

Il conflitto tra diritto d'autore e protezione dei dati personali: appunti dal fronte euro-italiano

Versione 1.0 - 2008

Roberto Caso

Il conflitto tra diritto d'autore e protezione dei dati personali: appunti dal fronte euro-italiano

Versione 1.0 – 2008*

1. Introduzione

Si è già avuta l'occasione di rilevare, da queste colonne¹, che le strategie di contrasto allo scambio non autorizzato di file protetti dal *copyright* su reti *Peer to Peer* (P2P), nate negli Stati Uniti e provalatesi su scala globale, possono essere raggruppate nelle seguenti tipologie:

a) Aggressive campagne pubblicitarie che mirano a persuadere il pubblico del carattere illecito del *file sharing* di contenuti protetti dal *copyright* (tali campagne si basano anche su semplificazioni fuorvianti come quella che punta ad identifica il *file sharing* non autorizzato con il reato di furto)²;

b) Produzione di sistemi di Digital Rights Management (DRM) che abilitano la gestione ed il commercio di file associati a misure tecnologiche di protezione (MTP)³, ed azioni giudiziarie basate sulla tutela legislativa delle MTP volte a dichiarare illecita la produzione e la distribuzione di tecnologie prevalentemente finalizzate all'elusione delle MTP⁴;

* Articolo già apparso in *Diritto dell'Internet*, 2008, 466. Questa versione 1.0 – 2008 in formato PDF © 2007 by Roberto Caso – è pubblicata con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 2.5 Italia License. Tale licenza consente l'uso non commerciale dell'opera, a condizione che ne sia sempre data attribuzione all'autore. Maggiori informazioni all'URL: «<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/it/>».

¹ R. CASO, *Il conflitto tra copyright e privacy nelle reti Peer to Peer: il caso Peppermint – Profili di diritto comparato*, in questa *Rivista*, 2007, 471.

² Una nota campagna pubblicitaria così recita: “you wouldn't steal this, you wouldn't steal that. You wouldn't steal a movie, right? Movie piracy is stealing. Stealing is against the law. Piracy is a crime”.

³ Sui profili giuridici del DRM v. R. CASO, *Digital Rights Management. Il commercio delle informazioni digitali tra contratto e diritto d'autore*, Padova, 2004, ristampa digitale, Trento, 2006, disponibile all'URL: <<http://www.jus.unitn.it/users/caso/publicazioni/drm/download.asp>>, ID. (cur.), *Digital Rights Management. Problemi teorici e prospettive applicative, Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento il 21 ed il 22 marzo 2007*, Trento, 2008, disponibile all'URL: <http://eprints.biblio.unitn.it/archive/00001336/02/quaderno_70_roberto_caso_eprints.pdf>.

⁴ V. *Universal City Studios, Inc. v. Corley*, 273 F.3d 429 (2d Cir. 2001). Sulla giurisprudenza in materia di divieto di produzione di tecnologie prevalentemente elusive v., da ultimo, R. CASO, “*Modchips*” e tutela penale delle misure (tecnologiche) di protezione dei diritti d'autore: ritorno al passato?, in questa *Rivista*, 2008, 154, ivi riferimenti.

c) Azioni giudiziarie, di prima generazione, volte ad inibire servizi informativi per il *file sharing*⁵, e azioni giudiziarie, di seconda generazione, volte ad inibire la produzione del software che genera le reti P2P⁶;

d) Azioni giudiziarie e stragiudiziarie volte a colpire direttamente gli utenti delle reti P2P⁷, che si basano su informazioni acquisite attraverso l'utilizzo di software per il monitoraggio delle medesime reti.

Le tipologie *sub b)* e *sub d)* innescano conflitti tra *copyright* e *privacy*. Sebbene (le relazioni ed) i conflitti tra i due diritti siano risalenti, la rivoluzione digitale ne ha modificato profondamente le ragioni, la sostanza e l'intensità. Nella nuova dimensione dell'era digitale la commercializzazione e la tutela della proprietà intellettuale sembrano voler passare sempre più spesso dalla sorveglianza (anche privata) di massa. Viceversa la rivendicazione della *privacy* e dell'anonimato possono nascondere con altrettanta frequenza l'intento di violare l'ordinamento statale (o gli ordinamenti statali) ed in particolare di utilizzare le opere dell'ingegno senza i vincoli (sempre più stringenti) imposti dalla legge. Ma le tecnologie digitali mutano anche i contenuti dei due diritti. Come la *privacy* passa dall'intangibilità della sfera privata al controllo (ed alla protezione) delle informazioni, dei dati (anche del singolo dato) personali⁸, così la tutela del *copyright* passa (o pretende di passare) dal controllo dell'opera dell'ingegno al controllo delle informazioni che la compongono⁹. La granularità dell'informazione digitale frammenta le pretese di tutela giuridica rendendole paradossalmente più aggressive. Il diritto è chiamato ad un bilanciamento tra interessi mutati ed esasperatamente contrapposti.

Le pronunce in epigrafe costituiscono l'esito di due rilevanti episodi avvenuti sul fronte euro-(ispano-)italiano del conflitto tra diritti d'autore e protezione dei dati personali scatenato dalla strategia basata su azioni giudiziarie e stragiudiziarie volte a colpire direttamente gli utenti delle reti P2P.

Alcune imprese titolari di diritti d'autore su repertori di opere musicali si servono di altre imprese, che forniscono, mediante l'utilizzo di appositi software, servizi

⁵ V. *A&M records, Inc. v. Napster, Inc.* 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001).

⁶ V. *MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.* 545 U.S. 913 (2005).

⁷ *Recording Indus. Ass'n of Am. V. Verizon Internet Servs, Inc.*, 351 F. 3d 1229 (D.C. Cir. 2003). Per la giurisprudenza italiana v. Trib. Roma ord. decisa il 14 luglio 2007 e ord. decisa il 9 febbraio 2007, in questa *Rivista*, 2007, 471, con commenti di CASO, cit. e G. SCORZA.

⁸ Cfr. S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1999, 201; R. PARDOLESI (con la collaborazione di L. LAMBO e A. PALMIERI), *Dalla riservatezza alla protezione dei dati personali: una storia di evoluzione e discontinuità*, vol. I, Milano, 2003, 1 ss.; G. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale. Tecnologie informatiche e regole privatistiche*, II ed., Bologna, 2006, 43 ss.

⁹ V. R. CASO, *Conclusioni*, in *Digital Rights Management. Problemi teorici e prospettive applicative*, Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento il 21 ed il 22 marzo 2007, 299 ss.

di monitoraggio delle reti P2P, al fine di individuare e memorizzare elementi che comprovino le violazioni dei propri diritti e l'individuazione dei responsabili di tali violazioni. L'esatto funzionamento dei software di monitoraggio non è chiaro (anche perché sembra coperto da segreti industriali). Da quanto è dato desumere dalle narrative dei provvedimenti su riportati nonché dal sito Web di un'impresa coinvolta in una delle vicende processuali, tali software sono in grado di tracciare e memorizzare una serie di informazioni - tra le quali indirizzi IP e Globally Unique Identifier (GUID) - relative alle presunte attività illecite. Una volta ottenute le informazioni (in particolare, gli indirizzi IP), le imprese titolari dei diritti d'autore richiedono (direttamente, o per il tramite delle associazioni di categoria) agli Internet Service Provider (ISP) coinvolti nel traffico P2P di rivelare l'identità e l'indirizzo fisico delle persone titolari delle utenze telefoniche associabili agli indirizzi IP tracciati. Nei casi in cui gli ISP si rifiutano di fornire i dati, le imprese titolari agiscono presso il giudice civile per ottenere coattivamente le informazioni.

La sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee concerne l'ultima fase della sequenza fattuale testé ricostruita. Essa attiene alla compatibilità della legge spagnola con la trama di direttive comunitarie relative a commercio elettronico, proprietà intellettuale e protezione dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche, incentrandosi sul quesito relativo alla sussistenza dell'imposizione rivolta agli Stati membri di istituire un obbligo di comunicare dati personali per garantire l'effettiva tutela del diritto d'autore nel contesto di un procedimento civile.

Il provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali riguarda invece la prima fase della sequenza fattuale, ossia la liceità dell'attività di monitoraggio delle reti P2P sulla quale si fondano le richieste rivolte agli ISP di fornire dati personali dei propri abbonati.

Negli appunti che seguono si ripercorrono i passaggi più rilevanti della sentenza della Corte di Giustizia (paragrafo 2) e del provvedimento del Garante (paragrafo 3), per poi chiudere con alcune brevi considerazioni sullo scenario attuale del conflitto tra diritto d'autore e protezione dei dati personali (paragrafo 4).

2. La pronuncia della Corte di Giustizia delle Comunità Europee

La Corte di Giustizia è stata chiamata a rispondere ad una domanda di pronuncia pregiudiziale vertente sull'interpretazione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 8 giugno 2000, 2000/31/CE, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 22 maggio 2001, 2001/29/CE,

sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, e della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 29 aprile 2004, 2004/48/CE, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, nonché degli artt. 17, n. 2, e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000.

Come si legge nella sentenza su riportata “[t]ale domanda è stata presentata nell’ambito di una controversia pendente tra l’associazione senza scopo di lucro Productores de Música de España (Promusicae) (in prosieguo: la ‘Promusicae’) e la Telefónica de España SAU (in prosieguo: la ‘Telefónica’) in merito al rifiuto, da parte di quest’ultima, di comunicare alla Promusicae, che agisce per conto dei titolari di diritti di proprietà intellettuale che ne fanno parte, una serie di dati personali relativi all’utilizzo di Internet mediante connessioni fornite dalla Telefónica”.

In tale contesto, il Juzgado de lo Mercantil n. 5 de Madrid ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla corte la seguente questione pregiudiziale:

“Se il diritto comunitario, e specificamente gli artt. 15, n. 2, e 18 della direttiva [2000/31], l’art. 8, nn. 1 e 2, della direttiva [2001/29], l’art. 8 della direttiva [2004/48], nonché gli artt. 17, n. 2, e 47 della Carta [...], consentano agli Stati membri di circoscrivere all’ambito delle indagini penali o della tutela della pubblica sicurezza e della difesa nazionale – ad esclusione, quindi, dei processi civili – l’obbligo di conservare e mettere a disposizione i dati sulle connessioni ed il traffico generati dalle comunicazioni effettuate durante la prestazione di un servizio della società dell’informazione, che incombe agli operatori di rete e di servizi di comunicazione elettronica, ai fornitori di accesso alle reti di telecomunicazione ed ai fornitori di servizi di archiviazione di dati”.

La corte dopo un’ampia (e verbosa) ricostruzione del diritto comunitario rilevante (che occupa la maggior parte della decisione) e dopo aver dichiarato ricevibile la domanda pregiudiziale, risponde - in uno stile asettico e privo di qualsiasi vigoria argomentativa - alla questione posta dal giudice spagnolo.

I giudici comunitari prendono le mosse dalla constatazione che la comunicazione, richiesta dalla Promusicae, dei nominativi e degli indirizzi di taluni utilizzatori della rete P2P alla Telefónica costituisce un trattamento di dati personali, ai sensi dell’art. 2, primo comma, della direttiva 2002/58, letto in combinato disposto con l’art. 2, lett. b), della direttiva 95/46. Dunque, benché formalmente il giudice del rinvio

abbia limitato la sua questione all'interpretazione delle direttive 2000/31, 2001/29 e 2004/48, nonché della Carta, occorre partire proprio dall'analisi della direttiva 2002/58.

Ed è nell'analisi della direttiva 2002/58 che si rintraccia, a partire dai paragrafi 46 e ss., il cuore della motivazione.

In particolare, è necessario innanzitutto “verificare se la direttiva 2002/58 escluda la possibilità che gli Stati membri prevedano, per garantire l'effettiva tutela del diritto d'autore, l'obbligo di comunicare dati personali che consentano al titolare di tale diritto di avviare un procedimento civile fondato sull'esistenza del diritto stesso. In caso di risposta negativa, andrebbe poi verificato se dalle tre direttive espressamente prese in considerazione dal giudice del rinvio risulti in modo diretto che gli Stati membri sono tenuti ad istituire un siffatto obbligo [...]”.

Le disposizioni dell'art. 5, n. 1, della direttiva 2002/58 stabiliscono che gli Stati membri devono assicurare la riservatezza delle comunicazioni effettuate tramite una rete pubblica di comunicazione e di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, nonché dei relativi dati sul traffico, e devono in particolare vietare, in linea di principio, alle persone diverse dagli utenti di memorizzare tali dati senza consenso degli utenti interessati [...].

L'art. 15, n. 1, della direttiva 2002/58 offre [...] agli Stati membri la possibilità di prevedere deroghe all'obbligo di principio, ad essi incombente ai sensi dell'art. 5 della stessa direttiva, di garantire la riservatezza dei dati personali. [...] Nessuna di tali deroghe sembra tuttavia riferirsi a situazioni che richiedono l'apertura di procedimenti civili. Infatti, da una parte esse riguardano la sicurezza nazionale, la difesa e la sicurezza pubblica, le quali costituiscono attività proprie degli Stati o delle autorità statali, estranee ai settori di attività dei singoli (v., in tal senso, sentenza Lindqvist, cit., punto 43), e, dall'altra, il perseguimento dei reati.

[...] Quanto all'eccezione relativa agli usi non autorizzati del sistema di comunicazione elettronica, essa sembra riguardare gli utilizzi che mettono in causa l'integrità o la sicurezza stessa di tale sistema, come, in particolare, le ipotesi, riportate all'art. 5, n. 1, della direttiva 2002/58, di captazione o di sorveglianza delle comunicazioni senza consenso degli utenti interessati. Neppure siffatti utilizzi, che, ai sensi del detto articolo, richiedono l'intervento degli Stati membri, si riferiscono a situazioni idonee a dar luogo a procedimenti civili”.

Sulla scorta di tali premesse la Corte di Giustizia conclude affermando che “l'art. 15, n. 1 [della direttiva 2002/58] non può essere interpretato nel senso che, nelle situazioni che elenca, esso vincola gli Stati membri a prevedere siffatto obbligo”.

Un tale obbligo, aggiungono i giudici di Lussemburgo, non discende nemmeno dalle direttive 2001/29, 2004/48 e 2000/31.

Ma dalle pieghe della motivazione emerge un *obiter dictum* che svela il sostrato pilatesco e fumoso della decisione. Rilevano infatti i giudici europei: “[...] tuttavia, non si può non constatare che l’art. 15, n. 1, della direttiva 2002/58 conclude l’elenco delle suddette deroghe facendo espresso riferimento all’art. 13, n. 1, della direttiva 95/46. Ebbene, anche quest’ultima disposizione autorizza gli Stati membri a adottare disposizioni intese a limitare la portata dell’obbligo di riservatezza dei dati personali qualora tale restrizione sia necessaria, tra l’altro, per la tutela dei diritti e delle libertà altrui. Poiché non precisano i diritti e le libertà che vengono in tal modo in questione, le dette disposizioni dell’art. 15, n. 1, della direttiva 2002/58 devono essere interpretate nel senso che esprimono la volontà del legislatore comunitario di non escludere dal loro ambito di applicazione la tutela del diritto di proprietà e delle situazioni in cui gli autori mirano ad ottenere tale tutela nel contesto di un procedimento civile. [...] Occorre pertanto constatare che la direttiva 2002/58 non esclude la possibilità, per gli Stati membri, di prevedere l’obbligo di divulgare dati personali nell’ambito di un procedimento civile”.

Come dire che il diritto comunitario non impone, ma nemmeno vieta l’istituzione di un obbligo di divulgare dati personali nell’ambito di un procedimento civile¹⁰. E ciò perché, stante il rango di diritto fondamentale da riconoscere – ora anche in base a quanto stabilito esplicitamente dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea – a tutti i diritti in gioco: di proprietà intellettuale, di tutela giurisdizionale e di rispetto della vita privata nonché di tutela dei dati personali, “il diritto comunitario richiede che i detti Stati, in occasione della trasposizione [delle direttive già menzionate], abbiano cura di fondarsi su un’interpretazione delle medesime tale da garantire un giusto equilibrio” tra i medesimi diritti. “Inoltre, in sede di attuazione delle misure di recepimento delle dette direttive, le autorità e i giudici degli Stati membri devono non solo interpretare il loro diritto nazionale in modo conforme a tali direttive, ma anche evitare di fondarsi su un’interpretazione di esse che entri in conflitto con i detti diritti fondamentali o con gli altri principi generali del diritto comunitario, come, ad esempio, il principio di proporzionalità”.

Cosa la Corte di Giustizia intenda per giusto equilibrio dei diritti fondamentali non è dato sapere. Un po’ più coraggiose si erano mostrate a questo proposito le

¹⁰ Nello stesso senso si esprimevano le conclusioni dell’Avvocato Generale Juliane Kokott: “[a]llo stato attuale del diritto comunitario, gli Stati membri hanno tuttavia facoltà, in applicazione della terza e quarta alternativa prevista dall’art. 15, n. 1, della direttiva 2002/58/CE, di prevedere che i dati personali sul traffico siano comunicati alle autorità statali, ai fini di consentire sia i procedimenti penali, sia i procedimenti civili intentati per violazione del diritto d’autore a causa di condivisione degli archivi. Essi non sono tuttavia tenuti a farlo”.

conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott le quali giungevano a sottolineare che, nel caso in cui il legislatore nazionale scelga di istituire la possibilità di comunicare dati personali sul traffico ad autorità pubbliche come un giudice civile, tale possibilità “può essere circoscritta a fattispecie particolarmente gravi [di violazione del diritto d'autore], per esempio ad infrazioni commesse a scopo di lucro, ossia ad un uso illecito di opere protette, tale da pregiudicare gravemente il realizzo economico del titolare del diritto. Che l'affermazione del diritto d'autore a fronte di infrazioni commesse in rete debba essere rivolta proprio agli atti gravemente pregiudizievoli risulta anche dal nono ‘considerando’ della direttiva 2004/48/CE. Il Regno Unito fa giustamente notare che, pur essendovi menzionata la distribuzione di copie pirata in Internet, essa è inserita in un contesto di criminalità organizzata”. Quest'ultima affermazione va letta in connessione ai precedenti paragrafi 105 e 106 dove si sottolinea che “[l]a tutela dei diritti d'autore è un interesse della collettività, la cui importanza è stata più volte ribadita dalla Comunità. Pertanto è possibile, anche laddove l'interesse dei titolari dei diritti sia principalmente di natura privata e non pubblica, riconoscere tale tutela come un interesse fondamentale della collettività. La condivisione illecita degli archivi rappresenta una minaccia reale per la tutela dei diritti d'autore. [...] Non è tuttavia certo che la condivisione degli archivi ad uso privato, soprattutto qualora abbia luogo senza scopo di lucro, possa recare un pregiudizio sufficientemente grave alla tutela dei diritti d'autore, tale da giustificare il ricorso a questa deroga. È infatti controverso in che misura la condivisione privata degli archivi possa recare un vero danno [...]”.

3. Il provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali

Il provvedimento del Garante in epigrafe costituisce l'ultimo atto (anche se logicamente doveva essere il primo) della vicenda italiana della Peppermint, casa titolare di diritti d'autore su opere musicali con sede in Germania.

La Peppermint, aveva incaricato la Logistep, società svizzera, del monitoraggio del *file sharing* sospettato di illiceità¹¹. Una volta ottenuti dalla Logistep numerosi indirizzi IP i cui titolari erano stati considerati responsabili della predetta condotta illecita, la Peppermint aveva chiesto all'autorità giudiziaria italiana in sede civile di ordinare a taluni fornitori di servizi di comunicazione elettronica di rivelare le generalità degli intestatari degli interessati. A seguito delle prime pronunce del Tribunale di Roma che avevano provveduto in tal senso¹² (lo stesso tribunale ha poi cambiato orientamento,

¹¹ Il provvedimento del Garante si riferisce anche ad analoga attività svolta dalla Techland società che elabora e commercializza giochi elettronici avente sede in Polonia.

¹² V. Trib. Roma, ord. 9 febbraio 2007, in questa *Rivista*, 2007, 461; 19 agosto 2006, *Dir. ind.*, 2007, 592, con commento di G. FOGLIA, nonché in *Dir. informazione e informatica*, 2007, 835, con nota di C. BLENGINO, M. A. SENOR.

come ricordato nel provvedimento del Garante in commento, negando l'ordine di rivelare le generalità degli intestatari¹³), la Peppermint aveva inviato, tramite un suo legale, diverse centinaia di lettere a persone individuate quali intestatari di una linea di collegamento a Internet. Con tali lettere si contestava la violazione dei diritti derivanti dalla produzione di fonogrammi e si proponeva una risoluzione bonaria, alternativa anche alla denuncia in sede penale, basata sul rispetto di alcune condizioni comprensive di un versamento di 330 euro.

Il Garante ha dichiarato illeciti i trattamenti effettuati dai soggetti coinvolti nel monitoraggio delle reti P2P, vietandone l'ulteriore trattamento e disponendone la cancellazione.

In particolare, nel provvedimento in epigrafe si rileva che: “[i] trattamenti in esame, effettuati in modo massivo e capillare per un periodo di tempo prolungato e nei riguardi di un numero elevato di soggetti, hanno consentito di tenere traccia analitica delle operazioni compiute da innumerevoli, singoli utenti relativamente a specifici contenuti protetti dal diritto d'autore. Per le modalità con le quali la raccolta dei dati è stata svolta, si è configurata un'attività di monitoraggio vietata a soggetti privati dalla direttiva 2002/58/Ce (art. 5; cfr. art. 122 del Codice). Le reti P2P sono finalizzate allo scambio fra utenti di dati e file per scopi sostanzialmente personali, mentre il software fsm [file sharing monitoring] ‘non è destinato allo scambio di dati, ma al monitoraggio ed alla ricerca di dati, che utenti di reti P2P mettono a disposizione a terzi’ [...]. I dati che gli utenti mettono in rete possono essere utilizzati per le finalità per le quali tale pubblicazione avviene [...]. L'utilizzo dei dati dell'utente delle reti peer-to-peer può, quindi, avvenire per le finalità sue proprie e non già, in modo non trasparente, per scopi ulteriori, quali quelli perseguiti da Logistep, Peppermint e Techland. Il trattamento è risultato viziato anche sotto il profilo della trasparenza e della correttezza, posto che non è stata fornita alcuna informativa preliminare agli utenti. Dalla descrizione resa dalle società sul funzionamento del software fsm si è potuto rilevare che, mentre gli indirizzi IP sono stati acquisiti da un terzo rispetto agli utenti (il *tracker*), gli altri dati (ossia, i file offerti in condivisione, data e ora del *download*) sono stati raccolti direttamente presso gli interessati”.

4. Il conflitto tra diritto d'autore e protezione dei dati personali: lo scenario attuale

Dunque, stando agli ultimi sviluppi, il fronte euro-italiano del conflitto tra protezione dei dati personali e diritto d'autore non sembra favorevole a quest'ultimo.

¹³ V. Trib. Roma, ord. 22 novembre 2007, *Foro it.*, 2008, I, 1329, con nota di E. TUCCI; 16 luglio 2007, *Dir. ind.*, 2007, 585; 14 luglio 2007, in questa *Rivista*, 2007, 461, 588; 27 novembre 2006, inedita.

A margine di questi sviluppi solo alcune telegrafiche osservazioni ordinate per punti.

a) Nel contesto del diritto comunitario e italiano l'attività di monitoraggio da parte di privati delle reti di *file sharing* volta ad individuare presunte violazioni del diritto d'autore è illecita, in quanto viola il particolare regime che governa la protezione dei dati personali nelle reti di comunicazione elettronica. Nella ricerca (difficile) dell'equilibrio tra diritti fondamentali, la prevalenza accordata nel caso di specie alla riservatezza ed alla protezione dei dati personali rispetto alla tutela della proprietà intellettuale e del diritto d'autore si fonda sulla peculiarità della dimensione delle reti di comunicazione elettronica. L'attività di monitoraggio dei comportamenti privati ed il trattamento dei dati personali sulle reti di comunicazione è dotata di una carica di invasività imparagonabile ad un'attività di monitoraggio svolta nella dimensione tradizionale posta al di fuori delle reti. Insomma, spiare su Internet mediante software robot non è come farlo per strada con un binocolo o con una macchina fotografica analogica. In questa prospettiva, la prevalenza della riservatezza e della protezione dei dati personali appare anche (e soprattutto) come il riflesso del fondamentale principio di divieto dell'autotutela privata posto alle radici della tradizione giuridica occidentale¹⁴.

Ciò costituisce il punto centrale delle controversie riguardanti le azioni giudiziarie e stragiudiziarie volte a colpire gli utenti delle reti P2P. Infatti, il divieto di monitoraggio sbarrava la strada alla richiesta, diretta o tramite autorità giudiziaria, all'Internet Service Provider della rilevazione delle generalità degli intestatari delle linee telefoniche, in quanto la medesima richiesta si basa su un trattamento illecito di dati personali.

b) La vittoria ottenuta dalla privacy sul fronte euro-italiano non significa affatto che la guerra sia conclusa. Non sono tanto i varchi lasciati aperti dalla Corte di Giustizia al c.d. diritto di informazione (cioè il diritto ad ottenere in un giudizio civile informazioni, anche dati personali, relative alla violazione della proprietà intellettuale) a preoccupare, posto che il diritto d'informazione – in fattispecie come quelle in esame – sembra difficilmente reclamabile per le considerazioni svolte sub a), quanto il nuovo vento normativo che spira da alcuni paesi come la Francia.

I c.d. “Accordes de l'Elysée” per lo sviluppo e la protezione di opere e programmi cultura sulle nuove reti sottoscritti dal governo francese e da 46 organizzazioni ed associazioni del mondo della cultura e di Internet il 23 novembre del 2007 prevedono, tra l'altro, l'istituzione di un'autorità indipendente con funzioni di

¹⁴ V. CASO, *Il conflitto tra copyright e privacy nelle reti Peer to Peer: il caso Peppermint – Profili di diritto comparato*, cit.

contrasto alla “pirateria” sulle reti P2P nonché l’adozione da parte del fornitore dell’accesso alla rete di dispositivi di filtraggio dei contenuti illeciti¹⁵. A seguito degli accordi, il 18 giugno 2008 è stato presentato un disegno di legge intitolato “Création et Internet”¹⁶, il quale istituisce l’autorità indipendente dotandola di poteri inibitori che arrivano ad infliggere all’abbonato del servizio Internet ritenuto responsabile di “pirateria” la sospensione dell’accesso alla rete¹⁷. Malgrado il disegno di legge si presenti nella relazione introduttiva come uno strumento per ristabilire l’equilibrio tra il “droit de propriété des créateurs” ed il “droit au respect de la vie privée des internautes”, l’impressione è che esso si basi sulla sorveglianza (pubblica o privata) di massa. Se così è, poco rassicuranti appaiono le garanzie apprestate (a valle) con riferimento al trattamento dei dati acquisiti per l’attuazione delle sanzioni irrogabili da parte dell’autorità indipendente¹⁸, in quanto la compressione della vita privata nasce (a monte) con la sorveglianza di massa.

c) C’è da augurarsi (ma senza farsi troppe illusioni) che, almeno nel conflitto tra *privacy* e *copyright*, i legislatori del vecchio continente smettano di cavalcare la tigre dell’iperprotezione della proprietà intellettuale. La dottrina ha già da tempo messo sul piatto soluzioni che consentono di porre fine al conflitto. Si tratta di soluzioni all’insegna del *second best*¹⁹. Ma vale la pena di esplorarle, non foss’altro per il fatto

¹⁵ Il testo, disponibile all’URL: < <http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/conferen/albanel/accordselysee.pdf>>, recita: “[l]’accord prévoit donc la mise en place une autorité administrative indépendante, qui sera chargée de prévenir et de sanctionner le ‘piratage’. Cette autorité pourrait être l’Autorité de régulation des mesures techniques (ARMT), qui existe déjà mais dont le rôle est plus restreint.

- Cette autorité sera saisie par les créateurs dont les oeuvres auront été piratées.

- Elle commencera par envoyer aux pirates des messages d’avertissement qui seront personnalisés : une phase préventive précèdera donc d’éventuelles sanctions, ce que le droit ne permet pas jusqu’à présent.

- Si le pirate récidive, l’autorité prendra alors des sanctions adaptées à la nature du comportement auquel il s’agit de mettre fin : la suspension de l’abonnement Internet, puis sa résiliation. Pour éviter que les pirates ne ‘migrent’ d’un fournisseur d’accès à un autre, un ‘fichier des résiliés’ sur le modèle du fichier des interdits bancaires de la Banque de France sera créé.

- La dimension préventive de la lutte est encore accentuée par l’engagement des fournisseur d’accès Internet à expérimenter des dispositifs de filtrage”.

¹⁶ Il testo del disegno di legge è disponibile all’URL: <<http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/dossiers/internet-creation08/6%20-%20Projet%20de%20loi.pdf>>.

¹⁷ V. l’art. 2 del disegno di legge il quale va ad incidere sul “code de la propriété intellectuelle”.

¹⁸ Nella relazione introduttiva al disegno di legge si rileva che: “[p]our garantir la proportionnalité de l’atteinte portée a la vie privée des internautes, au regard du double objectif de sauvegarde du droit de propriété et de la création culturelle, l’utilisation des données relatives aux abonnés auteurs de manquements à l’obligation prévue à l’article L. 336-3 est entourée de multiples précautions. Ainsi, les saisines des ayants droit seront traitées au sein d’une commission de protection des droits, sous la direction de hauts magistrats, par des agents publics dont l’habilitation sera précédée d’enquêtes administratives. De plus, la consultation, par les fournisseurs d’accès a internet, du répertoire des abonnés suspendus se fera sous la forme d’une simple interrogation, portant sur la présence du nom du cocontractant. En outre, si la loi autorise la mise en oeuvre par la Haute Autorité d’un traitement automatisé pour les besoins de la gestion de ses procédures et du répertoire des abonnés suspendus, le gouvernement adressera a la Commission nationale de l’informatique et des libertés, en accompagnement du projet de décret en Conseil d’Etat qui fixera les modalités d’application de la loi sur ce point, un dossier de formalités préalables conforme à l’article 30 de la loi no 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l’informatique, aux fichiers, et aux libertés. Enfin, les différents décrets en Conseil d’Etat portant sur les aspects procéduraux viendront encore renforcer les garanties qui figurent dans la loi”.

¹⁹ Pescando nel mucchio, L. LESSIG, *Cultura libera – Un equilibrio tra anarchia e controllo, contro l’estremismo della proprietà intellettuale*, Milano, 2005, 271 ss.; N. W. NETANEL, *Impose a Non Commercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing*, 17 *Harv. J.L. & Tech.*(2003), disponibile su SSRN all’URL: <<http://ssrn.com/abstract=468180>>; W. FISHER, *Digital Music: Problems and Possibilities*, 2000, disponibile

che la proprietà intellettuale è – secondo la logica economica – essa stessa un *second best* e non certo il migliore dei mondi possibili.

all'URL: <<http://www.law.harvard.edu/faculty/tfisher/Music.html>>. Per una rassegna delle possibili soluzioni anche in riferimento al quadro europeo v. G. MAZZIOTTI, *EU Digital Copyright Law and the End-User*, Berlin-Heidelberg, 2008, 241 ss.