assenza di un obbligo generale previsto dall'articolo 17 della Direttiva 31/2000/CE, i giudici della CGUE nel caso *Scarlet* (e successivamente nella decisione *Sabam c. Netlog*) hanno giustamente ritenuto che la tutela del diritto d'autore debba necessariamente essere bilanciata con gli altri diritti fondamentali della persona, come il diritto alla libertà di impresa.

Proprio in base a quest'ultimo diritto, la Corte ha affermato la mancanza dell'obbligo di applicare tale filtro in capo agli *access provider*. La decisione è stata anche correttamente basata sul rispetto del diritto all'informazione poiché nella pratica il filtraggio potrebbe individuare come illegali dei contenuti che in realtà non lo siano, creando, così, un danno per gli utenti.

Si ritiene, inoltre, che la decisione sia coerente con quanto previsto dalla normativa comunitaria.

In modo analogo ha giudicato la giurisprudenza italiana per i casi *RTI c. Youtube* e *RTI c. Italia Online*. In quest'ultimo l'organo giudicante ha legittimamente riaffermato l'inesigibilità di tale sistema di filtraggio preventivo sui contenuti immessi dagli utenti a causa della complessità tecnica e del costo che richiederebbe.

La decisione della Corte si ritiene essere corretta in quanto in linea con quanto stabilito dal D.Lgs. 70/03.

E', inoltre, rilevante per la determinazione di tale oggetto la decisione della Corte tedesca sul caso *GEMA g. RapidShare AG*, poiché, anche se viene riaffermata l'assenza dell'obbligo di un controllo preventivo, viene stabilito che il sistema di filtraggio, quando utilizzato, deve essere idoneo a prevenire la commissione di illeciti.

Per tale ragione, i giudici hanno ritenuto necessario che questo debba basarsi su più gradi di controllo, posti in essere anche tramite ispezioni manuali e non solamente da *software*.

La sentenza del *Bundesgerichtshof* sul caso *Atari Europe g. RapidShare*, inoltre, ha arditamente affermato che il *provider* sia obbligato a porre in essere un controllo non preventivo, bensì successivo, al fine di evitare la reiterazione degli illeciti commessi, purché sia tecnicamente ed economicamente ragionevole e non modifichi il modello di *business* della società. Si ritiene, infine, particolarmente gravoso l'obbligo previsto dalla Corte Suprema tedesca nella sentenza riguardante il caso *Alone in the Dark* con la quale si impone che il fornitore di servizi di *hosting* debba monitorare regolarmente siti *internet* esterni allo scopo di individuare *link* che

contengono contenuti protetti, riconducibili al sito del *provider* medesimo. Si può, quindi, affermare che la giurisprudenza imponga dei doveri molto onerosi in capo ai fornitori di servizi al fine della determinazione della propria responsabilità.

Il livello di diligenza richiesto può, però, non essere considerato pienamente rispettoso del principio di proporzionalità, anche tenendo a mente un ulteriore principio come quello che sancisce la libertà di svolgere attività imprenditoriali.

Come si è fin qui potuto analizzare, il ruolo della giurisprudenza, sia comunitaria che nazionale, è un elemento essenziale per la determinazione del grado di responsabilità dell'*internet service provider* nell'affrontare la realtà pratica.

Non bisogna, in ogni caso, dimenticare la funzione fondamentale svolta dal Legislatore europeo nella determinazione delle caratteristiche di tale responsabilità.

L'armonizzazione delle legislazioni interne degli Stati membri dell'Unione Europea è elemento essenziale all'interno di un mercato unico, considerando la rilevanza che le opere di ingegno hanno alla luce dell'evoluzione tecnologica e la democratizzazione di *internet*. In tale quadro, l'*internet service provider* svolge un ruolo cardine, in quanto permette la comunicazione di ogni genere di informazione in rete. Per questa ragione, la determinazione dei poteri e degli obblighi che gli vengono conferiti ed il grado di responsabilità applicabile per gli illeciti extracontrattuali che esso può eventualmente commettere hanno enorme importanza: da questi dipendono la tutela di molteplici diritti, spesso anche contrastanti fra loro, quali il diritto di proprietà, a cui si connette anche la tutela della proprietà intellettuale, ed i diritti all'informazione e di espressione delle proprie idee e dei propri pensieri. Sotto il primo aspetto, si deve considerare che la lotta alle violazioni delle norme sul diritto d'autore si è fondata su diversi strumenti, sia tecnologici che meramente legislativi. Essa si è evoluta a seguito degli innumerevoli progressi della tecnologia

avvenuti principalmente nell'ultima decade, senza, però, essere sempre capace di stare al passo di questo. I risultati ottenuti sono stati ragguardevoli, soprattutto in quegli Stati in cui vi sono maggiori interessi economici in campo, come il Regno Unito, la Germania e gli Stati Uniti. Tuttavia, allo stato attuale non si può parlare di totale repressione di illeciti contro la proprietà intellettuale commessi per via telematica. Al contrario, il fenomeno è continuamente in crescita a causa della diffusione in scala globale dei *Personal Computer* e di reti *internet* rapide ed economiche.

Se la creazione di norme maggiormente repressive possa, in un primo momento, essere considerata la soluzione più efficace, non bisogna dimenticare tutti gli altri diritti che si trovano alla base della concezione di *internet* come *marketplace of ideas*, quali, come detto, il diritto di comunicare liberamente le proprie opinioni, le proprie idee ed i propri pensieri e il diritto al libero accesso alla rete, da molti considerato un diritto umano di terza generazione.

Bisogna anche tenere a mente il diritto alla libertà di impresa; diritto su cui si basa l'attività del *provider*, il quale, in presenza di eccessivi oneri e obblighi, potrebbe rinunciare alla propria attività. Si può, quindi, notare come tali libertà verrebbero indubbiamente lese da un sistema normativo atto a contrastare frontalmente la commissione di illeciti in rete.

Le soluzioni al fenomeno criminale in oggetto, che ci si augura possano essere al più presto trovate, grazie al lavoro di giuristi esperti in materia, di legislatori e di giurisprudenze nazionali e sovranazionali e di operatori del settore, devono senza dubbio tenere in considerazione l'elemento culturale e sociale degli illeciti commessi contro la proprietà intellettuale per via informatica; elemento che si è sviluppato principalmente in alcune zone del mondo, come i Paesi dell'Europa centrale e settentrionale. Considerando i casi pratici e teorici fin qui trattati, si ritiene necessaria la contemperanza di tutti i diversi elementi e dei molteplici diritti individuati, al

fine di garantire le maggiori libertà possibili agli utenti e, contemporaneamente, evitare la lesione delle situazioni giuridiche degli aventi diritto.

Bibliografia

Abovyan A., *Challenges of copyright in the digital age: comparison of the implementation of the EU legislation in Germany and Armenia*, in *Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung*, Herbert Utz Verlag, Monaco, 2013

Abriani N., *Le utilizzazioni libere nella società dell'informazione*, in *Annali Italiani del Diritto d'Autore*, Università di Pavia, Pavia, 2001

Ammendola M. – Ubertazzi L. C., *Il diritto d'autore*, Giuffrè, Torino, 1993

Antolisei F., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 2008

Arnò G. - Lista G., *Il commercio elettronico alla luce delle recenti iniziative comunitarie*, in *Contratti*, pp. 1060 e ss., 2000

Arnò G. – Lensi Orlando A., *La tutela della privacy nella rete internet*, Giappichelli, Torino, 2002

Auteri P., *Internet e il contenuto del diritto d'autore*, in *AIDA*, 2006

Battini S. – Perez R. – Franchini C. – Vesperini G. – Cassese S., *Manuale di diritto pubblico*, 2002

Becker M., *Zur Berechnung der zulässigen Zahl digitaler Privatkopien*, ZUM, 2012

Bertoni A. – Montagnani M. L., *Il ruolo degli intermediari internet tra tutela del diritto d'autore e valorizzazione della creatività in rete*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2013

Biocca A., *Reti digitali*, Giuffrè, Milano, 2002

Bocchini R., *La responsabilità contrattuale ed extracontrattuale telematica*, in *Manuale di diritto dell'informatica*, Napoli, 2004

Borgomaneri N. L., *La responsabilità dell'ISP per la violazione del diritto d'autore: dal caso RTI/Youtube alla delibera AGCOM*, in *Diritto dell'internet. Manuale operativo: casi, legislazione, Giurisprudenza*, CEDAM, 2012

Breyer P., *Verkehrssicherungspflichten von Internetdiensten im Lichte der Grundrechte*, MMR, 2009

Bugiolacchi L., *La responsabilità dell "host provider" alla luce del D.lgs. 70/03: esegesi di una disciplina dimezzata*, in *Responsabilità civile e prevenzione*, 2005

Cafaggi F., *Profili di relazionalità della colpa. Contributo ad una teoria della responsabilità extracontrattuale*, CEDAM, Padova, 2006

Cajani F., *Alla ricerca del log (perduto)*, in *Diritto dell'internet*, 2006

Calogero A., *Streaming on line e tutela del diritto d'autore*, Jovene, 2011

Camardi C., *Inibitorie amministrative di inibitorie*, in *AIDA*, 2012

Camilletti F., *La responsabilità civile del provider*, in *Nomi di dominio, marchi e copyright*, Giuffrè, Milano, 2005

Cassano G. – Buffa F., *Responsabilità del content provider e dell'host provider*, in *Il Corriere Giuridico*, 2003

Cassano G. – Cimino I. P., *Il nuovo regime di responsabilità dei providers. Verso la creazione di un novello "censore telematico"*, in *Contratti*, 2004

Cassano G. – Vaciago G. – Scorza G., *Diritto dell'internet. Manuale operativo: casi, legislazione, Giurisprudenza*, CEDAM, 2012

Cassano G., *Competenza territoriale per la diffamazione commessa attraverso internet*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2001

Cassano G., *Internet e la tutela dell'onore*, in *Internet, nuovi problemi e questioni controverse*, Giuffrè, Milano, 2001

Cerina P., *Il caso Napster e la musica online: cronaca di una condanna*

annunciata di una rivoluzionaria tecnologia, in Diritto Industriale, 2001

Cerri A., *Telecomunicazioni e diritti fondamentali, in Diritto dell'informazione e dell'informatica, 1996*

Chimienti L., *Lineamenti del nuovo diritto d'autore, Giuffrè, Milano, 2006*

Cimino I. P., *Il nuove regime della responsabilità dei provider: verso la creazione di un nuovo censore telematico, in Contratti, 2004*

Comandè G. – Sica S., *Il commercio elettronico, Giappichelli, Torino, 2004*

Comandé G., *Persona e tutele giuridiche, Giappichelli, Torino, 2004*

Commissione Europea, *Commission staff working paper on the review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights*

Commissione Europea, *Follow Up Paper, 2002*

Costantinesco L. J., *Il metodo comparativo, Giappichelli, Torino, 2000*

Costanzo P., *Aspetti evolutivi del regime giuridico di internet, in Diritto dell'informazione e dell'informatica, 1996*

Cumming G. – Freudenthal M. – Janal R., *Enforcement of intellectual property rights in Dutch, English and German civil procedures, Kluwer Law International, 2008*

Cuomo L. –Razzante R., “*La disciplina dei reati informatici*”, Giappichelli, Torino, 2009

D’arrigo R., *La responsabilità degli intermediari nella nuova disciplina del commercio elettronico*, in *Danno e responsabilità*, 2004

De Angelis D., *La tutela giuridica delle opere musicali digitali*, Giuffrè, Milano, 2005

De Cata M., *La responsabilità civile dell’internet service provider*, Giuffrè, Milano, 2010

De Rosa V., *La formazione di regole giuridiche nel <<cyberspazio>>*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2003

Delfini F., *La responsabilità dei prestatori intermediari nella Direttiva 2000/31/CE e nel D.Lgs. 70/03*, in *Rivista di diritto privato*, 2004

Di Ciommo F., *Diritti della personalità tra media tradizionali e avvento di internet*, in *Persone e tutele giuridiche*, Giappichelli, Torino, 2003

Di Giovanni F., *Gli intermediari dell’e-commerce*, in *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Giuffrè, Milano, 2002

Di Rosa G., *Linee di tendenza e prospettive in materia di responsabilità del prestatore di servizi*, in *Europa e diritto privato*, 1999

Dreier T. – Schulze G., *Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz: kommentar*, C.H. Beck, 2008

Ercolani S., *Il diritto d'autore e i diritti connessi*, p. 288, Giappichelli, Torino, 2004

Ercolani S., *Limitazioni ed eccezioni al diritto d'autore nella legislazione italiana*, in *Diritto d'autore*, 2001

Ernst S., *Zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit für Hyperlinks auf fremde Inhalte*, Selbstverlag, 2009

Facci G., *La responsabilità del provider*, in *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale*, Giappichelli, Torino, 2003

Facci G., *La responsabilità extracontrattuale dell'internet provider*, in *Responsabilità civile e previdenza*, Giuffrè, Milano, Gennaio/ Febbraio 2002

Falletta P., *La responsabilità degli internet service provider*, in *Il diritto del web. Casi e materiali*, Cedam, 2015

Fava P., *Dialers § troian horses tra comunicazione elettroniche e privacy*, in *Diritto di internet*, 2005

Ferretti A., *Diritto d'autore*, Napoli, 2011

Ferri G. B., *Diritto all'informazione e diritto all'oblio*, in *Rivista di diritto civile*, 2007

Forchielli P., *La colpa nel diritto civile*, in *Enciclopedia giuridica*, 2004

Franceschelli V., *Convergenza*, in *Diritto delle nuove tecnologie*, Giuffrè, Milano, 2009

Frassi P.A.E., *Riflessioni sul diritto d'autore. Problemi e prospettive del mondo digitale*, in *Rivista di diritto industriale*, 2002

Fried F., *Perfect freedom or perfect control*, in *Harvard Law Review*, 2002.

Furman F. R., *Cybermear or Cyberslapp*, in *Seattle University Law Review*, 2001

Gazzoni F., *Manuale di diritto privato*, ESI, 2009

Geller P. E., *International copyright law and practice*, LexisNexis, 2010

Giacobbe G., *La responsabilità civile per l'uso di internet*, in *Il contratto telematico*, *Trattato di diritto pubblico dell'economia*, CEDAM, Padova, 2002

Giancomello G., *National governments and control of the internet: a digital challenge*, Routledge, New York, NY, 2005

Gounalakis G., *Ein neuer Morgen für den Wissenschaftsparagraphen: Geistiges Eigentum weiter in Piratehand*, NJW, 2007

Granieri G., *Blog generation*, Laterza, Bari, 2005

Greco P. – Vercellone P., *I diritti sulle opere dell'ingegno*, UTET, 1974

Guibalt L., *Why cherry-picking never leads to harmonisation: the case on limitations on copyright under Directive 29/2001/CE*, JIPITEC, 2010

Hart M., *The copyright in the Information Society Directive: an overview*, in *Intellectual Property Review*, 2004

Hoeren T. – Sieber U., *Handbuch Multimedia Recht: Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs*, Ergänzungslieferung, 2012

Hoeren T., *Liability in the internet and the new German multimedia regulations*, in *Autern & Media*, 2008.

Hugholtz P. B., *Caching and Copyright: The right of temporary copying*, in *Legal observations of the European Audiovisual Observatory*, 2004

Hugholtz P.B., *Why the copyright directive is unimportant and possibly invalid*, 2005

Jarach G. – Pojaghi A., *Manuale del diritto d'autore*, p. 62 e ss., Mursia Editore, 2011

Klett A. R. – Sonntag M. – Wilske S., *Intellectual property law in Germany: relevant legislative instruments*, 2008

Kölman K. J. – Hugenholtz B., *Online service provider for copyright infringement*, in WIPO, 1999

Lauber F. – Schwipps J., *Das Gesetz zur Regelung des Urheberrecht in der Informationsgesellschaft*, GRUR, 2004

Leocani A., *La Direttiva UE sul commercio elettronico, cenni introduttivi*, in *Europa e diritto privato*, 2004

Lueft S., *Wandtke*, in *Bullinger*, 2009

Macdonald M. – Suthersanen U. – Carrigues C., *Copyright: world law & policy*, Oxford University Press, 2011

Maggi M., *Gli illeciti per violazione dei diritti d'autore e connessi in internet*, in *Il regolamento AGCOM sul diritto d'autore*, Giappichelli, Torino, 2014

Manna A., *Considerazioni in tema di responsabilità penale dell'internet provider in tema di pedofilia*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2001

- Marzano P., *Diritto d'autore e digital technologies*, Giuffrè, Milano, 2005
- Mazziotti Di Celso M. – Salerno G.M., *Manuale di diritto costituzionale*, Cedam, 2007
- Mensi M. – Falletta P., *Il diritto del web. Casi e materiali*, Cedam, 2015
- Messineo F., *Trattato di diritto civile e comparato*, vol. II, Giuffrè, 1965
- Natoli R., *La tutela dell'onore e della reputazione in internet: il caso della diffamazione anonima*, in *Europa e diritto privato*, 2001
- Nivarra L., *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale dopo la Direttiva 2004/48/CE*, in *Rivista di diritto industriale*, 2005
- Nivarra L., *Le opere multimediali in internet*, in *AIDA*, 1996.
- Nivarra L., *Responsabilità del provider*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, 2003.
- Nordemann J. B., *Liability of social networks for IP infringements: the EU law regime after L'Oreal/eBay*, in *AIDA*, 2001
- Nuvolone P., *Reati di stampa*, CEDAM, Padova, 1951
- Parisi A. G., *Il commercio elettronico*, in *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Cedam, Padova, 2012

Pasquino T., *Servizi telematici e criteri di responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2003

Piazza G., *La responsabilità civile dell'internet provider*, in *Contratto e impresa*, 2004

Picotti L., *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di internet*, Padova, 2004.

Pierucci A., *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti della rete*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2003

Pierucci A., *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti in rete*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2003

Piola Caselli E., *Codice del diritto d'autore*

Portalis J.-E.-M., *Discours preliminaire sur le projet de Code Civil*, 1801

Prosperetti E., *La circolazione delle opere digitali*, in *Diritto dell'internet. Manuale operativo: casi, legislazione, Giurisprudenza*, CEDAM, 2012

Putignani A., *Sul provider responsabilità differenziate*, in *Guida al diritto*, 2003

Raden V., *Außergerichtliche Konfliktregelung im gewerblichen Rechtsschutz*, GRUR, 2008

Ramsauer T., *Germany's copyright law on the verge of the information age*, in *e-Copyright bulletin*, 2003

Regoli F. P., *La giurisprudenza della Cassazione sulle libere utilizzazioni di opere protette dal diritto d'autore*, in *IDA*, 1997

Resta G., *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, I, UTET, Torino, 2010

Ricciuto V. – Zorzi N., *Il contratto telematico*, *Trattato di diritto pubblico dell'economia*, CEDAM, Padova, 2002

Ricolfi M., *Copia privata e diritti di produttori ed artisti*, in *AIDA*, 1992

Ricolfi M., *Il diritto d'autore*, Cedam, 2001

Rodotà S., *Discorso dalle Camere del Presidente dell'Autorità Garante per la presentazione della relazione 2003*

Romano R., *L'opera e l'esemplare nel diritto della proprietà intellettuale*, CEDAM, Padova, 2001

Rossello C. – Finocchiaro G. – Tosi E., *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale. La nuova disciplina*, Giappichelli, Torino, 2003

Rossello C., *Riflessioni de jure in materia di responsabilità del provider*, in *Diritto dell'informazione*, 2010

Rovati A. M., *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, CEDAM, 2012

Rovati A. M., *Il dibattito sulla legittimità del regolamento AGCOM: le opinioni in campo*, in *Il regolamento AGCOM sul diritto d'autore*, Giappichelli, Torino, 2014

Ruggiero F., *Individuazione nel cyberspazio del soggetto responsabile e ruolo dell'internet provider*, in *Giurisprudenza di merito*, 2002

Sanna E., *Il regime di responsabilità dei providers intermediari di servizi della società delle informazione*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2005

Sartor G., *Social network e responsabilità dei provider*, in *AIDA*, 2011.

Scaccia G., *Il principio di proporzionalità*, in S. Mangiameli, *L'ordinamento europea. L'esercizio delle competenze*, Giuffrè, Milano, 2006

Sena G. – Frossi P.A.E., *Diritto d'autore e diritti connessi nella società dell'informazione*, Cedam, 2005

Senftleben M., *Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentest*, GRUR Int., 2004

Sica S. - Zeno-Zencovich V., *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Cedam, Padova, 2012

Sica S., *Le responsabilità civili*, in *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione.*, Giuffrè, Milano, 2005

Sirotti Gaudenzi A., *Trattato breve di diritto della rete*, Maggioli, Rimini, 2001

Soldati N., *I diritti sulle opere tutelate dal diritto d'autore immesse in rete: profili giuridici della circolazione e del download*, in *Nomi di dominio, marchi e copyright*, Milano, 2005

Splinder G. – Schuster F., *Recht der elektronischen Medien: Kommentar*, GRUR, 2011

Stadler T., *Haftung für Informationen im Internet*, Erich Schmidt Verlag, 2005

Stanzione P., *Commercio elettronico, contratto ed altre categorie civilistiche*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2001

Strömer T. H., *Online-recht: Rechtsfragen im Internet*, GRUR, 2009

Tatafiore A., *Riproduzione temporanea in internet di opere protette*, in *Diritto d'Autore*, 2007

Tonoletti B., *La tutela dei diritti di proprietà intellettuale tra giurisdizione e amministrazione*, in *AIDA*, 2013

Troiano O., *L'impresa di content, host e access providing*, in *AIDA*, 2011

Trucco L., *Pubblicazione di immagini personali in rete e responsabilità del provider*, in *Diritto di internet*, 2006.

Turner M. – Callaghan D., *Case comment: you can look but don't touch! The impact of the Google v. Copiepresse decision on the future of the internet*, *E.I.P.R.*, 2008

Ubertazzi L. C., *Commentario breve alle leggi sulla proprietà intellettuale e la concorrenza*, commento all'articolo 1 LDA, CEDAM, Padova, 2005

Ubertazzi L. C., *Il regolamento AGCOM sul diritto d'autore*, Giappichelli, Torino, 2014

V. De Sanctis, *La Convenzione internazionale per la protezione degli artisti interpreti ed esecutori, dei produttori di fonogrammi e degli organismi di radiodiffusione*, Giuffrè, Milano, 2012

Vaccà C., *Nomi di dominio, marchi e copyright*, Milano, 2005

Van Cutsem J.-P. – Viggria A. – Gueth O., *E-Commerce in the world*, Bruylant, 2003

Vigoriti V., *E-Commerce e tutela giurisdizionale*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2001

Viterbo A. – Codignola A., *L'informazione e l'informatica nella società della conoscenza*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2002.

Yen A., *A preliminary economic analysis of Napster: Internet Technology, Copyright Liability and the possibility of Coasean Bargaining*, in *Dayton Law Review*, 2001

Zagrebelsky G., *Manuale di diritto costituzionale*, UTET, 1987

Sitografia

Bellezza M., *#ddaonline: la questione di costituzionalità e il regolamento AGCOM*, in www.medialaws.eu

Cammarata M., *Le trappole nei contratti di hosting*, in www.interlex.it

Cammarata M., *Sotto torchio gli operatori della rete*, in www.interlex.it

Carbone S. M., *Il ruolo della giurisprudenza comunitaria nell'integrazione europea*, in www.federalismi.it

Civitelli S., *Il ruolo della giurisprudenza nel sistema delle fonti*, in www.interlex.it

Cozzolino G., *La tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica: brevi note sullo schema di regolamento di cui alla delibera n.398/11/CONS dell'AGCOM*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it

De Minico G., *Libertà e copyright nella Costituzione e nel diritto dell'Unione*, Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 2014, in www.rivistaaic.it

Finger M., *Doing IP in Germany – Advantages and Risks of the German IP Enforcement System*, in www.chinalawinsight.com

Ghibellini A., *ISP sempre più responsabili*, in www.assoprovider.it

Giacopuzzi L., *La responsabilità del provider*, in www.diritto.it

Larsen M., *Blogs are both the death sentence and salvation of newspapers*, in www.masternewmedia.org

Minotti D., *Responsabilità penale, il provider è tenuto ad attivarsi?*, in www.interlex.it

Niemann F. – Chudzick F., *Liabilty of online forum providers*, in www.twobirds.com

Niemann F., *Hamburg court rules on copyright liabilty of RapidShare*, in www.twobirds.com

Onida V., *Parere in tema di misure per contrastare la c.d. “pirateria informatica”*, in www.confindustriaculturaitalia.it

Saetta B., *Rapidshare e la responsabilità dei provider tra Germania e Francia*, in www.wired.com

Solmecke C., *Rapidshare ordered to police internet*, in www.wbs-law.de