UNIVERSITY OF TRENTO - Italy
Faculty of Law

lawtech

Trento Law and Technology Research Group

Student Paper n. 58

# LA RESPONSABILITÀ DELL'*INTERNET SERVICE PROVIDER* ALLA LUCE DELLA NUOVA DIRETTIVA SUL DIRITTO D'AUTORE NEL MERCATO UNICO DIGITALE

LAURA CAMARELLA

**ISBN**: 978-88-8443-893-5
COPYRIGHT © 2020 LAURA CAMARELLA

This paper can be downloaded without charge at:
Trento Law and Technology Research Group
Student Papers Series Index:
http://www.lawtech.jus.unitn.it

IRIS: http://hdl.handle.net/11572/255244

Questo paper Copyright © 2020 **Laura Camarella**
è pubblicato con Licenza Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate
4.0 Internazionale. Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:
http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/it/

KEYWORDS

*Intellectual property – Copyright – Directive 790/2019 on copyright in the Digital Single Market – Internet Service Provider liability – Piracy*

About the author

Laura Camarella (laura.camarella@alumni.unitn.it) graduated in Law at the University of Trento, under the supervision of Prof. Roberto Caso (December 2019).
The opinion stated in this paper and all possible errors are the Author's only.

PAROLE CHIAVE

*Proprietà intellettuale – Copyright – Direttiva 790/2019 sul diritto d'autore nel Mercato Unico Digitale – Responsabilità dell'Internet Service Provider – Pirateria*

Informazioni sull'autore

Laura Camarella (laura.camarella@alumni.unitn.it) ha conseguito la Laurea in Giurisprudenza presso l'Università di Trento con la supervisione del Prof. Roberto (dicembre 2019).
Le opinioni e gli eventuali errori contenuti sono ascrivibili esclusivamente all'autore.

**ABSTRACT**

Il passaggio dall'era analogica all'era digitale ha fornito alla collettività nuove possibilità di comunicazione e nuove modalità di diffusione e accesso alle opere dell'ingegno. Se da un lato il progresso tecnologico ha ampliato lo spettro dei potenziali autori e dello stesso concetto di creatività, dall'altro l'ascesa di internet e del suo ormai imprescindibile uso nella vita di tutti i giorni ha facilitato l'accesso e l'utilizzo non autorizzato delle opere protette dal diritto d'autore. Il panorama normativo europeo si è presentato obsoleto e inadatto a contemperare i vari interessi contrapposti in gioco: la tutela e l'*enforcement* del diritto d'autore per un verso e la libertà di espressione del pensiero e di informazione, la libera iniziativa economica, la riservatezza e la protezione dei dati personali per l'altro. In un mondo in cui internet è assurto al ruolo di strumento per eccellenza per lo scambio dell'informazione e delle idee, è apparso opportuno disciplinare le varie realtà che ivi vi operano.

La legislazione europea si era inserita in un contesto in cui i grandi colossi del *web* ancora non erano nati. A distanza di quasi un ventennio dall'ultima normativa di carattere generale sulla materia, la situazione appare radicalmente mutata: internet è dominata da poche grandi piattaforme che danno accesso a materiale protetto caricato dagli utenti senza la necessaria preventiva autorizzazione dei titolari dei diritti. Gli *Internet Service Provider* rappresentano oggi i grandi protagonisti dello scenario digitale, ruolo che ha fatto sorgere la necessità di responsabilizzare ulteriormente tali figure. È stata sentita, con sempre più veemenza, la necessità di definire e ridefinire i profili di responsabilità di quegli intermediari che operano nella società dell'informazione in relazione alle condotte illecite poste in essere dagli utenti.

L'Unione Europea è intervenuta proponendo una direttiva in grado di cogliere il diverso panorama odierno e di fronteggiare le nuove sfide che questo propone. La direttiva, approvata dopo un lungo e controverso processo legislativo, è oggetto di un acceso dibattito che non pare essere destinato a sopirsi nel breve termine.

La presente trattazione, partendo da una breve introduzione storica al diritto d'autore, introduce alla più rilevante normativa europea in materia di diritto d'autore relativamente alla sua tutela nel mondo digitale. Questo studio prosegue poi analizzando la proposta di direttiva avanzata dalla Commissione europea nel 2016 sottolineandone gli aspetti più critici, per poi passare all'esame della direttiva così come approvata nella sua formulazione finale, anch'essa non esente da problematicità. Verrà messo in luce il necessario bi-

lanciamento in cui il diritto d'autore deve essere inserito in contrapposizione alla tutela di altri diritti fondamentali. Si concluderà con l'indicazione di qualche dato volto a fornire una più oggettiva visione sullo stato della pirateria digitale e sulla percezione sociale del diritto d'autore da parte della comunità.

# INDICE

**Introduzione** ..... **1**

**Capitolo I** ..... **3**
**L'evoluzione della tutela del diritto d'autore** ..... **3**
1.1 Il diritto d'autore dall'antichità al Medioevo ..... 3
1.1.1 L'importanza della storia ..... 3
1.1.2 *Corpus mysticum* e *corpus mechanicum* ..... 3
1.1.3 Il principio *litterae chartis cedunt* ..... 4
1.1.4 Il plagio nella cultura ellenica ..... 6
1.1.5 Il diritto d'inedito ..... 8
1.1.6 Il plagio in Roma antica ..... 10
1.1.7 L'avvento del Medioevo ..... 11
1.2 La rivoluzionaria invenzione della stampa e il sistema dei privilegi ..... 12
1.2.1 L'invenzione della stampa ..... 12
1.2.2 Il sistema dei privilegi ..... 13
1.2.3 L'evoluzione della tutela in Inghilterra e Francia ..... 15
1.3 Lo *Statute of Anne* ..... 19
1.3.1 La necessità di un intervento legislativo ..... 19
1.3.2 Lo statuto e la sua (mancata) applicazione ..... 22
1.3.3 Il caso *Tonson v Collins* ..... 24
1.3.4 Una prima posizione: il caso *Millar v Taylor* ..... 25
1.3.5 Diritto perpetuo o concessione: la risposta tanto attesa ..... 26
1.3.6 Dopo lo Statuto ..... 27
1.3.7 Una risposta diversa dal fronte francese ..... 23
1.4 Il *droit moral* ..... 31
1.4.1 Una definizione aperta a più interpretazioni ..... 31
1.4.2 Il ruolo dei codici francesi ..... 31
1.4.3 L'apporto giurisprudenziale e dottrinale ..... 34
1.5 Il *copyright* statunitense ..... 35
1.5.1 Il panorama giuridico del Nuovo Mondo ..... 35
1.5.2 Un riconoscimento costituzionale ..... 37
1.5.3 La legislazione sul *copyright* ..... 37
1.5.4 La soluzione circa la natura del *copyright* statunitense ..... 38
1.6 Breve storia della pirateria ..... 39
1.6.1 La pirateria digitale ..... 41
1.6.2 *Napster* ..... 42
1.7 L'attuale panorama normativo e la sfida del digitale ..... 43
1.7.1 Il contesto italiano ..... 43
1.7.2 La normativa internazionale ..... 45
1.7.3 L'era digitale e la crisi del diritto d'autore ..... 46
1.7.4 Le risposte sociali e giuridiche ..... 49
1.8 Rivoluzione o conservazione? La direttiva 790/2019 ..... 51
1.8.1 Un'Europa divisa ..... 51
1.8.2 I contenuti più controversi della riforma sul diritto d'autore ..... 54

**Capitolo II** .....
**Il ruolo dei prestatori di servizi *online* e la responsabilità degli ISP** ..... **57**
2.1 Internet e gli ISP ..... 57
2.1.1 Dall'analogico al digitale ..... 57
2.1.2 Le tipologie di ISP ..... 58
2.2 Il contesto americano ..... 60
2.2.1 *Direct Liability* ..... 61
2.2.2 *Vicarious Liability* ..... 62
2.2.3 *Contributory Liability* ..... 64
2.2.4 Il *Digital Millennium Copyright Act* e l'OCILLA ..... 66
2.2.5 La *Section* 512 ..... 69
2.2.6 *Actual knowledge* e *red flag test* ..... 71
2.2.7 DMCA e *free speech* ..... 72
2.2.8 Il caso *MGM v Grokster* ..... 74
2.3 Il contesto europeo e nazionale ..... 75
2.3.1 Il panorama antecedente alla direttiva e-commerce ..... 77
2.3.2 La direttiva e-commerce ..... 81
2.3.3 La sezione 4 della direttiva e-commerce ..... 83
2.3.4 Le problematicità ..... 89
2.3.5 L'art. 15: assenza di un obbligo generale di sorveglianza ..... 92
2.3.6 L'anonimato in rete ..... 93
2.3.7 Motori di ricerca e *linking* ..... 94
2.4 Applicazione giurisprudenziale della direttiva ..... 96
2.4.1 Uno sguardo al passato: il caso *Sony Betamax* ..... 97
2.4.2 I casi *Promusicae c. Telefónica* e *LSG c. Tele2* ..... 100
2.4.3 I casi *Scarlet c. Sabam* e *Sabam c. Netlog* ..... 103
2.4.4 Il caso *UPC Telekabel c. Constantin Film Verleih* ..... 105
2.4.5 Il caso *Bonnier Audio et al. v Perfect Communication Sweden AB* ..... 107
2.4.6 La problematica figura dell'*hosting provider*: *Google c. Louis Vuitton Malletier* ..... 109
2.4.7 (*Segue*) La problematica figura dell'*hosting provider*: *L'Oréal c. eBay International AG* ..... 111
2.5 La giurisprudenza italiana ..... 114
2.5.1 Il caso *Peppermint* ..... 114
2.5.2 Il caso *RTI c. YouTube* ..... 116
2.5.3 Il caso *Sky Italia* ..... 118
2.5.4 Il caso *About Elly* ..... 119
2.5.5 Il caso *RTI c. Italia On Line* ..... 123
2.5.6 Il caso *Delta TV c. YouTube* ..... 124
2.5.7 Il caso *RTI c. Vimeo* ..... 126
2.5.8 Il caso *RTI c. Facebook* ..... 128
2.5.9 Il caso *RTI c. Yahoo! Italia s.r.l.* ..... 129
2.5.10 Il caso *RTI c. Dailymotion* ..... 133
2.5.11 Il caso *RTI c. BitKitchen* ..... 135

**Capitolo III** .....
**La direttiva 790/2019: soluzione o problema?** ..... **137**
3.1 La proposta di direttiva ..... 137

3.1.1 *Digital Single Market strategy* ..... 137
3.1.2 *Value gap* ..... 143
3.2 La proposta di direttiva sul diritto d'autore ..... 147
3.2.1 L'art. 13 ..... 148
3.2.2 Compatibilità della proposta con il panorama normativo europeo concernente il *copyright* ..... 150
3.2.3 Compatibilità con l'art. 14 della direttiva e-commerce ..... 153
3.2.4 Compatibilità con l'art. 15 della direttiva e-commerce ..... 157
3.2.5 Compatibilità con la Carta dei diritti fondamentali dell'UE ..... 160
3.2.6 Art. 11: cenni ..... 163
3.3 L'approvazione della direttiva 790/2019 ..... 168
3.3.1 Breve illustrazione dei contenuti ..... 170
3.3.2 Il Titolo IV: alcuni problemi irrisolti ..... 176
3.3.3 Definizione di *online content-sharing service provider* ..... 185
3.3.4 Rapporti tra la direttiva e il GDPR ..... 188
3.3.5 Diritto d'autore e giusto equilibrio tra diritti fondamentali ..... 195
3.3.6 La nuova fattispecie del diritto di comunicazione al pubblico e la responsabilità dell'*o.c.s.s.p.* ..... 200
3.3.7 Diligenza richiesta e agevolazioni per i *providers* minori ..... 208
3.3.8 *Notice and take down* e *Notice and stay down* ..... 211

**Capitolo IV** .....
**La pirateria e il *value gap*: considerazioni di sintesi** ..... **219**
4.1 Il ciberspazio ..... 219
4.2 *We are digital* ..... 223
4.3 La diffusione della pirateria digitale ..... 226
4.3.1 L'effetto dell'*enforcement* sulla pirateria digitale ..... 232
4.4 Buoni e cattivi ..... 234

**Conclusioni** ..... **238**

**Bibliografia** ..... **240**

# INTRODUZIONE

Il passaggio dall'era analogica all'era digitale ha fornito alla collettività nuove possibilità di comunicazione e nuove modalità di diffusione e accesso alle opere dell'ingegno. Se da un lato il progresso tecnologico ha ampliato lo spettro dei potenziali autori e dello stesso concetto di creatività, dall'altro l'ascesa di internet e del suo ormai imprescindibile uso nella vita di tutti i giorni ha facilitato l'accesso e l'utilizzo non autorizzato delle opere protette dal diritto d'autore. Il panorama normativo europeo si è presentato obsoleto e inadatto a contemperare i vari interessi contrapposti in gioco: la tutela e l'*enforcement* del diritto d'autore per un verso e la libertà di espressione del pensiero e di informazione, la libera iniziativa economica, la riservatezza e la protezione dei dati personali per l'altro. In un mondo in cui internet è assurto al ruolo di strumento per eccellenza per lo scambio dell'informazione e delle idee, è apparso opportuno disciplinare le varie realtà che ivi vi operano. Le nuove tecnologie infatti consentono una facile e immediata riproduzione dei contenuti, il tutto garantendo una copia di elevata qualità a costi prossimi allo zero.

La legislazione europea si era inserita in un contesto in cui i grandi colossi del *web* ancora non erano nati. A distanza di quasi un ventennio dall'ultima normativa di carattere generale sulla materia, la situazione appare radicalmente mutata: internet è dominata da poche grandi piattaforme che danno accesso a materiale protetto caricato dagli utenti senza la necessaria preventiva autorizzazione dei titolari dei diritti. Gli *Internet Service Provider* rappresentano oggi i grandi protagonisti dello scenario digitale, ruolo che ha fatto sorgere la necessità di responsabilizzare ulteriormente tali figure. È stata sentita, con sempre più veemenza, la necessità di definire e ridefinire i profili di responsabilità di quegli intermediari che operano nella società dell'informazione in relazione alle condotte illecite poste in essere dagli utenti. Irrigidire i profili di responsabilità degli *Internet service provider* porta con sé tuttavia dei rischi che non possono essere ignorati con importanti e negative implicazioni in tema di libertà fondamentali degli utenti e una insensibilità all'obiettivo del perseguimento del progresso che dovrebbe essere posto alla base della tutela autorale. D'altra parte, anche una tendenziale irresponsabilità degli ISP appare inconcepibile, non prevedendo la considerazione di interessi altrettanto meritevoli di tutela. L'unica via percorribile rimane dunque il raggiungimento di un equilibrio tra i vari interessi in gioco che deve trovare, tra le sue varie origini, fonte da un assetto positivo ponderato.

Per tale ragione, alla luce del cruciale cambiamento avvenuto nel contesto digitale e tecno-

logico del ruolo svolto da queste piattaforme, l'Unione Europea è intervenuta proponendo una direttiva in grado di cogliere il diverso panorama odierno e di fronteggiare le nuove sfide che questo propone. La direttiva, approvata dopo un lungo e controverso processo legislativo, è oggetto di un acceso dibattito che non pare essere destinato a sopirsi nel breve termine.

Il primo capitolo sarà dedicato all'evoluzione storica della tutela del diritto d'autore. L'obiettivo è quello di fornire non solo delle basi storico-giuridiche, ma anche e soprattutto offrire la possibilità di cogliere le grandi differenze nella portata della tutela del diritto d'autore e negli obiettivi per cui questo è sorto. Un approccio che prende in considerazione un diritto d'autore completamente diverso da quello che oggi chiede una rivisitazione normativa spinge a riflettere sulla tendenza ipertrofica che la tutela autorale va assumendo, accompagnata dal sempre più accentuato allontanamento dalla *ratio* originaria dell'istituto.

Il secondo capitolo darà spazio all'analisi dell'apparato normativo statunitense in materia di proprietà intellettuale, essendo gli USA il primo ordinamento ad aver considerato e disciplinato la responsabilità degli ISP per violazione del *copyright*. La successiva parte del capitolo si concentrerà sull'assetto legislativo e giurisprudenziale europeo ante direttiva 790/2019, evidenziandone la struttura, gli elementi significativi e le più incisive interpretazioni della giurisprudenza, comunitaria e nazionale, intervenute nel corso degli anni.

Il terzo capitolo è dedicato all'analisi del testo della nuova direttiva sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale, di recente approvazione. Dopo una breve illustrazione del testo nel suo complesso, l'attenzione verrà concentrata sugli aspetti più problematici della normativa, con particolare riferimento all'art. 17.

Il quarto ed ultimo capitolo funge da cerniera di chiusura, riportando e commentando alcuni studi empirici concernenti la pirateria digitale nonché alcune valutazioni sulle percezioni sociali relative alla tutela del diritto d'autore. Si concluderà esprimendo alcune considerazioni personali in merito alla direttiva oggetto della trattazione e alla deriva pericolosa che la legislazione e la giurisprudenza europea stanno prendendo.

# CAPITOLO I

## L'evoluzione della tutela del diritto d'autore

### 1.1 Il diritto d'autore dall'antichità al Medioevo

#### 1.1.1 L'importanza della storia

Sembra facile delineare lo stato dell'arte di istituti che si presentano come figli di un'epoca recente, sconosciuti e mai contemplati precedentemente, soluzioni intervenute per problemi forgiati. Vi è sempre il timore che, se si volge lo sguardo appena più addietro con il temerario desiderio di addentrarsi, disarmati, nel labirinto della tradizione, si rischi di perdersi e chissà che pericoli incontrare lì celati. È dunque con parsimonia e cautela che si deve padroneggiare l'unica via di fuga, il filo rosso della storia, strada battuta che inevitabilmente ci ha portato alla nostra destinazione: il presente.
Ed è proprio con questa consapevolezza, e con altrettanta attenzione, che si intende introdurre un istituto che sbocciò pochi secoli or sono, ma che vide i primi germogli innestarsi in tempi ben più remoti. È infatti solo ripercorrendo la storia e conoscendo il passato che si può comprendere il presente e il perché di determinate decisioni prese oggi.
Sembra dunque inevitabile cominciare dall'inizio, letteralmente.

#### 1.1.2 *Corpus mysticum* e *corpus mechanicum*

Il diritto d'autore/*copyright* ha subito nel corso dei secoli radicali evoluzioni in funzione e come effetto del contesto in cui questo crebbe, rappresentando ora conseguenza del contesto mutato ora causa di mutamento del contesto.
Indefettibile caratteristica che sta alla base del concetto stesso di diritto d'autore è la distinzione tra bene materiale e bene immateriale. Il primo rappresenta il bene tangibile attraverso il quale viene ad esistenza il secondo, risultato di un'attività creativa originale.
La distinzione tra bene materiale e immateriale non è scoperta dell'età moderna. Si possono rinvenire numerose fonti di epoca greco-romana che presentano riflessioni sul punto.

Nondimeno lo stesso Seneca così rifletteva:

«*Libros dicimus esse Ciceronis; eosdem Dorus librarius suos vocat, et utrumque verum est. Alter illos tamquam auctor sibi, alter tamquam emptor adserit; ac recte utriusque dicuntur esse, utriusque enim sunt, sed non eodem modo. Sic potest Titus Livius a Doro accipere aut emere libros suos*»[1].

Non appare dunque prerogativa dell'epoca moderna e post-moderna interrogarsi sulla distinzione tra *corpus mysticum* e *corpus mechanicum*, questione già nota agli antichi. La concezione di autore e di opera *dell'*autore era allora già presente, anche se vista sotto una prospettiva a noi ormai preclusa.

### 1.1.3 Il principio *litterae chartis cedunt*

Nelle culture orali il sapere veniva trasmesso personalmente dal soggetto, il quale esprimeva una forma unica di narrazione attingendo alle sue capacità artistiche ed espressive. E così l'opera trasmessa e le modalità intrinseche di trasmissione si fondevano in un'unica soluzione che consentiva allo stesso tempo diffusione e tutela. Il tutto avveniva in un contesto in cui condivisione e rielaborazione erano atte a custodire e tramandare il sapere nel tempo.
Con l'imposizione della parola scritta si è rivelato necessario adottare alcune cautele con lo scopo di tutelare l'autore relativamente alle sue opere scritte.
L'attribuzione dell'opera all'autore sembra frutto di espedienti giuridici presi in prestito da altri ambiti. Si usava infatti servirsi del principio *superficies solo cedit* per attribuire la proprietà dell'opera all'autore. Il collegamento tra i terreni e la scrittura dell'opera è rinvenibile in numerose fonti. Famoso è l'enigma veronese la cui trascrizione diplomatica così si presenta:

1 *separebabouesalbaprataliaarabaetalbouersoriotenebaetnegrosemen*
2 *seminaba*
3 *gratiastibiagimusonnipotenssempiternedeus*[2].

Si noti come mentre la terza riga risulta scritta in una corretta lingua latina[3], le prime due

[1] SENECA, *De beneficiis*, VII, 6, 1.
[2] Probabile appunto datato tra il VIII e il IX secolo, rinvenuto da Schiaparelli nel 1924 sul *recto* del terzo foglio del codice LXXXIX (un Orazionale Mozarabico) della Biblioteca Capitolare di Verona.
[3] Il terzo rigo presenta una formula liturgica di ringraziamento, ossia "Ti ringraziamo, Dio onnipotente ed

sembrano presentare a tratti sfumature di latino volgare e primo volgare italiano[4]. Il significato di tale appunto fu svelato da De Bartholomaeis[5], che individua in quello scritto un enigma che paragona l'attività agricola all'atto della scrittura:

*Teneva davanti a sé i buoi, arava bianchi prati,*
*e un bianco aratro teneva e un nero seme seminava.*

Dell'accostamento delle due attività citate si trova riscontro anche nella cultura antica[6] e nell'utilizzo metaforico fatto di alcuni termini latini[7]. Nelle *Istituzioni di Gaio* viene esaminato l'istituto dell'accessione, modo di acquisto a titolo originario della proprietà, per cui se due cose appartenenti a diversi soggetti si fondono diventando un tutt'uno inseparabile, vi sarà l'acquisto della proprietà da parte del proprietario della cosa principale in cui si è incorporata quella accessoria in base al principio *accessorium sequitur principale*. Nel caso della scrittura, Gaio riteneva che fosse sempre il proprietario del supporto scrittorio ad avere la proprietà di ciò che altri vi potevano aver scritto. Gaio infatti, dopo aver trattato dell'*inaedificatio*, dell'*implantatio* e della *satio*, estendeva all'ipotesi della scrittura la *ratio* del principio *superficies solo cedit*[8], equiparando suolo e carta[9].
Questo per rispondere all'esigenza di attribuire giuridicamente la proprietà di un testo a una persona che spesso non era quella scrivente ma che comunque rappresentava l'autore, esigenza pregnante in un'epoca in cui si usava avvalersi della dettatura[10]. Un eventuale problema poteva presentarsi quando a scrivere era un uomo libero: in questi casi si usava stipulare un contratto di *locatio operarum*, vedendo comunque prevalere il principio *litterae cedunt chartis* e dunque dovendo comunque preoccuparsi il conduttore di fornire la carta per assicurarsi la proprietà dello scritto.

---

eterno".
[4] Gli studiosi non hanno tuttora raggiunto pareri unanimi circa l'individuazione dell'una o dell'altra lingua.
[5] Per un approfondimento v. DE BARTHOLOMAEIS, *Ciò che veramente sia l'antichissima "cantilena" boves se pareba*, in *Giornale storico della letteratura italiana*, 90, 1927; ID., *Poscritta a "Boves se pareba"*, in *Giornale storico della letteratura italiana*, 91, 1928.
[6] v. PLATONE, *Phed.*, 276b-276d. Sulla metafora tra scrittura e semina cfr. anche J. SANTANO MORENO, *Il solco e il verso. Il luogo della metafora*, in *Rivista filologica cognitiva*, 1, 2003.
[7] Alcuni esempi: il termine *arare* che oltre ad indicare l'atto dell'aratura indicava anche quello della scrittura; il *versus*, solco di aratura ma anche riga scritta; nonché lo schema di scrittura bustrofedica che richiama la direzione in cui si conduceva l'aratro trascinato dai buoi.
[8] È bene ricordare come questa soluzione non fu da tutti condivisa.
[9] Gai., 2.73-77.
[10] Nota fonte che conferma la diffusa e predominante pratica di avvalersi della dettatura è fornita da QUINTILIANO, *Inst. Or.*, 10.3.18 ss., ove, criticando questa tendenza e preferendo ad essa la stesura autografa, riconosce come comunque la prima fosse assai più diffusa.

Si voleva così fornire una tutela all'autore, non essendo l'estensore materiale dello scritto e non esistendo all'epoca una considerazione giuridica del contenuto astratto, rivelando la necessità di fare perno sul supporto materiale[11].

### 1.1.4 Il plagio nella cultura ellenica

Sembra dunque lecito ora chiedersi se fosse possibile allora individuare anche una tutela nei confronti di ciò che storicamente incarna il nemico degli autori: il plagio[12].
Episodiche fonti sembrano già individuare un'ipotesi di furto nell'appropriazione e citazione di versi non propri, senza attribuzione della paternità all'autore. A dimostrazione di una repulsione nei confronti di tali azioni sono gli appellativi attribuiti da Vitruvio più specificamente nei confronti di coloro che si appropriano di scritti altrui rivendicandoli come propri:

[1] *Maiores cum sapienter tum etiam utiliter instituerunt, per commentariorum relationes cogitata tradere* poste*ris, ut ea non interirent, sed singulis aetatibus crescentia voluminibus edita gradatim pervenirent vetustatibus ad summam doctrinarum subtilitatem. Itaque non mediocres sed infinitae sunt his agendae gratiae, quod non invidiose silentes praetermiserunt, sed omnium generum sensus conscriptionibus memoriae tradendos curaverunt.*
[2] *Namque si non ita fecissent, non potuissemus scire, quae res in Troia fuissent gestae, nec quid Thales, Democritus, Anaxagoras, Xenophanes reliquique physici sensissent de rerum natura, quasque Socrates, Platon, Aristoteles, Zenon, Epicurus aliique philosophi hominibus agendae vitae terminationes finissent, seu Croesus, Alexander, Darius ceterique reges quas res aut quibus rationibus gessissent, fuissent notae, nisi maiores praeceptorum conparationibus omnium memoriae ad* poste*ritatem commentariis extulissent.*
[3] *Itaque quemadmodum his gratiae sunt agendae, contra, qui eorum scripta furantes pro suis praedicant, sunt vituperandi, quique non propriis cogitationibus scriptorum nituntur, sed invidis moribus aliena violantes gloriantur, non modo sunt reprehendendi, sed etiam, qui impio more vixerunt, poena condemnandi. Nec tamen hae res non vindicatae curiosius ab antiquis esse memorantur. Quorum exitus iudiciorum qui fuerint, non est alienum, quemadmodum sint nobis traditi, explicare*[13].

---

[11] Infatti solo le *res corporales* potevano essere oggetto di rapporti di appartenenza: l'incorporalità non suscitava attenzione per il diritto.
[12] Per tale intendendosi l'usurpazione della paternità. Diversa è invece l'ipotesi della contraffazione, che consiste nella violazione dei diritti economici dell'autore.
[13] VITRUVIO, *De Architectura*, Libro VII, Prefazione, 1-3.

Egli così sottolineava la riconoscenza per chi aveva tramandato la storia e la cultura nel tempo e ad essi contrappose un marcato disprezzo nei confronti di chi invece rubava i loro scritti (*eorum scripta furfantes*) e li faceva propri, senza apportare alcuna innovazione. Quindi nel verbo *furor* si può scorgere anche un significato di plagio; nondimeno anche Cicerone lo userà con questa accezione.

L'azione di questi *scripta furfantes* era dunque vista come in contrasto col fine della trasmissione del sapere, in quanto mancante di riflessioni e apporti personali.

Vitruvio ci narra anche del ruolo che Aristofane di Bisanzio[14] giocò quale giudice nel concorso di poesia tenuto in onore delle Muse e di Apollo, durante il quale il dotto *literatus* sottolineò che quasi tutti i partecipanti in realtà recitarono versi non propri, portando il monarca a incolparli di furto:

«*Reges Attalici magnis philologiae dulcedinibus inducti cum egregiam bybliothecam Pergami ad communem delectationem instituissent, tunc item Ptolemaeus infinito zelo cupiditatisque incitatus studio non minoribus industriis ad eundem modum contenderat Alexandriae comparare. Cum autem summa diligentia perfecisset, non putavit id satis esse, nisi propagationibus inseminando curaret augendam. Itaque Musis et Apollini ludos dedicavit, et quemadmodum athletarum, sic communium scriptorum victoribus praemia et honores constituit. His ita institutis, cum ludi adessent, iudices literati qui ea probarent erant legendi. Rex, cum iam sex civitatis lectos habuisset nec tam cito septumum idoneum inveniret, retulit ad eos, qui supra bybliothecam fuerunt, et quaesiit, si quem novissent ad id expeditum. Tunc ei dixerunt esse quendam Aristophanen, qui summo studio summaque diligentia cotidie omnes libros ex ordine perlegeret. Itaque conventu ludorum, cum secretae sedes iudicibus essent distributae, cum ceteris Aristophanes citatus, quemadmodum fuerat locus ei designatus, sedit. Primo poetarum ordine ad certationem inducto cum recitarentur scripta, populus cunctus significando monebat iudices, quod probarent. Itaque, cum ab singulis sententiae sunt rogatae, sex una dixerunt, et quam maxime animadverterunt multitudini placuisse, ei primum praemium, insequenti secundum tribuerunt. Aristophanes vero, cum ab eo sententia rogaretur, eum primum renuntiari iussit, qui minime populo placuisset. Cum autem rex et universi vehementer indignarentur, surrexit et rogando impetravit, ut paterentur se dicere. Itaque silentio facto docuit unum ex his esse poetam, ceteros aliena recitavisse; oportere autem iudicantes non furta sed scripta probare. Admirante populo et rege dubitante, fretus memoriae certis armariis infinita volumina eduxit et ea cum recitatis conferendo coegit ipsos furatos de se confiteri. Itaque rex iussit cum his agi furti condemnatosque cum ignominia dimisit, Aristophanen vero*

[14] Filologo greco antico, allievo di Callimaco, che visse probabilmente tra il 257 e il 180 a.C ad Alessandria. Fu il quarto bibliotecario della Biblioteca di Alessandria.

*amplissimis muneribus ornavit et supra bybliothecam constituit*»[15].

Occorre sottolineare come in realtà questo racconto manchi di attendibilità storica e sia volto perlopiù a manifestare l'idea di Vitruvio stesso. Era infatti impossibile all'epoca rinvenire denunce di plagio derivanti dal confronto di due testi scritti, quando la parola scritta ancora non si era imposta[16]. Erano invece molto frequenti in alcuni ambiti le accuse di plagio che gli stessi autori si lanciavano vicendevolmente. Vilipendere i colleghi accusandoli di plagio faceva parte del lavoro stesso dell'autore, che doveva anche mettere in cattiva luce eventuali concorrenti, esaltando se stesso e sminuendo altri attaccando, appunto, la loro originalità. Dunque rilevava non tanto il plagio in sé e per sé considerato, ma l'utilizzo diffuso dell'accusa di plagio con lo scopo di attirare il favore del pubblico e di eventuali giudici. Esemplare è questa tendenza all'interno della commedia antica, ove queste prassi di screditamento "ritualizzate"[17] potevano sfociare in "guerre tra poeti rivali"[18].
Sembra dunque che una tutela del diritto d'autore non fosse riscontrabile nella cultura ellenica, perché neppure era concepibile un diritto dell'autore relativamente all'opera creata. Si può tuttavia rinvenire una costante tendenza dell'uomo a copiare ed una generale considerazione negativa di tale attività.

### 1.1.5 Il diritto d'inedito

Alcuni studiosi sostengono che in Roma antica già fosse contemplata la proprietà intellettuale e che fosse tutelata e regolata pressappoco come prevista nell'odierno ordinamento giuridico italiano. La maggior parte degli studiosi tuttavia si discosta da questa impostazione, limitandosi a riconoscere come fossero presenti solo alcuni principi fondamentali della materia, senza arrivare a una sua regolamentazione. Quel che è certo è che era già contemplato quello che noi oggi definiremmo *diritto d'inedito*[19], ossia la libertà dell'autore di decidere se e quando pubblicare la propria opera. Contro violazioni di questo diritto è concessa l'*actio furti*. Le problematicità sorgono in seguito alla pubblicazione dell'opera. L'idea è infat-

---

15 VITRUVIO, *praef.* ad 7. 4-7.
16 Risulta difficile inoltre credere che in quest'epoca Aristofane di Bisanzio nella sua opera perduta Παράλληλοι Μενάνδρου τε καὶ ἀφ'ὧν ἔκλεψεν ἐκλογαί (Brani paralleli di Menandro e di coloro da cui attinse) avesse condannato Menandro per il quale nutriva enorme stima. Sembra più fedele al periodo storico la supposizione per cui gli avesse affiancato le fonti da cui questo trasse ispirazione.
17 M. HEATH, *Aristophanes and His Rivals*, vol. 37 n. 2, 1990, 143-158 (p.152).
18 Si prendano ad esempio le famose diatribe tra Eupoli e Aristofane o tra Frinico e Ermippo.
19 PLINIO, *Epist*ola, I, 8, 3 «*Erit enim et post emendationem liberum nobis vel publicare vel continere*».

ti chiaramente espressa da Simmaco:

«*cum semel a te profectum carmen est, ius omne perdidisti; oratio pubblicata est, libera est*»[20].

Il diritto si perde dunque in seguito alla pubblicazione dell'opera. Ed è qui che emerge una figura che si troverà a ricoprire il ruolo di protagonista nella storia dell'evoluzione del diritto d'autore nei secoli a venire: l'editore. Era infatti l'editore che si occupava della pubblicazione dell'opera. Il tutto avveniva mediante un contratto di compravendita[21]. E così, dietro pagamento di un *pretium*, l'*emptor* si occupava della pubblicazione dell'opera avvalendosi di un numero variabile di amanuensi. Non si trattava dunque di un contratto di edizione come oggi lo conosciamo, ma di un vero e proprio contratto di compravendita. La causa era identificabile nell'acquisto dell'opera da parte dell'editore e il motivo nella pubblicazione di questa in più copie possibili[22], così il compratore poteva massiminare il guadagno e il venditore ottenere o accrescere la sua fama.

Il prezzo generalmente corrisposto era esiguo: la lettura era prerogativa di chi poteva permettersela, ossia le classi agiate. Era impensabile se non del tutto inconcepibile immaginare uno scopo di lucro nella vendita di copie dell'opera. Chi scriveva lo faceva per diletto e passione; l'eventuale guadagno mediante la pubblicazione di numerose copie non era ciò che spingeva il creatore a creare, anche perché riprodurre copie richiedeva il medesimo tempo e costo di produzione dell'originale. Rari furono gli scrittori che dalle loro opere trassero enormi guadagni[23]. Anche con la successiva espansione di Roma e l'affluire di manodopera non mutò questa tendenza di vendere all'editore il proprio operato dietro pagamento di una somma *una tantum*.

La scrittura pertanto permetteva di fissare delle informazioni su un supporto tangibile, ma questo espediente rappresentava una possibilità per pochi eletti. Una tutela del diritto d'autore, allora non ancora concepibile nei termini che oggi tendiamo ad attribuirgli, era dunque una fattispecie che si calava su realtà limitate, ora per la mancanza di strumenti di larga diffusione di copie (come la stampa), ora per il diverso valore economico che si soleva

---

[20] SYMMACHUS, *Epistula*, I, 31.

[21] *Emptio venditio*: contratto consensuale ed obbligatorio in forza del quale il *venditor* si obbligava a trasmettere all'*emptor* il possesso di una *merx*, dietro corrispettivo di una somma di danaro, ossia il *pretium*.

[22] Di ciò si trova conferma in CICERONE, *Ad Atticum*, 13, 12, 2: «*Ligarianam preclare vendidisti.* Post *hac, quidquid scripsero, tibi praeconium deferam*».

[23] SVETONIO, *De grammaticis et de rhetoribus*, cap. VIII narra di come Pompilio Andronico si ritrovò costretto a vendere il suo *Gli elenchi degli Annali di Ennio* a sedicimila sterzi; mentre da PLINIO il Giovane, *Epistola*, III, 5, 17 si evince come Plinio il Vecchio ricavò quarantamila sterzi dai suoi *Commentari*.

associare alla creazione e diffusione di un'opera originale.
In seguito alla stampa sopravvive in capo all'autore quello che è stato definito *elemento spirituale*, che rappresenta non solo il diritto d'inedito ma anche quello alla paternità, alla modificazione dell'opera per perfezionarla e alla fama. Diritti che sembrano poter essere lesi qualora qualcuno si appropri di quell'opera spacciandola per sua, ossia la plagi.

### 1.1.6 Il plagio in Roma antica

In epoca romana il termine *plagium* identificava il "furto di uomini"[24]. *Plagiarius* era dunque colui che si impossessava di schiavi altrui o che tratteneva in schiavitù un uomo libero. Si alludeva quindi ad una particolare idea di furto. Il significato che noi oggi attribuiamo al termine è frutto di un neologismo di Marziale il quale, colloquiando con un certo Quinziano, sfruttando questa metafora, apostrofò come ladro chi si appropriava dei suoi versi senza attribuirgli alcuna paternità[25]. Tale accezione tuttavia non arrivò alle lingue neolatine; fu Ambrogio Calepino a provvedere alla registrazione di entrambi i significati dando nuova vita al termine, che da quel momento fu accostato al significato attribuitogli da Marziale e non più al suo concetto originario.
Non sembrano comunque rinvenirsi casi significativi di plagio nelle fonti. La maggior parte delle accuse sono rinvenibili nelle opere di Marziale[26], anche se poi in realtà molte di esse non integrano nemmeno vere e proprie ipotesi di plagio[27].
Se ne deduce che certamente aleggiava un'idea di riprovevolezza nei confronti di chi faceva propri testi non suoi, ma i tempi erano ancora prematuri per configurare un diritto dell'autore e una tutela *ad hoc*. Per quanto le basi possano essere state gettate in tempi così remoti, si ritiene errato individuare la nascita vera e propria del diritto d'autore in un'era che ancora non lo poteva concepire pienamente. Tali giudizi mossi nei confronti degli usurpa-

---

[24] Nel diritto romano il *crimen plagii* fu introdotto dalla *Lex Fabia de plagiariis* del 63 a.C.
[25] MARZIALE, *Epigramma*, I, 52:
«*Commendo tibi, Quintiane, nostros*
*nostros dicere si tamen libellos*
*possum, quos recitat tuus poeta:*
*si de servitio gravi queruntur,*
*adsertor venias satisque praestes,*
*et, cum se dominum vocabit ille,*
*dicas esse meos manuque missos.*
*hoc si terque quaterque clamitaris,*
*impones plagiario pudorem*».
[26] MARZIALE, *Epigrammaton*, I, 20, 29, 38, 52, 53.
[27] Basti osservare l'*Epigramma,* I, 29 e l'*Epigramma*, I, 38.

tori di paternità avevano il fine di denunciare socialmente tale attività e non di pretendere la tutela giuridica della posizione degli autori. Non era possibile individuare nell'alveo delle regole giuridiche allora presenti una tutela per questa posizione, né era possibile sfruttare lo strumento dell'*actio furti* per l'ipotesi di *furtum* qui citato. Lo stesso contesto in cui Vitruvio fa riferimento a questa opzione sembra escluderne la possibilità. Tale denuncia sociale si innesta più nell'importanza che all'epoca aveva il collegamento tra opera e nome dell'autore, così favorendone la diffusa conoscenza e le maggiori possibilità di entrate economiche.

### 1.1.7 L'avvento del Medioevo

Con l'avvento del Medioevo l'importanza del sapere e il correlato commercio libraio fu confinato nei chiostri; la Chiesa preservò il sapere umano mentre altrove testimonianze di questo sapere andavano perdute, anche sotto la distruzione delle feroci invasioni barbariche.

Al termine di questo periodo in cui l'ignoranza sembrava imperante, lentamente risorse l'interesse per la cultura antica, anche grazie alle Scuole e Università. La circolazione di testi manoscritti diventò gradatamente sempre più vasta, anche per soddisfare le esigenze degli studenti. Incrementarono le ricerche di manoscritti antichi, i quali vennero inoltre trascritti.

Le regole giuridiche alla base della tutela dell'autore rimasero di fatto invariate, vedendo invece un mutamento circa la loro interpretazione, dovuto soprattutto alla crescente importanza che andavano assumendo gli *scriptores*. Si assistette a uno slittamento di visione che passò dall'importanza preminente della carta alla prevalenza invece della scrittura. Si prese in prestito la soluzione classica adottata per la pittura, che vedeva prevalere l'opera pittorica sulla tavola[28]. Così si evidenziò il maggior valore che l'opera, scritta o pittorica, aveva nei confronti del supporto materiale, carta o tavola che fosse, arrivando a concludere che le prime fossero cose principali e i supporti cose accessorie. Con questa interpretazione estensiva delle regole per la *tabula picta* si giunse a concludere che le *litterae* prevalessero sulla car-

[28] Così U. BARTOCCI, *Aspetti giuridici dell'attività letteraria in Roma antica. Il complesso percorso verso il riconoscimento dei diritti degli autori*, Torino, 2009, 77-78: «L'interpretazione dei giuristi della scuola di Bologna, pur rimanendo fedele all'impostazione classica, circa la configurazione della fattispecie giuridica gaiana dell'accessione, per individuare il fatto che le lettere accedessero alla carta, non aveva potuto fare a meno […] di andare oltre alla *ratio* che vedeva la scrittura analoga alla *satio* e con Azzone e Odofredo aveva raggiunto il punto più avanzato di evoluzione giungendo a invertire il rapporto *litterae-charta* col considerare la scrittura la cosa principale che attraeva il supporto scrittorio. La successiva interpretazione giurisprudenziale […] si mantenne sulla scia della impostazione di Azzone e di Odofredo».

ta: era dunque chi scriveva che acquistava la proprietà dell'intero.
L'interesse diffuso sembrava più orientato alla riscoperta dell'antico che alla creazione del nuovo. L'insieme di questi elementi portò a una considerazione pressoché nulla dell'autore-creatore: focalizzandosi sulla copiatura dei classici si evitava di porsi problemi circa una tutela per l'autore di queste opere, concentrandosi invece sulle attività di riproduzione e diffusione libraria.
Tuttavia gli *scriptores*, dovendosi sempre basare sulla *locatio* poc'anzi accennata, si trovarono ad accordarsi non con personaggi autorevoli e abbienti, ma perlopiù con studenti, meno affidabili dunque. Si pose quindi il problema di gestire e regolare la riproduzione su vasta scala. Emblematico sembra il caso del contratto stipulato da Guglielmo Accursio nel 1273 con il *notarius* Nasimpace e il figlio Maraldo avente ad oggetto la riproduzione delle opere del *pater*[29], in base al quale le parti si impegnavano l'una a fornire i testi l'altra a riprodurli con un accordo di partecipazione agli utili e alle perdite. Si noti che non rappresenta un caso di sfruttamento di un diritto d'autore da parte degli eredi: oggetto del contratto erano le opere di cui il proprietario aveva la titolarità. Si consolidava attraverso questi contratti di scrittura una tutela parallela a quella evoluta dalla applicazione dell'accessione in tutela degli *scriptores*.
Sarà solo l'innovazione tecnologia a rendere possibile un avanzamento verso una autonoma valorizzazione del diritto d'autore nella sua essenza immateriale sganciata da supporti tangibili, perché grazie ad essa si comincerà a comprenderne lo specifico valore economico, muovendo interessi, creando mercati e, di conseguenza, tutele.

## 1.2 La rivoluzionaria invenzione della stampa e il sistema dei privilegi

### 1.2.1 L'invenzione della stampa

Quanto fin qui illustrato rappresenta i primi passi mossi verso il concepimento del diritto d'autore che, come anticipato, all'epoca non poteva assumere pregnante e autonoma rilevanza.
Questo per specificare un'importante considerazione: tra quelle prime forme di tutela sopra citate e il diritto d'autore sviluppatosi dal XV secolo non vi è un nesso consequenziale stretto. Il diritto d'autore calato nel bene immateriale, nei periodi precedenti, non suscitava

[29] *ivi*, 64: «*Eodem die, loco et testibus. Dictus dominus Guillelmus legum doctor concessit et locavit dominus Naximpaci notario et dominus Maraldo eius filius armarium quoddam, pietas et exempla predicta hoc pacto quod dictus Guillelmus debeat habere duas partes et ipse conductor terciam totius lucri et damni perciperetur ex eis ad unum annum*».

autonomo interesse di rilevanza sociale e giuridica. Si trattava di episodiche forme di tutela marginali, previste per altrettante esigue fattispecie non tanto rilevanti da indurre la società a darne autonomo rilievo. Il contesto sicuramente favoriva tale posizione nei confronti di queste problematiche, ma la vera ragione di tali risposte (o mancate risposte) si risolve nel fatto che mancavano, allora, strumenti tali da evidenziare un notevole potenziale di valore economico che poteva scaturire da questo istituto.

Per queste ragioni storicamente la nascita del diritto d'autore è fatta risalire all'epoca dell'invenzione della stampa a caratteri mobili. È dunque grazie all'invenzione di Johann Gensfleisch zur Laden, conosciuto anche come Gutenberg, che si poté percepire, per la prima volta, la portata di un notevole guadagno derivante dalla riproduzione di opere letterarie. La stampa consentiva infatti di riprodurre, in maniera più celere e agevole, numerose copie della medesima opera. Il tutto a un prezzo accessibile. Si andava dissolvendo dunque l'importanza di quel rapporto autore-*scriptor* su cui le regole giuridiche si erano concentrate, marginalizzando le tecniche di scrittura a mano, le figure degli amanuensi e vanificando la precedente elaborazione giurisprudenziale circa il rapporto scrittura-carta. La nuova invenzione vedeva un ciclo produttivo composto di due fasi[30] puramente tecniche: la prima consisteva nella predisposizione di uno strumento che vede singole matrici contenenti le lettere ordinate in modo da comporre una pagina; in una seconda fase queste venivano ricoperte di inchiostro per poi essere pressate su un foglio di carta. Questa operazione si presentava come un qualcosa di completamente diverso dalla scrittura a mano: non era necessario né l'originale dell'opera né l'autore; lo stampatore era proprietario sia della macchina per stampare sia della carta.

### 1.2.2 Il sistema dei privilegi

Si rafforzava il potere di quello che poteva definirsi un nuovo ceto produttivo, che vedeva come protagonisti i librai e editori, i quali subito seppero sfruttare questa nuova potenzialità. La *mercantia* libro entrò a far parte del mercato e i protagonisti di questo nuovo mercato non tardarono a coinvolgere i sovrani nel tentativo di incentivare questa nuova opportunità di guadagno. La prima forma di tutela si calava sul bene tangibile, era pertanto attribuita all'editore (e non all'autore) e si manifestò sotto forma di privilegio.

Il 18 settembre 1469 a Venezia il Collegio della Serenissima concesse a Johannes von Speier

[30] *ivi*, 79-80.

quello che la storia riconobbe come il primo privilegio rilasciato dall'autorità all'editore[31]. In forza di questo privilegio si instaurava un monopolio che consentiva al solo Speier di stampare e commerciare sul territorio veneto le opere oggetto dell'istanza avanzata al Collegio della Repubblica[32]. Il monopolio risultava essere legato alla persona, pertanto alla sua morte cessava di esistere, senza rinnovo in capo agli eredi. Questa modalità di tutela si diffuse poi anche in Germania, Francia e Inghilterra.

Quando William Caxton introdusse la stampa in Inghilterra nel 1476, subito il contesto mutò sotto la forza schiacciante di questa nuovo strumento ricco di potenzialità economiche. Così nel 1484 Riccardo III di York decise di aprire l'esercizio di commerci agli stranieri in Inghilterra, con lo scopo di incentivare l'insediamento, accrescendo le operazioni commerciali e le conoscenze del nuovo mercato che andava delineandosi. Nel 1504 Enrico VII concesse a William Facques, altro editore, il monopolio per la stampa delle proclamazioni di corte e gli editti, rendendolo il primo *King's Printer*[33].

A questa ondata di aperture e sete di conoscenza fece seguito il timore dei sovrani del libero sapere e la volontà di porre un freno a queste circolazioni prive di controllo (lo stesso Enrico VIII, in Inghilterra, si chiuse in un marcato protezionismo[34]). Questa volontà tuttavia non viaggiò veloce quanto l'evoluzione tecnologica, che continuava a perfezionarsi e a diventare sempre più evanescente a un qualsiasi controllo centralizzato[35]. Così si fecero spazio accordi taciti tra sovrani ed editori, che si concretizzarono nella prassi dei sovrani di rilasciare concessioni e licenze agli stampatori[36], ottenendo da questi ultimi il pagamento di dazi fiscali, tasse di concessione e soprattutto l'esercizio di poteri censori. Entrambe le parti sembravano dunque mosse dal perseguimento dei propri interessi, che venivano soddisfatti

---

[31] v. D.M. PELLEGRINI, *Della prima origine della stampa in Venezia per opera di Giovanni da Spira del 1469*, Venezia, 1794.

[32] Giovanni da Spira presentò istanza sottoponendo all'attenzione dell'autorità esemplari delle *Epistolae ad familiares* di Cicerone e della *Naturalis historia* di Plinio. Il privilegio fu rilasciato per cinque anni, ma terminò anticipatamente causa decesso sopravvenuto dell'editore.

[33] C. HESSE, *The Rise of Intellectual Property, 700 B.C.-A.D. 2000: An Idea in the Balance*, in *Daedalus*, vol. 131, n. 2, 2002, p. 30.

[34] In opposizione alla tendenziale apertura di Riccardo III nel 1484 con lo *statute* che limitava le condizioni di commercio in Inghilterra ad eccezione dei settori della stampa e dell'editoria, si inserisce la decisione di Enrico VIII nel 1529 col fine di tutelare il commercio interno senza più prevedere alcuna eccezione. In realtà ciò fu una conseguente risposta ai crescenti risentimenti nei confronti degli artigiani stranieri, che hanno trovato il loro culmine nel "*Evil May Day*" del 1517, sommossa contro i migranti economici provenienti da altri Paesi accusati anche di stroncare le opportunità lavorative degli inglesi.

[35] Con l'espandersi del fenomeno della stampa si diffuse anche quello della pirateria: altri soggetti si impadronivano dell'opera per poi pubblicarla, magari ad un prezzo inferiore, migrando verso altri Paesi. Amsterdam sembrava in particolare essere la capitale europea della pirateria.

[36] In Francia e Inghilterra queste concessioni avvenivano attraverso *lettres-patentes* e *letters patent*, espressioni derivanti dal latino *patere*, ossia "essere accessibile".

attraverso queste reciproche intese. Sembra dunque che storicamente la tutela del diritto d'autore, allora ancora ancorato a supporti tangibili, fosse frutto della volontà di perseguire interessi economici che sempre con più insistenza si andavano consolidando, il tutto cercando di realizzare le prerogative degli stampatori da una parte e dell'autorità politica dall'altra.

### 1.2.3 L'evoluzione della tutela in Inghilterra e Francia

Francia e Inghilterra rappresentano i nuclei della nascita dei primi modelli giuridici rispettivamente del *droit d'auteur* e del *copyright*, Paesi che tuttavia passarono attraverso un percorso storico-istituzionale diverso. Detto percorso porterà a numerose similitudini tra le rispettive concezioni del diritto d'autore, fino ad arrivare a una profonda divergenza a partire dal XVIII secolo.

Le autorità inglesi videro nello strumento del monopolio un ottimo mezzo per tenere vicina la nuova borghesia e allo stesso tempo trarre profitti economici, oltre che un economico sistema di censura. Questa censura in mano ai privati si presentava come più efficiente e meno dispendiosa rispetto ai tentativi di censura effettuati dalla Corona inglese durante i primi anni del regno di re Philip e della regina Mary[37]. Questi, nel 1557 emanarono la *Stationer's Charter* la quale attribuiva alla *Stationer's Company*, operante a Londra dal 1357 ma formalmente riconosciuta nel 1403, il potere di perseguire gli interessi censori sovrani eliminando i libri proibiti e non autorizzati dalla Corona[38]. Residuavano poi, diminuendo di numero nel corso del Seicento, i titolari di lettere patenti *ad hoc* concesse dalla Corona e gli editori universitari di Cambridge e Oxford, a cui si affiancava la licenza attribuita a Sir Richard Tottel nel 1559 per la stampa dei libri concernenti il *common law*[39].

Il più era in mano agli *Stationer's* e alle loro regole, tra le quali un sistema di registrazione che consentiva allo stampatore di ottenere un monopolio di pubblicazione di durata indeterminata sull'opera registrata. Per poter essere registrate le opere dovevano superare un controllo preventivo politico e valutativo circa la concessione dell'esclusiva di stampa. Non sempre

---

[37] U. IZZO, *Alle origini del copyright e del diritto d'autore. Tecnologia interessi e cambiamento giuridico*, Postfazione di R. CASO, Roma, 2010, 45.

[38] Cfr. H.S. BENNETT, *English Books & Readers 1558 to 1603,* Cambridge, 1989 che individua tra i poteri di polizia: «*to seek out unauthorised printers, to seize any printed or bound stock which had been produced contrary to the form of any statute, act, or proclamation made or to be made. The material they seized they could burn, put the printers in prison, and levy a fine of 100s. on each of them*».

[39] In realtà Tottel ricevette il primo *grant* da re Philip e dalla regina Mary nel 1553, ma questo fu poi esteso e confermato a vita nel 1559 da Elisabetta.

era necessario depositare l'opera; accadeva che fosse sufficiente l'esibizione della lettera contenente la licenza. L'esclusiva che così si poteva ottenere poteva riguardare una singola opera o varie tipologie di libri, comportando dunque la possibilità di subire un'estensione nel tempo. La *Court Book*, interna alla stessa *Stationer's Company*, si occupava poi di dirimere eventuali controversie che potevano insorgere circa il diritto di copia. Infine, tramite regole interne rette da rapporti contrattuali, era in genere stabilito che alla morte del titolare del diritto questo passasse in capo alla vedova non nuovamente sposata, per poi tornare in mano, alla morte di questa o in caso di un suo nuovo matrimonio, alla corporazione. Così facendo i membri si garantivano l'esclusiva nel tempo, limitandola ai membri della stessa corporazione, riuscendo dunque a perseguire i propri interessi economici[40].

Diversa era la situazione in Francia: mentre in Inghilterra le corporazioni di editori e librai facevano fronte comune riuscendo a ottenere prerogative dalla Corona, la quale a sua volta stava ben attenta a ingraziarsi i nuovi ceti produttivi, sul territorio francese questa unità tra editori non si venne a creare. Il controllo sull'editoria veniva esercitato localmente dalle varie corporazioni, dall'Università di Parigi e dalla Sorbona. Anche il *Parlement* della capitale non era estraneo a queste meccaniche, rilasciando privilegi e concedendo esclusive. Analogamente, il re cominciava ad avocare a sé il proprio ruolo preminente, a sua volta concedendo privilegi, dimostrando tuttavia un apparato burocratico impreparato e incapace di affrontare efficacemente le crescenti richieste. Il sistema di censura si riformò dal 1521, quando si stabilì che le richieste dovessero passare da un controllo preventivo della facoltà di Teologia della Sorbona[41].

Fece seguito un panorama dominato da guerre civili in cui si innestò, prima nel 1553 con un editto di Nantes e poi nel 1566 con l'ordinanza di Moulins, la volontà del sovrano di attribuire a sé il potere di autorizzare la stampa dei libri, prevedendo inoltre un sistema di censura centralizzato. Si assisteva dunque a una istituzionalizzazione del sistema, il quale però sembrava sempre essere caratterizzato da numerose lacune e problematicità.

Si possono così notare già due differenze fondamentali tra i due sistemi: quello inglese, che vede editori e librai uniti e dotati di forti poteri censori attribuiti loro dalla Corona, e quello francese che invece vede piccole realtà a sé stanti, incapaci di trovare una coesione, non do-

---

[40] Come accuratamente osservato da L.R. PATTERSON in *Copyright in Historical Perspective*, Nashville, 1968, 5:«*The Stationers' Company granted the copyright, and since it was developed by and limited to company members, it functioned in accordance with their self-interest […] The primary purpose of the the stationer's copyright was to provide order within the company, which in effect meant within the book trade, since all members of the trade – bookbinders, printers, and booksellers (in modern terms, publishers) - belonged to the Stationers' Company*».

[41] U. IZZO, *Alle origini del copyright e del diritto d'autore. Tecnologia interessi e cambiamento giuridico*, cit., 48.

tati di particolari poteri perché prerogative esclusivamente reali.

Questa mancanza di coesione, frammentarietà e competizione tra editori perdurerà a lungo, così come le tensioni sempre più acute tra il Parlamento di Parigi e la Corona. Lo stesso Parlamento infatti non vedeva di buon occhio le indiscriminate concessioni e rinnovi dei privilegi che la Corona propugnava, arrivando a stabilire che meritevoli di ciò fossero solo le nuove opere (e non dunque i classici), mentre per le situazioni pendenti sarebbe stato possibile il rinnovo solo in seguito a innovazioni o aggiunte all'opera oggetto del privilegio. La risposta del re a tale iniziativa non fu positiva e le tensioni si protrassero a lungo fino alla resa del Parlamento di fronte all'esercizio del potere regio, e dal XVII secolo si accontentò di esercitare le proprie prerogative su ciò che residuava.

Il XVII secolo inglese fu invece segnato dal consolidamento del potere degli *Stationers* che, vicini alla Corona, si adoperarono per tutelare e attuare le attività censorie. In particolare era previsto che lo stampatore ottenesse un visto dal vescovo per poi recarsi dalla corporazione per porre in essere le eventuali modifiche volute dal censore ecclesiale. Tale vicinanza alle volontà della Corona fu ripagata dagli Stuart, i quali con il *Monopolies Act* stabilirono che i privilegi pendenti sarebbero scaduti al termine di 21 anni, mentre i nuovi brevetti avrebbero avuto un termine più breve di 14 anni. Deroga manifesta a questo nuovo assetto fu proprio quella che vide protagonisti gli *Stationers*, non toccati da questi mutamenti e limiti temporali. Questo andrà a rafforzare l'idea che successivamente fu cavallo di battaglia della corporazione in tempo di crisi, ossia la considerazione delle concessioni ottenute quali consuetudini di *common law*. Alla *Star Chamber* fu poi assegnato il compito di inasprire il sistema censorio e la relativa risposta sanzionatoria nei confronti di chi metteva in circolazione libri senza previa registrazione alla *Company*.

Nemmeno, in concomitanza con la Rivoluzione, la (temporanea) cancellazione di questo sistema, che garantì alla stampa effimera libertà, fu sufficiente a porre fine alla forte corporazione: nel 1643 questa inviò al nuovo Parlamento una *petition* a difesa del proprio monopolio[42], sottolineando come questo non solo benefici alla collettività favorendo la produzione di conoscenza, ma agli stessi autori i quali non avrebbero avuto più di che vivere[43]. Questa perseveranza portò alla *Ordinance for the Regulation of Printing* con cui, richiamando *ancient customs*, la corporazione rientrò in possesso dei propri poteri, i quali tuttavia vacille-

[42] «The Humble Remonstrance of the Company of Stationers to the High Court».

[43] Per una maggiore accuratezza storica del contenuto, v. *Stationers' Company*, C.R. RIVINGTON; E. ARBER, *A transcript of the registers of the Company of Stationers of London, 1554-1640 a.d.,* London, *Priv. Print.,* 1950, pp. 584 ss.

ranno nel corso del ventennio seguente, caratterizzato da tensioni tra Corona e Parlamento. In questo contesto la corporazione sempre più si affidava alla tradizione di *common law* e all'idea che la registrazione delle opere ne facesse ormai parte, ma il *Printing Act* del 1662 arrivò a una conclusione diversa: il sistema della registrazione non garantiva una tutela *erga omnes* e soprattutto la tutela sarebbe passata dal vaglio giurisdizionale della *King's Bench*. Inoltre, un *Office of the Surveyor of the Press* si sarebbe occupato del controllo censorio. Ma sarà la *sunset clause* a mettere in difficoltà la corporazione, costringendola a rimettersi in gioco periodicamente. L'ultimo rinnovo avvenne nel 1693: due anni più tardi si verificò dunque la fine del monopolio della *Company*, aprendo un immenso ventaglio di possibilità per tutti gli editori prima operanti nell'illegalità.

Il panorama che si presentava dunque all'indomani del Secolo dei lumi vedeva una corporazione inglese tanto potente quanto consolidata in un contesto che andava via via rilevando una sua legittimazione derivante da poteri reali e non insiti nella tradizione di *common law*, come invece la stessa corporazione cercava e cercherà di ribadire, e un sistema francese invece ancora caratterizzato da frammentarietà e forti prerogative centralizzate. Questa continua incapacità di perseguire una politica comune portò i librai francesi a una sempre più incisiva subordinazione alla Corona, la quale sembrava riconoscere più attenzione a chi operava nella capitale, eclissando gli editori di altre città. Gli operatori del settore si facevano guerra per mantenersi vicini alla Corona, mentre masse di librai si spostavano in città in cerca di maggiori possibilità.

In questo contesto l'autore è ancora relegato sullo sfondo: tendenza generale era quella di ottenere il pagamento di una somma *una tantum* per la cessione dello scritto all'editore, rinunciando a ogni pretesa sulle successive forme di sfruttamento dell'opera. Ancora si basavano su conoscenze e vicinanza ai potenti, accantonando la possibilità di chiedere privilegi personali i quali, nelle rare occasioni in cui furono concessi, furono comunque venduti agli editori. Mancava inoltre l'interesse sociale a letture inedite, nonché la possibilità economica di accedere a numerose opere: i libri continuavano a far parte di una ristretta nicchia di soggetti e trovavano diffusione soprattutto classici, tomi scolastici, religiosi o tecnici.

Il destino dell'autore subì una svolta dal 1690 con i *Due trattati sul governo* di John Locke, con cui si affacciò l'idea per cui l'uomo avrebbe un diritto naturale alla proprietà dei beni frutto del suo lavoro[44]. Lo stesso Locke non fu estraneo alla battaglia combattuta dagli *Stationers*,

[44] v. J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, a cura di B. CASALINI, Pisa, 2006, 205 «Sebbene la terra e tutte le creature inferiori siano comuni a tutti gli uomini, tuttavia ogni uomo ha una proprietà sulla sua propria persona (*eve-*

opponendosi al rinnovo dell'*act* del 1662 poc'anzi citato, condannando duramente il sistema dei privilegi di stampa il quale si porrebbe in contrasto con la diffusione e la circolazione della cultura e del sapere[45]. L'autore non intendeva ripudiare del tutto il sistema dei privilegi, ma individuava nella loro limitazione temporale il giusto equilibro per perseguire uno scopo più confacente alle esigenze della collettività.

Molto astutamente, gli *Stationers* cominciarono a coinvolgere la figura dell'autore per superare i momenti di crisi innestatisi dal 1662. L'autore entrò timidamente nelle cerchie di soggetti degni di attenzione, anche se inizialmente per mere finalità censorie.

In questo clima la corporazione non cessava di combattere, facendo della tradizione di *common law* il proprio cavallo di Troia e avocando a sé un antico diritto derivante dalla ormai lontana *Chart* del 1557. Il panorama sembrava però ormai influenzato dalle idee lockiane e dunque restio ad accettare monopoli illimitati nel tempo.

## 1.3 Lo *Statute of Anne*

### 1.3.1 La necessità di un intervento legislativo

Con il mancato rinnovo dell'*Act* del 1662 il contesto giuridico si perse in un ginepraio di prassi e vecchi atti, lasciando spazio a un problematico vuoto legislativo.

Si avvertiva sempre più la necessità di una nuova regolamentazione. Numerosi furono i soggetti attivi in questo contesto: Daniel Defoe, tornato libero dalla prigionia[46], pubblicò un *pamphlet* in cui denunciava la necessità di una regolamentazione della stampa, opponendosi a sistemi monopolistici quali quelli instaurati dal *Licensing Act*[47], aprendo la discussione anche circa la proprietà degli autori delle loro opere, tema che timidamente si andava affacciando sul panorama inglese. Egli si inseriva così nella battaglia in corso, chiedendo al Par-

---

*ry Man has a Property in his own Person*): su questa nessuno ha diritto se non lui stesso. La fatica del suo corpo e il lavoro delle sue mani, si può dire, sono propriamente suoi. Qualsiasi cosa, dunque, egli rimuova dallo stato in cui la natura l'ha fornita e lasciata, qualsiasi cosa alla quale abbia mescolato (mixed) il suo lavoro, e alla quale abbia aggiunto qualcosa di proprio, perciò stesso diviene sua proprietà. Essendo rimossa da lui dalla condizione comune in cui la natura l'ha collocata, essa acquista con questo lavoro qualcosa che la esclude dalla proprietà comune degli altri uomini. Poiché infatti il lavoro è proprietà indiscussa del lavoratore, nessuno se non lui stesso può avere diritto su ciò a cui si è unito il suo lavoro, almeno finché ne rimane abbastanza e di abbastanza buono per altri».

[45] Questa idea per cui prevedere monopoli di stampa a tempo indeterminato danneggerebbe la collettività influenzerà il *copyright* statunitense.

[46] Accusato di aver diffamato la Chiesa con il saggio *The Shortest-Way with the Dissenters*, che venne messo al rogo, fu incarcerato a Newgate.

[47] Definito «*a visible bondage upon property*» in D. DEFOE, *A Review*, 3 Dec. 1709.

lamento una legge «*to secure to the author's of Books their right of Property*»[48]. Joseph Addison, il quale poi fece parte nella fase di preparazione dello Statuto di Anna della commissione incaricata di applicare gli emendamenti voluti dalla Camera dei Lords, si schierò in favore degli autori, incoraggiando l'apposizione del nome di questi sulle loro pubblicazioni e introducendo il tanto quiescente tema della creatività[49]. Sicuramente questi autori, come molti altri che intervenirono, erano influenzati dal loro *status* di letterati e dunque dal loro coinvolgimento in prima persona, dato di fatto che ricorda come questo atteggiamento di favore circa un riconoscimento di un diritto degli autori alegiasse ma non fosse ancora consolidato.

Anche gli editori intervennero chiedendo una legge che garantisse loro la proprietà dei libri, non nominando, astutamente, l'ormai odiato *Licensing Act*, ma limitandosi a evidenziare le conseguenze negative e il disordine commerciale sugli autori dopo il mancato rinnovo dell'atto.

Prese avvio dunque, sulla spinta di queste numerose richieste, la proposta di legge che diverrà la base del famoso *Statute of Anne*: l'11 gennaio 1710 il deputato Wortley presentò alla Camera dei Comuni «*A Bill for the Encouragement of Learning, and for securing the Property of Copies of Books to the rightful Owners thereof*».

In questo contesto anche la *Company*, consapevole della mutata sensibilità sociale, decise di cambiare strategia e appoggiare le proprie tesi argomentative sul neonato interesse rivolto all'autore e la volontà di porre fine al clima anarchico che stava danneggiando il mercato. Scaltramente si inserì, all'interno dell'argomentazione, il classico richiamo al *common law* e all'antico diritto concesso dalla *Chart* del 1557 alla *Stationer's Company*. Si mascherava questo diritto degli editori asserendo un *undoubted property* degli autori delle opere (i quali tuttavia finivano poi col trasferirlo ai librai). Infine, si evidenziarono le conseguenze negative che un mancato accoglimento avrebbe comportato: «*the Ruin of many Families* […] *reducing Widows and Children who at present Subsist wholly by the Maintainance of this Property, to extream Poverty*»[50].

Il 14 marzo l'intestazione della proposta di legge cambiò in: «*A Bill for the Encouragement of Learning by vesting the Copies of printed Books in the Authors, or Purchasers of such Copies* […]». Si notano dunque due significative differenze: il verbo *securing* sostituito dal verbo *vesting*, «testimoniando il passaggio da un intento di garanzia a un diritto garantito dalla legge e attri-

---

48 D. DEFOE, *A Review*, IV, 3, 26 Nov. 1709.

49 Cfr. J. ADDISON, *Genius* (1711), in *Essays and Tales* (Whitefish 2004).

50 Cfr. *The Booksellers Humble Address to the Honourable House of Commons. In Behalf of the Bill for Encouraging Learning*, in *Oxford, Bodleian Library*, John Johnson Coll., Book Trade Doc., fol. 6.

buito a una persona o a un gruppo di persone»[51], e l'esplicita menzione dell'autore come beneficiario del diritto esclusivo (con gli acquirenti delle eventuali copie)[52].

L'atto, sottoposto alla Camera dei Lords, venne emendato: modificazione significativa fu l'inserimento di una clausola temporale ispirata al termine di 14 anni previsto dallo *Statute of Monopolies* del 1624 per i *patents* concessi per le invenzioni. È poi previsto che allo scadere di tale termine l'autore torni a godere del diritto per altri 14 anni (se ancora in vita). Transitoriamente infine si concesse agli *Stationers* di esercitare i diritti sulle opere già iscritte nel registro della *Company* per 21 anni. L'agognato *iter* parlamentare arrivò così al termine con l'espunzione dell'*undoubted property* riferita agli autori, lasciando vivere ancora dubbi circa una proprietà da attribuirsi a autori o proprietari dell'opera fisica.

Il 10 aprile 1710[53], con l'assenso reale della Regina, l'atto nel suo testo definitivo divenne legge effettiva.

La tutelabilità dell'opera venne subordinata all'iscrizione da effettuarsi nel registro degli *Stationers*. Se violato il diritto di copia sull'opera, la stampa illecita avvenuta in mancanza del previo consenso del titolare del diritto comportava il sequestro del libro "pirata" e la sua consegna al titolare del diritto per l'eventuale distruzione nonché una sanzione pecuniaria in capo al responsabile quantificabile in un penny per ogni pagina dell'opera sequestrata, da corrispondersi nella misura di metà al titolare del diritto e metà alla Corona[54].

Al termine di questo tormentato percorso, quindi, agli *Stationers* venne concesso di sperare: l'antinomia tra autore e editore che traspare dall'atto porta la corporazione a credere che in futuro si possa imporre l'interpretazione che questa ne dà, ossia l'idea, costante, che sia in gioco un diritto di proprietà perpetua riconosciuto dal *common law*.

In Francia, sebbene le idee sembrino affiorare arrivando a conclusioni simili a quelle inglesi, in concreto non avverranno cambiamenti significativi fino all'avvento dei decreti prerivoluzionari del 1777, che tuttavia continueranno a basarsi su sistemi di privilegi reali senza rico-

---

[51] L. MOSCATI, *Lo statuto di Anna e le origini del copyright nell'Inghilterra del Settecento*, in *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, VI, Napoli, 2007, 3680, disponibile al *link* «www.academia.edu/35604049/Lo_Statuto_di_Anna_e_le_origini_del_copyright_nellInghilterra _del_Settecento?auto=download».

[52] Si stabilisce che non si può procedere alla stampa: « [...] *without the Consent of the Authors (thereof in whom the undoubted property of such Books and Writings as the product of their learning and labour* [...] *is not only a great discouragement to learning in general … but is also a notorious Invasion of the property of the rightful) proprietors of such books and writings to their very great Detriment and too often to the ruin of them and their Families* [...] », come sottolineato in L. MOSCATI, *Lo statuto di Anna e le origini del copyright nell'Inghilterra del Settecento*, cit., 3680.

[53] Alcuni autori riportano come data di emanazione dello statuto l'anno 1709 (data riportata anche nella raccolta statutaria della legislazione inglese) e non 1710. In realtà ciò è un errore dovuto al fatto che allora l'anno legislativo 1709 durava fino al 24 marzo 1710, mentre l'atto di Anna fu approvato il 24 aprile 1710.

[54] U. IZZO, *Alle origini del copyright e del diritto d'autore. Tecnologia interessi e cambiamento giuridico*, cit., 111.

noscere un vero e proprio diritto. Questo avverrà solo con la Rivoluzione.

### 1.3.2 Lo Statuto e la sua (mancata) applicazione

Nei primi anni di vigenza lo Statuto non diede adito a particolari controversie in quanto per la gilda londinese significava solo poter proseguire con la propria attività. I rapporti tra autori e editori si instauravano nel medesimo modo in cui avveniva in passato, ossia cedendo un manoscritto inedito dietro pagamento di una somma *una tantum*. La stessa *Court of Chancery*, punto di riferimento per la difesa degli interessi dei *booksellers*, aveva poco riguardo dello Statuto, accordando tutela all'editore, senza considerare il sistema di registrazione previsto dall'atto o i termini temporali ivi riportati.
Solo durante gli anni Trenta l'*Act* tornò ad attirare l'attenzione in seguito a due iniziative legislative. Nel 1735 infatti arrivarono al Parlamento due petizioni. Con la prima alcuni incisori di stampe artistiche chiesero che venisse accordata loro la medesima tutela prevista dalla legge per le opere scritte. Si arrivò così all'*Engraver's Act* che estese la tutela dello Statuto di Anna agli incisori, con l'eclatante differenza che questa tutela venne riconosciuta *agli autori*, senza riportare le medesime ambiguità sul punto riscontrabili nell'atto di Anna. La seconda petizione invece arrivò dai *booksellers* di Londra i quali lamentavano la vendita di libri a basso costo stampati all'estero e importati con le conseguenti ripercussioni negative sull'*encouragement of learning* (e sul loro mercato). Chiedendo pertanto una legge che desse effettività allo *Statute of Anne*, sollecitarono il Parlamento a prolungare di altri 21 anni la tutela loro accordata dallo stesso Statuto. Questo ennesimo tentativo di salvarsi sfruttando la figura degli autori però non andò a buon fine: molte furono le proteste che si sollevarono, convogliate in un anonimo atto di accusa che lamentava come questo avrebbe portato di fatto a un monopolio perpetuo. L'impatto fu tale da arenare l'*iter* legislativo.
Nel frattempo gli autori diventavano sempre più consapevoli dei loro diritti e del contenuto dello Statuto, non avendo più intenzione di ignorare quei termini temporali per tempo accantonati. Il numero di cause promosse dagli autori nei confronti di chi pubblicava l'opera

senza il loro preventivo consenso andavano crescendo[55]. Questo nuovo clima fece sì che «la retorica della "ispirazione esterna", che fin dall'epoca degli incunaboli aveva dominato la concettualizzazione dell'attività dello scrivere, trasmuti in quella del "genio originale", nella quale l'autore diventa la fonte prima della creazione artistica, cercando in se stesso, nella fatica di scrivere, l'originalità creativa, per assumere così la proprietà del prodotto di quella fatica»[56]. Questa idea però presentava ancora caratteristiche embrionali, imperniate su strutture ideologiche prettamente commerciali.

### 1.3.3 Il caso *Tonson v Collins*

Ad agevolare il mutamento di posizione di queste idee fu proprio un'iniziativa degli *Stationers* londinesi, sempre più in conflitto con gli editori scozzesi[57] che prediligevano una interpretazione letterale dello *Statute of Anne* e dei termini temporali indicati. E così nel 1743 degli editori londinesi, patrocinati da William Murray, richiamarono lo Statuto davanti a una corte scozzese chiedendo un risarcimento dei danni subiti da alcuni editori scozzesi che commerciavano classici inglesi a prezzi inferiori[58]. Tuttavia questi attori non chiesero le tutele accordate dal medesimo Statuto ma anzi sostennero che lo stesso avesse contemplato in realtà una aggiuntiva tutela (appunto il risarcimento dei danni) nei confronti di un diritto di proprietà preesistente facente capo a autori e editori di opere letterarie. L'esito non fu felice per gli *Stationers*: la domanda fu respinta e si adottò una interpretazione letterale dello *Statute*, sottolineando come tale tipo di tutela non fosse prevista dal medesimo, ma solo quella inibitoria e sanzionatoria, mentre nulla veniva detto circa una perpetuità o meno del diritto di proprietà dei *booksellers* londinesi.

Questo primo tentativo fallito non fu sufficiente per scoraggiare gli editori londinesi i quali si prepararono a una nuova battaglia forti della nomina di Murray nel 1758 a *chief justice*, una delle cariche più alte del *King's Bench*.

Il caso che ne seguì fu frutto di una tanto astuta quanto sfortunata costruzione processuale:

---

[55] v. caso *Webb v Rose* del 1732, con cui l'autore riuscì a bloccare la pubblicazione di un suo manoscritto inedito. Qualche anno dopo anche il poeta Pope inibì all'editore Curl la pubblicazione di una corrispondenza con Jonathan Swift (*Pope v Curl* del 1741).

[56] Passaggio egregiamente descritto in U. IZZO, *Alle origini del copyright e del diritto d'autore. Tecnologia, interessi e cambiamento giuridico*, cit., 123-124.

[57] Si ricorda che l'*Act of Union* del 1707 aveva creato un mercato comune fra Scozia e Inghilterra. Con questo atto (in realtà gli atti furono due: l'*Union with Scotland Act 1706* e l'*Union with England Act* del 1707) si stabilì «*That the two Kingdoms of (fn. 1) Scotland and England, shall, upon the first Day of May next ensuing the Date hereof, and for ever after, be united into one Kingdom by the Name of Great-Britain*» (*Treaty of Union*, art. 1).

[58] Caso *Millar v Kincaid*, 1751.

nel costante tentativo di ottenere un riconoscimento di una proprietà perpetua, la corporazione londinese iniziò una nuova causa nel 1760[59]. Tonson, editore di Londra, ristampò copie del giornale "*The Spectator*" degli anni 1711-1712 (erano scaduti, dunque, i termini indicati dallo Statuto di Anna). Donaldson, editore scozzese, decise di fare altrettanto ma Tonson non agì nei suoi confronti, ma contro Collins, un editore conoscente di Tonson che accettò di collaborare in cambio di un lauto compenso. Lo scopo degli editori londinesi era ottenere una pronuncia che una volta per tutte riconoscesse l'esistenza nel *common law* di un diritto di copia perpetuo in capo agli autori (e di conseguenza agli editori). L'arringa di Blackstone, ingaggiato da Tonson, difese questa posizione valorizzando il lavoro intellettuale a fondamento di un diritto di proprietà dell'autore sulla sua opera. È dunque necessario proteggere l'autore da chi indebitamente divulgava l'opera senza il suo consenso.
All'analisi di Blackstone si contrappose quella di Joseph Yates, il quale giunse a conclusioni diverse: mentre concordava sul fatto che l'autore fosse unico soggetto in grado di disporre della sua opera, sottolineava come tale facoltà fosse presente fino al momento della pubblicazione. Con questa si manifesterebbe una "volontà divulgativa" che immetterebbe l'opera nel pubblico dominio, facendo venire meno quel legame proprietario. In risposta, Blackstone richiamò un paragone con un fondo chiuso da un cancello e una servitù di passaggio: certo si possono avere numerose chiavi per accedere al fondo, ma non si può forgiarne di nuove e poi venderle[60]. Nonostante l'importanza di queste argomentazioni, la Corte, resasi conto che in realtà Collins rappresentava un convenuto fittizio, dismise il procedimento[61]. Questa iniziativa degli editori londinesi minò la fiducia delle corti, che in ipotesi successive rigettarono cause da questi promosse[62].

### 1.3.4 Una prima posizione: il caso *Millar v Taylor*

La questione irrisolta sollevata nel caso *Tonson v Collins* si apprestò ad essere definita una volta per tutte pochi anni dopo: nel 1767 l'editore Robert Taylor pubblicò *The Seasons*, un poema di James Thompson. Andrew Millar, che nel 1729 aveva acquistato i diritti di copia dall'autore, non aveva intenzione di arrendersi al sistema dei limiti temporali stabilito dallo Statuto, ormai scaduti. Così, col patrocinio di Blackstone, adì il *King's Bench* questa volta co-

[59] Caso *Tonson v Collins*, 1760.
[60] U. IZZO, *Alle origini del copyright e del diritto d'autore. Tecnologia interessi e cambiamento giuridico*, cit., 131-133.
[61] Per una più attenta analisi del celebre caso v. R. DEAZLEY (2008) 'Commentary on *Tonson v. Collins* (1762)', in *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org.
[62] v. *Millar v Donaldson* (1765) e *Osborne v Donaldson* (1767).

stretto a risolvere la questione circa l'esistenza o meno di una proprietà perpetua dell'autore riconosciuta dal *common law*. Il verdetto fu risultato di una spaccatura interna alla corte: Yates e Mansfield rinnovarono le loro precedenti posizioni. Yates negò l'esistenza di un diritto illimitato in capo all'autore mentre Mansfield sosteneva l'esistenza dello stesso a prescindere dallo Statuto perché insito nel *common law*. Proseguì sostenendo come ciò andasse oltre alla mera fisicità del bene, e come lo stesso Yates non potesse concludere in altro modo: riconoscendo infatti un diritto antecedente alla pubblicazione dell'opera, ammetteva l'esistenza di diritti riguardanti un bene immateriale, che nulla aveva a che fare con le copie del libro. Dunque, la pubblicazione non poteva incidere sul diritto concernente il bene immateriale, ma sulla sua estrinsecazione sotto forma di copia. Considerare quindi la pubblicazione come momento finale ed esaustivo di questo diritto poneva in contraddizione lo stesso Yates. Sulla base di queste argomentazioni Mansfield concluse come in realtà fosse in gioco un diritto riconosciuto dal *common law* e refrattario dunque allo Statuto di Anna. *Millar v Taylor* finì dunque, se pur fondendo in un'unica soluzione diritti dell'autore e diritti dell'editore, con l'identificare una potente arma in mano agli *Stationers* nella lotta per la difesa dei loro interessi economici.

### 1.3.5 Diritto perpetuo o concessione: la risposta tanto attesa

La decisione presa a Londra non fu ben accolta dagli editori scozzesi. Nel 1773 con il caso *Hinton v Donaldson* la corte di Edimburgo non riconobbe un *copyright* perpetuo e anzi denunciò la pericolosità della soluzione londinese. Era però necessaria una pronuncia in terra nemica per porre fine alla ormai secolare battaglia: Donaldson, figura di spicco tra gli editori scozzesi, decise di aprire a Londra un punto vendita minacciando così la corporazione ormai sovrana. Il guanto di sfida fu lanciato mediante la rivendita a prezzi stracciati dell'opera thompsoniana oggetto del famoso caso *Millar v Taylor*. Becket, nuovo titolare dei diritti sull'opera, non tardò, come astutamente previsto dall'editore scozzese, a chiedere alla Cancelleria un'ingiunzione. L'obiettivo era raggiunto: un contrasto tra Cancelleria londinese e Court of Session scozzese. A questo punto solo la House of Lords poteva risolvere la questione.

La controversia ruotava attorno all'ormai costante interrogativo circa l'esistenza in *common law* di un diritto in capo all'autore di stampare e pubblicare la propria opera, se questo diritto potesse sopravvivere o meno all'eventuale pubblicazione e se potessero trovare applica-

zione i limiti previsti dallo Statuto di Anna. Tuttavia *Lord Chancellor* Camden, consapevole che la questione, così posta, avrebbe perpetuato l'ambiguità circa autore-editore che mai era stata sciolta precedentemente, decise di riformulare la questione alla luce di una distinzione tra autori e editori. Sottolineò come riconoscere la perpetuità di tale diritto avrebbe consentito a questo di vivere oltre all'autore tramite gli aventi causa, con conseguenze nefaste in termini economici[63]. Accusò con forza Mansfield di aver annoverato nel *common law* un diritto che in realtà era frutto di privilegi e tirannie di una nicchia.

L'esito era ormai deciso: la Camera Alta negò un *copyright* perpetuo fondato sul *common law*, mentre tornava in auge lo *Statute of Anne* e i suoi limiti temporali.

Gli *Stationers*, insensibili alla resa, sconfitti sul versante giurisdizionale si servirono di quello legislativo con una *petition* depositata presso la House of Commons recante la descrizione delle tragiche conseguenze che si sarebbero abbattute sul loro mercato. Ottennero un *Bill* che prorogò per altri 14 anni la tutela delle loro posizioni, in preparazione alla definitiva conclusione con cui si era giunti con la decisione dei *Lords*.

La House of Lords, destinataria della proposta di legge da sottoporsi al suo esame, risentita di una iniziativa palesemente contrastante con la sua recente decisione, pose definitivamente la parola fine alla *bookseller's battle* il 3 giugno 1774. Era così confermato come questo istituto giuridico discendesse da uno *Statute* e non dalla tradizione di *common law*.

### 1.3.6 Dopo lo Statuto

Sebbene lo *Statute* risalga al 1710, la maggior parte degli interventi legislativi emanati in tutela dell'autore intervenirono nel corso della Rivoluzione industriale.

Nel 1814 fu emanato il *Copyright Act*, prima riforma sostanziale dello *Statute of Anne*, che in particolare modificò i termini di tutela previsti dallo Statuto, raddoppiandoli: ogni nuova opera sarebbe così stata protetta per 28 anni e se allo scadere di tale periodo l'autore fosse stato ancora in vita, la tutela sarebbe durata «*for the residue of his natural life*»[64]. Mentre per le opere già pubblicate si stabilì che se l'autore «*shall be living at the end of twenty eight years after the first publication of the said book or books, he or she shall for the remainder of his or her life have the*

[63] «*All our Learning will be locked up in the Hands of the Tonsons and the Lintots of the Age, who will set what Price upon it their Avarice chuses to demand, 'till the Public become as much their Slaves, as their own Hackney Compilers are*», Speech of Lord Camden contenuta in *Donaldson v Beckett*, 17 Cobbett's Parl. Hist., p.1000, (H.L. 1774).

[64] *Copyright Act* 1814, 54 Geo. 3, c. 156, s.4.

*sole right of printing and publishing the same*»[65].

Nel 1842 fu emanato un *Copyright Act* che racchiuse e consolidò i molteplici provvedimenti legislativi in materia intervenuti nell'arco di tempo precedente, estendendo ulteriormente la tutela dell'autore per tutta la durata della sua vita più cinque anni.

La riscoperta libertà editoriale in seguito alla caduta del monopolio degli *Stationers* portò a un incremento esponenziale dei classici venduti, a prezzi sempre più abbordabili. La conseguente saturazione del mercato costrinse gli editori a stampare nuove opere inedite, facendo spazio ad autori fino a quel momento sconosciuti. Così la figura dell'autore andò acquisendo sempre più importanza, e anche dal punto di vista contrattuale si cominciò a prestare attenzione a una ripartizione dei profitti tra autori e editori basata sul numero delle copie vendute.

### 1.3.7 Una risposta diversa dal fronte francese

Sul territorio francese gli esiti furono diversi, anche a causa del contesto istituzionale in cui l'evoluzione del concetto di diritto d'autore andava formandosi. Come precedentemente accennato, gli editori francesi sembravano più preoccuparsi delle proprie prerogative che di fare fronte comune, e in questo contesto si innalzava imperante la voce del sovrano, unico decisore di questo diritto. La vicinanza degli editori della capitale al re portò a una concentrazione dei privilegi concessi in mano agli editori parigini, mentre coloro che vivevano nelle province venivano sempre più offuscati e attaccati dalla stessa polizia della Cancelleria reale della capitale[66]. Questa tendenza fu rafforzata nei primi decenni del Settecento anche da lettere patenti emanate dal re volte a limitare il potere delle autorità locali circa il rilascio di permessi di stampa, nonostante le denunce di questi delle difficoltà che questo andamento causava alla loro economia. La minaccia si fece sempre più viva quando le pretese degli editori parigini si estesero ai classici, fino a quel momento esclusi dal sistema di concessione di privilegi in forza della dottrina dell'*augmentation*, ormai abbandonata. Nonostante sembri dunque palesarsi una situazione simile a quella vissuta dagli *Stationers* nel loro periodo d'oro,

---

[65] R. MAUGHAM, *A treatise on the laws of literary property, comprising the statutes and cases relating to books, manuscripts, lectures: Dramatic and musical compositions; engravings, sculpture, maps, &c., including the piracy and transfer of copyright; with a historical view, and disquisitions on the principles and effects of the laws*, Lawbook Exchange, 2008, 69.

[66] Si considerino le brutali incursioni avvenute a fine Seicento perpetrate ai danni degli editori di Lione dalla polizia della Cancelleria reale della capitale che comportò il sequestro di numerosi libri oggetto di privilegi degli editori parigini, consolidando e attuando il programma di centralizzazione dell'editoria nelle mani dei librai della capitale.

il monopolio francese presenta caratteristiche peculiari che distinguono questa situazione da quella inglese. In Francia infatti questo monopolio era caratterizzato da molteplici privilegi *ad personam*, concessi ai singoli editori della capitale. Rimane dunque ferma e centrale la risolutezza della Corona.

Dalla periferia le proteste si accesero anche in seguito alla prassi degli editori della capitale di ottenere privilegi su nuove opere per poi non pubblicarle o pubblicarne versioni mediocri[67]. Conseguenza fu una decisione del Consiglio di prevedere un sistema per cui prima della concessione del privilegio dovesse essere esibita una prova di stampa, evitando opportunistiche proroghe nella pubblicazione delle opere oggetto di privilegio. Fu inoltre previsto che le pubblicazioni di bassa qualità potessero formare oggetto di sequestro e che si procedesse alla censura dei privilegi concessi per verificare se a questi fosse effettivamente seguita la stampa dell'opera. Gli editori reagirono, supportati da Louis d'Héricourt, cercando di allontanare la tesi sostenuta dagli editori provinciali in base alla quale le prerogative dei librai parigini sarebbero frutto di una concessione reale, e pertanto legate a questa soltanto, con i relativi limiti. Nel 1725 il portavoce degli editori della capitale inviò al guardasigilli del re quello che oggi è conosciuto come *mémoire de d'Héricourt*, con cui, attraverso un richiamo alla proprietà fondiaria, si volle arrivare a dichiarare un diritto perpetuo dell'autore (e dunque, poi, dell'editore) sulla propria opera, diritto che non può in quanto tale riconoscere limitazioni di sorta, tra le quali la necessità di un avallo reale[68].

Questa impostazione, molto simile alle tesi sostenute oltremanica, si differenzia però per il contesto in cui si manifesta: siamo davanti a una monarchia assoluta che difficilmente può vedere piegate le volontà sovrane. Tuttavia queste tesi che vedono porre una base giusnaturalistica al rapporto fra autore e la sua opera agli occhi degli editori di provincia sembrano più presentarsi come un *escamotage* per assegnare base giuridica al tema della perpetuità dei privilegi. Con numerose petizioni fecero valere a gran voce la necessità sì di riconoscere tale diritto in capo all'autore, ma l'altrettanto fondamentale requisito dell'accompagnamento di

---

[67] v. il *Mémoire sur le vexations qu'exercent les libraires de Paris*, che denuncia le azioni degli editori della capitale e le conseguenze sugli editori di periferia e sulla collettività.

[68] In questo modo D'Héricourt prospetta, per la prima volta in Francia, una definizione di proprietà letteraria basata sul lavoro dell'autore, traendo ed elaborando il pensiero di Locke, giunto in Francia grazie a Jean Barbeyrac. Quest'ultimo inoltre tradusse alcune opere di Pufendorf che contenevano numerose annotazioni sul pensiero di Locke. «D'Héricourt parla anche di "*grands hommes en état d'appliquer leurs talents au profit de la société" con "avantages proportionnés à l'importance de leur travail et à l'utilité que le public en tire*". Fa quindi un passo avanti: dopo aver collocato nell'ambito della sfera dei diritti proprietari il frutto del lavoro dell'autore, ne intravede la natura personale facendo emergere il concetto di creatività, che si comincerà a sviluppare in quel periodo», come sottolineato da L. MOSCATI, *Alle radici del Droit d'auteur*, in *Studi di storia del diritto medioevale e moderno* (a cura di F. Liotta), Bologna, 2007, 277.

limiti temporali. Una prima svolta sembra aversi con l'intervento di Condorcet, che volle vedere tali posizioni inserite in un contesto temporalmente limitato perché non rappresentanti un diritto ma uno strumento in mano al re per favorire la conoscenza e ricompensare l'autore. Così, nel 1777 e 1778, Luigi XVI con sei *Arrêts réglementaires*[69] riformò l'assetto editoriale francese[70], allontanando le tesi di d'Héricourt.

Si ricompensava l'autore per la sua creazione e l'editore per le spese sostenute per la stampa e la circolazione dell'opera. Si sottolineava la vigenza di limiti temporali per l'editore che potrà godere del privilegio per un tempo massimo non superiore a dieci anni, mentre quest'ultimo sulla sua opera ha un privilegio perpetuo fino all'eventuale alienazione di questo da parte sua o degli eredi a un editore. Infine si regolavano invece i rapporti tra editore e autore facendo in modo che quest'ultimo potesse mantenere la proprietà del privilegio anche dopo la pubblicazione.

Il sistema di privilegi francese si presenta dunque ben ancorato alla grazia reale e alla prospettiva di inserimento di tale strumento in un sistema teso a incentivare la diffusione del sapere a tutela dell'interesse pubblico, mentre la figura dell'autore deve ancora trovare posto autonomo all'interno di questo panorama, sebbene se ne possano scorgere le prime voci.

Il passaggio da vecchio a nuovo regime fu segnato dalla legge del 4-11 agosto 1789 che dispose la soppressione di tutti i privilegi e dalla *Déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyens*, che all'art. 11 prevedeva la libertà di stampa. Mancava tuttavia una base legislativa atta a regolare i rapporti tra autore e editore, caratterizzati, in seguito all'abolizione dei privilegi, da un vuoto legislativo. L'abbandono definitivo dell'*ancien régime* si manifestò nel 1793, con una legge[71] che si pose come conseguenza di una precedente normativa rivoluzionaria del 1791[72] concernente le opere drammatiche. L'anno 1791 si presentò infatti come un anno ricco di eventi: la soppressione della gilda degli editori parigini, l'emanazione della Costituzione, il compito di colmare il vuoto legislativo affidato al Comitato per la pubblica istruzione, guidato da Condorcet, e la legge summenzionata sulle opere teatrali.

---

[69] Che possono trovare precedente fondamento nell'*Edit de jurandes* di Turgot del 1776. Turgot si faceva promotore della libertà dell'uomo, che vedeva alla base un concetto di uguaglianza che non poteva tollerare le discriminazioni perpetrate grazie ai privilegi. Inoltre riteneva che «*l'utilité publique est la loi suprême*»: sul punto cfr. TURGOT, *Fondation*, in *Encyclopédie méthodique. Jurisprudence dédiée et présentée a Monsieur de Miromesnil garde des Sceaux de France*, IV, Parigi 1784, 570.

[70] Questa soluzione è stata considerata «un'organica disciplina dell'istituto del privilegio […] quando però l'istituto stesso era ormai avviato ad una rapida fine»: cfr. P. GRECO; P. VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. VASSALLI, XI/3, Torino 1974, 3.

[71] Il *Décret relatif aux droits de propriété des auteurs d'écrits, en tout genre, compositeurs de musique, peintres et dessinateurs* del 19-24/07/1793.

[72] Il *Décret relatif aux spectacles* del 13-19/01/1791.

Quest'ultima rappresentò il risultato finale di una lunga battaglia che vide protagonisti altri creativi: gli autori drammatici. Questi, da anni in conflitto con il monopolio pluridecennale detenuto dagli amministratori della *Comédie Française*, non potevano più sopportare tale sistema nel nuovo clima di libertà instauratosi. Chiesero così l'abolizione di questi privilegi, con il riconoscimento della possibilità di rappresentare ovunque i classici e aprire nuovi teatri. Nonostante l'esito vittorioso[73], gli autori teatrali non si interessavano a una proprietà perpetua sulle loro opere, ma più al riconoscimento ufficiale del loro contributo al patrimonio culturale a favore della collettività. Si arrivò così a parlare del *droit d'auteur:* «*La plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et si je puis parler ainsi, la plus personnelle des propriétés, est l'ouvrage fruit de la pensée d'un écrivain*»[74]. Così si garantì il diritto di disporre delle proprie opere agli autori teatrali per la durata della loro vita, nonché la possibilità di esercizio di tale diritto in capo agli eredi entro 5 anni dalla morte dell'autore[75].

Si aprì la strada al riconoscimento di una tutela estesa a tutti gli autori di opere creative: Lakanal, due anni dopo, partendo dalle parole di Le Chapelier, presentò una proposta di decreto concernente la proprietà artistica e letteraria atta ad ottenere una *déclaration des droits du génie* comprensiva di cinque articoli[76]: si tratta del *Décret relatif aux droits de propriété des auteurs d'écrits en tous genres, compositeurs de musique, peintres et dessinateurs.* Due membri proposero due ulteriori articoli cosicché, composto di sette articoli, venne allargata la tutela concessa alle opere teatrali anche alle opere letterarie, musicali, pittoriche e figurative[77], estendendo a dieci anni dalla morte dell'autore il termine per gli eredi per esercitare i diritti al posto del *de cuius*[78], mentre scomparve ogni riferimento al diritto degli editori parigini dell'*Ancien Régime*. La tutela poteva però essere accordata previa registrazione e deposito di due esemplari dell'opera alla Biblioteca nazionale e al Gabinetto delle stampe[79].

---

[73] In realtà la legge del 1791 fu oggetto di numerose violazioni, che cominciarono a cessare solo a partire dal 1798.

[74] *Rapport fait par Le Chapelier devant l'Assemblée nationale*, 13 janvier 1791.

[75] «*les héritiers, ou les cessionnaires des auteurs, seront propriétaires de leurs ouvrages durant l'espace de cinq années après la mort de l'auteur*» *décret du 19 janvier 1791*, art. 5.

[76] *Archives parlementaires de 1787 a 1860*, t. LXIX: du 15 au 29 juillet 1793, Séance du vendredi 19 juillet 1793, pp. 186-87. Il primo articolo, particolarmente importante, così recita: «*Les auteurs d'écrits en tout genre, les compositeurs de musique, les peintres et dessinateurs qui feront graver des tableaux ou dessins, jouiront durant leur vie entière du droit exclusif de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages dans le territoire de la République, et d'en céder la propriété en tout ou en partie*».

[77] *Décret relatif aux droits de propriété des auteurs d'écrits en tous genre, compositeurs de musique, peintres et dessinateurs*, art. 1.

[78] *Décret relatif aux droits de propriété des auteurs d'écrits en tous genre, compositeurs de musique, peintres et dessinateurs*, art. 2: «*Leurs héritiers ou cessionnaires jouiront du même droit durant l'espace de. dix ana, après la mort des auteurs*».

[79] *Décret relatif aux droits de propriété des auteurs d'écrits en tous genre, compositeurs de musique, peintres et dessinateurs*, art. 6: «*Tout citoyen qui mettra au jour un ouvrage, soit de littérature ou de gravure, dans quelque genre que ce soit, sera obligé d'en déposer deux exemplaires à la Bibliothèque nationale ou au cabinet des estampes de la République, dont il recevra un reçu signé*

È bene sottolineare come mentre in Inghilterra la fonte di legittimazione del *copyright* è stata definitivamente individuata, precludendo ogni riferimento a un'origine giusnaturalistica dello stesso, in Francia la proprietà di cui si venne a parlare, sebbene limitata temporalmente, lasciò aperte numerose possibili questioni interpretative circa una natura dichiarativa e non costitutiva dell'atto che *riconobbe* tale diritto. La normativa francese sembrava dunque inserirsi in un contesto che la vide operante come strumento di tutela di un diritto preesistente. Occorre inoltre sottolineare che la legge del 1793 tutelava, riconoscendo la proprietà dell'opera all'autore, solo il diritto di sfruttamento economico di questa e non quello che oggi conosciamo come *droit moral*. Una tutela così estesa comincerà ad apparire solo a partire dalla seconda metà del XIX secolo.

## 1.4 Il *droit moral*

### 1.4.1 Una definizione aperta a più interpretazioni

Come accennato, una tutela del diritto dell'autore concepito come diritto personale e non solo patrimoniale apparirà solo in un secondo tempo. Le basi che però consentirono tale approdo possono essere rinvenute a partire dal torno di anni di cui si sta trattando. Il riferimento ad una proprietà riscontrabile nella legge del 1793 lascia infatti aperto uno spiraglio circa una istanza personalistica all'interno del dibattito creatosi attorno alle questioni relative alla natura delle prerogative dell'autore. Tale imprecisione circa una definizione della proprietà autoriale rappresentò il catalizzatore per l'insorgere di prassi interpretative libere da precisi confini definitori, aprendo dunque la strada a una concezione non meramente patrimoniale dei diritti riconosciuti agli autori.

### 1.4.2 Il ruolo dei codici francesi

All'indomani dell'opera di sistemizzazione che si propose di attuare il *code civil*, i decreti rivoluzionari sembravano essere immuni a questa operazione: la normativa del *droit intermédiaire* non sembrò interessare i giuristi che contribuirono alla codificazione napoleonica, che viene oggi comunemente identificata in una "legislazione speciale"[80], nonostante

---

*par la bibliothèque ; faute de quoi, il ne pourra être admis en justice pour la poursuite des contrefacteurs*».

[80] Molti gli autori a sostegno di questa impostazione, tra i quali L. MOSCATI, *Alle radici del droit d'auteur*, cit.,

l'importanza della tematica proprietaria, strettamente collegata alla materialità e tangibilità del bene, riconosciuta dall'impostazione codicistica.

La tutela della proprietà degli autori fu quindi affidata ai lavori preparatori del *Code pénal*, non solo perché ormai frutto della tradizione, ma anche perché strumento più efficace per garantire protezione a tale diritto. Nel *Projet de Code criminel, correctionnel et de police, présenté par la Commission nommée par le Gouvernement* di Target e Oudart del 1801, tra i delitti contro la proprietà sono contemplati articoli volti a reprimere la contraffazione delle opere dell'ingegno, accompagnati da riferimenti anche civilistici che riconoscono in via di principio la proprietà dell'opera all'autore e eredi. Nel 1804 il progetto venne sottoposto al Consiglio di Stato, alle corti di appello e ai tribunali criminali per i relativi pareri. Tra le tante opinioni emersero le *Observations sur les articles du projet du nouveau Code criminel, qui concernent la Librairie* di Costes[81], in cui si evidenziava la necessità di limitare i diritti degli eredi per non nuocere al mercato, con una chiara vena contraria alla perpetuità di tale proprietà, prediligendo una risposta penalistica meno afflittiva che identificava la violazione del diritto in una contravvenzione anziché un delitto, facendo in parte riferimento a Malesherbes[82]. Seguiva una distinzione tra proprietà materiale e intellettuale, con la specificazione che la contraffazione sarebbe stata attinente alla prima, comportando un danno meno grave di quello che si sarebbe invece avuto se fosse stata danneggiata la seconda. Nel perdurare di queste discussioni, che sembrarono sfociare poi in una stasi, la legge del 1793 trovava applicazione estesa, talvolta con alcune varianti[83].

Trascorsi quattro anni in cui la discussione si era arenata, le sedute ripresero e si arrivò alla decisione di espungere dal progetto di codice penale tutte quelle norme non strettamente penalistiche. Tra queste anche la normativa di principio con riferimento alla tutela della proprietà degli autori, che si ritenne dovesse trovare posto nell'ambito del diritto civile, mentre il codice penale si sarebbe dovuto occupare esclusivamente della fattispecie della contraffazione. Il Codice del 1810 ne uscì quindi profondamente diverso dal progetto ini-

---

295-296. Tuttavia in U. IZZO, *Alle origini del copyright e del diritto d'autore. Tecnologia interessi e cambiamento giuridico*, cit., 202 si evidenzia come possa essere fuorviante parlare di legislazione speciale in un contesto in cui ancora si doveva consolidare una "legge ordinaria", perché appena entrati in contatto con un *corpus* di norme fresche e ancora in via di assestamento.

81 A. COSTES, *Observations sur les articles du projet du nouveau Code criminel, qui concernent la Librairie*, Lyon Floréal an 12 (1804).

82 V. DE LAMOIGNON; DE MALESHERBES, *Mémoires sur la librairie. Mémoires sur la liberté de la presse*, rist. anast. Paris 1994, con una Présentation di R. CHARTIER.

83 In particolare con riferimento alla stampa dei libri di Chiesa e di preghiere, prevedendo un preventivo permesso da parte dei vescovi: *Décret impérial concernant l'impression des Livres d'église, des Heures et des Prières*, in *Bulletin des lois*, III, Paris 1805, n. 658, pp. 22-23: 29 marzo 1805.

ziale: vennero espunti gli articoli di impronta civilistica sulla proprietà dell'autore[84] e le sanzioni per i delitti contro tale proprietà[85] si affiancarono a quelle previste per le violazioni della proprietà materiale, vedendosi però inasprite.

Sede di trattazione del diritto d'autore fu individuata in un apposito decreto napoleonico del 5 febbraio 1810[86], che tuttavia non prevedeva l'abrogazione della legge del 1793, ma reintroduceva un sistema di censura preventiva (precedentemente abolita con la Rivoluzione francese che aveva proclamato la libertà di stampa). Lo stesso Napoleone partecipò a numerose sedute, durante le quali intervenne anche con riferimento alla questione della perpetuità del diritto: egli, parlando di "*propriété incorporelle*", sottolineò come concepire una perpetuità di questo bene immateriale finirebbe col parcellizzarlo e quindi dissolverlo nel corso del tempo, oltre che precludere alla collettività l'accesso a opere che così rimarrebbero in mano ai soli eredi, ostacolando il progresso. Il titolo III, quello che tratta proprio «*De la propriété e de sa garantie*», attribuiva agli autori e alle loro vedove la proprietà dell'opera per la durata della loro vita, mentre gli eredi si videro estendere i relativi diritti a vent'anni, contemplando la possibilità di cederli a editori o librai. Le maggiori differenze dunque rispetto all'impostazione originaria furono la comparsa della vedova tra i soggetti proprietari (che susciterà numerose critiche a seguire) e la durata dei diritti degli eredi raddoppiata. Il decreto sembra dunque soccorrere a quella lacuna del *Code civil*[87] e del *Code pénal*, senza però risolvere i problemi relativi alla natura della proprietà letteraria.

Nel 1825 fu istituita una *Commission de la propriété littéraire* con «*l'effet de rechercher et de préciser les améliorations dont peut être susceptible la législation actuelle sur la propriété littéraire*», composta da magistrati e letterati, tra cui il figlio di Jean-Etienne-Marie, autore del Code civil, Joseph-Marie de Portalis e Pardessus. Durante i lavori della commissione emerse a più riprese il problema definitorio concernente la proprietà autoriale, con la tendenza di assimilarla alla proprietà materiale e la conseguente caratteristica della perpetuità. Nonostante ciò si decise di mantenere l'assetto improntato dalla legge del 1793 che prevedeva limitazioni a tale pro-

---

[84] Interessante è l'art. 387 perché denota una qualificazione ancora ibrida di tale diritto, prevedendone un limite temporale in capo agli eredi ma allo stesso tempo analogie con le regole successorie tipiche della proprietà materiale.

[85] v. § 5 *Violation des règlements relatifs aux manufactures, au commerce et aux arts* del *Code pénal* (1810).

[86] *Décret impérial contenant Règlement sur l'Imprimerie et la Librairie*, in *Bulletin des lois*, XII, Paris 1810, n. 5155: 5 febbraio.

[87] Scelta voluta in quanto i limiti a tale tipo di proprietà mal si conciliavano con l'impostazione del *Code Napoléon*, che invece concepiva, quale «*âme universelle de toute la législation*», una proprietà piena, priva di limiti di tal sorta. La stessa sorte, sempre a causa delle limitazioni apportate alla proprietà, toccò ad altri istituti, quali quello dell'espropriazione per pubblica utilità o delle miniere. Si ricorda inoltre la concezione del *Code civil* quale opera immutabile, pertanto difficilmente sarebbe stata sottoposta a una revisione, prediligendo invece lo strumento di una legislazione speciale.

prietà, anche se prevedendo una estensione di questi termini. La stessa commissione parlò di *diritto esclusivo*, e non di proprietà a differenza della legislazione precedente[88] e del codice civile. Fu proprio Pardessus a spiccare tra i tanti, anche se alla fine il progetto avviato dalla Commissione non fu approvato. Le tesi sostenute da Pardessus, che da poco aveva pubblicato il suo trattato di diritto commerciale[89], prevedevano diritti di natura patrimoniale che potevano essere ceduti (ossia i diritti di riproduzione e pubblicazione) e dei diritti incedibili e intangibili che invece permanevano in capo all'autore, accostando il *droit moral* al *droit pécuniaire*.

Questa impostazione rappresenta il fulcro delle discussioni in tema dell'epoca, che tuttavia ancora non trovavano una soluzione circa la qualificazione di un diritto autoriale perpetuo o piuttosto di un privilegio (temporaneo) attribuito dalla società per favorire la collettività.

Intervenirono successivamente altre due commissioni, rispettivamente del 1839 e del 1861, in un susseguirsi di svariati tentativi legislativi che non ebbero successo. Gli anni che andarono dal 1825 al 1866 infatti videro esclusivamente una estensione temporale delle prerogative degli eredi fino a cinquant'anni dopo la morte dell'autore[90], senza giungere a novità particolarmente significative.

### 1.4.3 L'apporto giurisprudenziale e dottrinale

Furono le corti ad apporre la parola fine alla secolare questione: nel 1887 la *Cassation* stabilì che «i diritti di autore e il monopolio che ne deriva non costituiscono, propriamente parlando, una proprietà, conferendo solo alle persone che ne sono investite il privilegio esclusivo di uno sfruttamento commerciale temporaneo»[91]. Solo occasionalmente si riconosceva una sfera intangibile di tutela in capo all'autore[92], ma mancava un principio di base in grado di attrarre a sé un riconoscimento diffuso di una tutela extracontrattuale dell'interesse dell'autore.

Ma per arrivare a tale traguardo occorreva superare un problema concettuale: come l'autore

---

88 v. art. 39 del *Décret impérial contenant Règlement sur l'Imprimerie et la Librairie*, cit.

89 J. M. PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, 4 voll., Paris 1814-16, preceduta dagli *Elemens de jurisprudence commerciale*, Paris 1811.

90 L. del 14 luglio 1866.

91 Cassation civ., 27 luglio 1887 per cui «*Le droit d'auteur et le monopole qu'ils confèrent, désignés d'ordinaire sous la dénomination de propriété littéraire, ne costituent pas, à proprement parler, une propriété, ils confèrent seulement aux personnes qui en sont investies le privilège exclusif d'une exploitation commerciale temporaire*». Si tratta di un *revirement* rispetto a Cassation civ., 16 agosto 1880.

92 v. caso *Lacordaire*: *Trib. Civ.* Seine 24 aprile 1837; *Trib. Civ.* Seine 17 agosto 1814; caso *Delprat c. Charpentier*: Cass. 21 agosto 1867.

potesse avanzare richieste nei confronti di un'opera che però egli aveva alienato. Venne in aiuto la comparazione, volgendo uno sguardo in particolare al vicino sistema tedesco. Morillot[93] analizzò e recepì le idee della dottrina tedesca sul diritto d'autore, influenzata dalle idee kantiane[94] e fichtiane[95] che enfatizzavano l'aspetto personalistico del rapporto autore-opera, vedendo come approdo la tutela aquiliana. Fece quindi approdo sul territorio francese la tesi dualista, importata dall'ordinamento germanico (che successivamente, in realtà, abbracciò l'impostazione monista). Per gradi si consolidò l'idea che vi fosse un diritto soggettivo che concernesse la personalità dell'autore.

## 1.5 Il *copyright* statunitense

### 1.5.1 Il panorama giuridico del Nuovo Mondo

Il Nuovo Mondo affrontò il neo tema dei diritti degli autori partendo dalle basi gettate dalla madrepatria. Il *copyright* statunitense venne disciplinato già in alcuni statuti durante il periodo coloniale. Tuttavia ci troviamo di fronte a un contesto istituzionale completamente diverso, che non ha conosciuto il sistema dei privilegi in maniera così incisiva come l'Inghilterra né i sistemi censori dovuti ai conflitti religiosi che influenzarono l'Europa del XV e XVI secolo. Inizialmente l'attenzione fu rivolta più verso i *patents* che alle opere letterarie, anche perché la maggior parte dei libri presenti oltreoceano erano di provenienza inglese e i pochi autori locali erano perlopiù editori di se stessi. Non si era creata dunque una corporazione di editori tesa a ottenere monopoli per tutelare la rispettiva posizione privilegiata, né se ne avvertiva l'esigenza essendo il mercato in espansione e dunque carente di una strategia di ferrea concorrenza. Prevaleva la volontà di beneficiare alla collettività e di promuovere un sapere autoctono. Nonostante questo desiderio, le prime concezioni del *copyright* si aggrapparono a un'opera che ebbe larga diffusione: i *Commentaries* blackstoniani. Si

---

[93] A. MORILLOT, *De la personnalité du droit de publication qui appartient à un auteur vivant*, in *Revue critique*, 1872, t. II, p. 29.

[94] Nel 1785 Kant elaborò la distinzione tra bene materiale e immateriale, ossia tra oggetto tangibile e contenuto intellettuale dell'opera, vedendo nel ruolo dell'editore un mandatario al quale l'autore, attraverso una *locatio operis*, assegnava il compito di rendere un servizio per la collettività; v. I. KANT, *Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks*, trad. it. *L'illegittimità della ristampa dei libri*, a cura di Maria Chiara Pievatolo, in *Bollettino telematico di filosofia politica*, gennaio 2019, disponibile al *link* https://btfp.sp.unipi.it/dida/kant_7/ar01s06.xhtml.

[95] In J.G. FICHTE, «*Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks. Ein Räsonnement und eine Parabel*», Berlinische Monatsschrift, Mai 1793, Fichte elaborò ulteriormente la tesi kantiana, individuando all'interno dell'aspetto spirituale, contrapposto all'aspetto fisico, la materia (ossia i pensieri) e la forma (il modo con cui i pensieri sono rappresentati). Per approfondimenti v. M.C. PIEVATOLO, *Il mercante e il califfo: politiche della proprietà intellettuale*, in A. DI CORINTO (a cura di), *L'innovazione necessaria*, Roma, 2006.

insediò quindi, *in primis*, un'idea di *copyright* che trovava fondamento in un diritto naturale e che si estrinsecava con una proprietà[96].

A seguito di numerose petizioni da parte degli autori, nel marzo 1783 il *Continental Congress* nominò un comitato di esperti «*to consider the most proper means of cherishing genius and useful arts through the United States by securing to the authors or publishers of new books their property in such works*»[97].

Ne risultò una raccomandazione non vincolante del Congresso del 2 maggio 1783 con la quale si raccomandò agli Stati di riconoscere tutela agli autori di opere nuove o non ancora pubblicate e relativi aventi causa per minimo quattordici anni dalla prima pubblicazione[98]. Nei tre anni che seguirono tutti gli Stati, con la sola eccezione del Delaware, si attivarono. «*These statutes differed from each other in regard to many of the details, but they were all miniature versions of the Statute of Anne*»[99], anche se alcuni di questi, nei rispettivi preamboli, fecero riferimento a un diritto naturale[100]. Occorre sottolineare come in realtà tali legislazioni nel breve periodo ebbero una incidenza modesta: pochi autori si servirono degli strumenti messi a disposizione per la relativa tutela.

Ciononostante emergono già alcune peculiarità della situazione americana: gli autori ottennero riconoscimento delle proprie prerogative agendo attivamente e in prima persona, e non quali riflesso di argomentazioni utilitaristiche in mano a monopoli editoriali. Non avevano alle spalle decenni di *lobbysmo* da preservare; volgevano pertanto lo sguardo al futuro, senza rimanere ancorati alla necessità di un riconoscimento circa la perpetuità delle loro prerogative che consentisse loro di preservare un passato di ricchezze. Inoltre, proprio in ragione di ciò, i testi legislativi si riferiscono agli autori e agli autori soltanto[101]. Infine, il richiamo all'*encouragment of learning* assurge a modello da seguire, senza più rappresentare la giustificazione strumentale utile a riconoscere un diritto perpetuo. Convivono, pertanto, nella legislazione postcoloniale, matrice giusnaturalistica e limitazione temporale atta a perseguire la conoscenza a beneficio della collettività.

---

96 Diversamente dalle conclusioni raggiunte nel vecchio continente con il caso *Donaldson*.

97 24 Journals of the Continental Congress 1774–1789, at 180 (1922).

98 *Resolution of May 2, 1783*, *Copyright* Enactments of the United States 1783–1906, at 11 (2d ed. 1906): «to *secure* to the authors or publishers of any new books not hitherto printed [...] the copy right of such books for a certain time not less than fourteen years from the first publication; and to secure to the said authors, if they shall survive the term first mentioned, [...] the copy right of such books for another term of time not less than fourteen years».

99 O. BRACHA, *The Adventures of the Statute of Anne in a Land of Unlimited Possibilities: The Life of a Legal Transplant*, 25 Berkeley Tech. L.J. 1427, 1444 (2010).

100 v. Act of Jan. 29, 1783 (Conn.); Act of Mar. 17, 1783 (Mass.); Act of Nov. 7, 1783 (N.H.); Act of Dec. 1783 (R.I.); Act of Nov. 18, 1785 (N.C.); Act of Feb. 3, 1786 (Ga.); Act of Apr. 29, 1786, (N.Y.).

101 Con l'unica eccezione dello *statute* del South Carolina.

### 1.5.2 Un riconoscimento costituzionale

Nel maggio del 1787 presero avvio i lavori costituenti: già prima di questo evento era stato fatto notare come mancasse un'uniformità tra le regole preposte a tutelare la proprietà letteraria e nell'agosto 1787 vennero avanzate due proposte: una da parte di Madison e l'altra da Charles Pinckney e Charles Cotesworth Pinckney, ed entrambe proposero di affidare al Congresso il potere di rilasciare i *copyrights* federali, con lo scopo di salvaguardare (*securing*) il diritto, ora definito *copyright*, ora esclusivo. Le proposte sembrano dunque fare riferimento, attraverso l'utilizzo di quel verbo, a un diritto che pare essere preesistente, ma che tuttavia necessita di una limitazione temporale.
Dunque nessuna risposta, ancora una volta, circa la natura e l'origine di questo diritto. E l'interrogativo non venne considerato nemmeno durante tutta la *convention* di Philadelphia, ove si arrivò senza problemi, il 5 settembre 1787, alla celebre *IP Clause* contenuta nella *Section* 8 dell'articolo 1 della Carta fondamentale[102]. Sarebbe stato quindi compito dei posteri chiarire l'oscura origine del diritto tutelato.

### 1.5.3 La legislazione sul *copyright*

Successivamente si aprì un dibattito circa la predisposizione di un unico schema legislativo a presidio sia dei *patents* che del *copyright*, ma la decisione fu di disegnare due strade diverse per questi concetti. Tale decisione sfociò nella prima legge federale sul *copyright*: il *Federal Copyright Act* del 1790. Questo sembra ispirarsi allo *Statute of Anne*, con alcune peculiarità: venne conservato il verbo *securing* (nello Statuto invece sostituito dal verbo *vesting*) e i termini *proprietor* e *author* furono legati dalla congiunzione *and* (non *or*, lasciando dunque intendere che si trattasse di posizioni diverse tra loro non assimilabili). Inoltre il testo si presentava spurio da terminologie richiamanti l'esistenza di un diritto naturale, segnando una differenza con le prime legislazioni dei singoli Stati.
L'*Act* si pone a tutela dei soli cittadini statunitensi, non prevedendo dunque la sanzionabili-

[102] U.S. Const. art. 1, § 8, cl. 8 «*The Congress shall have the power [...] to promote the progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries*».

tà delle fattispecie per cui si venga a pubblicare opere provenienti da altri Paesi (in particolare l'Inghilterra) senza il consenso dell'autore straniero (situazione che muterà solo a partire dal 1891 con la Convenzione di Berna). I rimedi messi a disposizioni sono gli stessi contemplati dallo *Statute of Anne*[103], prevedendo un meccanismo di registrazione e di deposito e un termine per la tutela di quattordici anni (rinnovabile per altri quattordici anni se alla scadenza l'autore fosse stato ancora in vita). La prima corposa revisione dell'atto avverrà nel 1831, con l'estensione della tutela anche alle opere musicali e un'espansione del termine di tutela a ventotto anni, rinnovabile per altri quattordici anni.

### 1.5.4 La soluzione circa la natura del *copyright* statunitense

Nonostante queste revisioni, rimase fermo il costante dubbio circa la natura di tale diritto, che ormai andava offrendo numerose e diverse interpretazioni sul punto. La questione fu definitivamente risolta sul fronte giurisprudenziale nel caso *Wheaton v Peters*[104]. Dal 1816 al 1827 Henry Wheaton fu incaricato dalla Corte Suprema di raccogliere e divulgare le decisioni della corte medesima. Wheaton, non ricevendo compensi da parte della Corte[105], si serviva dell'editore Donaldson per la pubblicazione degli scritti, negoziando il diritto di sfruttamento economico dell'opera riconosciutogli dal *copyright*. Nel 1828 Peters succedette a Wheaton e, notando il costo elevato dell'intera serie dei precedenti della Corte redatti dai suoi predecessori, decise di realizzare dei *Condensed Reports*, che diede alle stampe tramite l'editore Grigg ad un prezzo inferiore (nonostante la diffida di Donaldson). Così, Wheaton e Donaldson citarono Peters e Grigg di fronte alla Corte Federale della Pennsylvania la-

---

[103] v. *section* 2 del *Copyright Act*: i mezzi predisposti contemplano la distruzione della copia pirata e l'ammontare dell'ammenda ripartita tra erario e titolare del diritto: «*And be it further enacted, That if any other person or persons, from and after the recording the title of any map, chart, book or books, and publishing the same as aforesaid, and within the times limited and granted by this act, shall print, reprint, publish, or import, or cause to be printed, reprinted, published, or imported from any foreign Kingdom or State, any copy or copies of such map, chart, book or books, without the consent of the author or proprietor thereof, first had and obtained in writing, signed in the presence of two or more credible witnesses; or knowing the same to be so printed, reprinted, or imported, shall publish, sell, or expose to sale, or cause to be published, sold or exposed to sale, any copy of such map, chart, book or books, without such consent first had and obtained in writing as aforesaid, then such offender or offenders shall forfeit all and every sheet and sheets, being part of the same, or either of them, to the author or proprietor of such map, chart, book or books, who shall forthwith destroy the same: And every such offender and offenders shall also forfeit and pay the sum of fifty cents for every sheet which shall be found in his or their possession, either printed or printing, published, imported or exposed to sale, contrary to the true intent and meaning of this act, the one moiety thereof to the author or proprietor of such map, chart, book or books, who shall sue for the same, and the other moiety thereof to and for the use of the United States, to be recovered by action of debt in any court of record in the United States, wherein the same is cognizable. Provided always, That such action be commenced within one year after the cause of action shall arise, and not afterwards*».

[104] *Wheaton v. Peters*, 29 F. Cas. P. 862 (C.C.E.D. Pa. 1832) (No. 17486).

[105] Si tratta di una prassi allora diffusa. Successivamente in realtà riuscì ad ottenere un compenso annuale da parte della Corte.

mentando la violazione del *copyright*. Peters e Grigg si difesero sottolineando che tale tutela non poteva essere accordata agli autori perché non avevano esplicato tutte le formalità richieste dalla legge (nel caso di specie l'invio di una copia dell'opera al segretario di stato entro sei mesi dalla pubblicazione di quest'ultima), essendo il *copyright* un riconoscimento proveniente dal diritto positivo (e non prerogativa riconosciuta dal *common law*). Asserirono inoltre che le decisioni giurisprudenziali non rientravano tra le opere tutelate dal *copyright*.
Il *Circuit Judge* Hopkinson affermò chiaramente la propria idea circa la natura del *copyright*: esso trovava la propria legittimazione dal diritto positivo, è una concessione che lo stato fa al privato e dunque assimilabile a un privilegio, motivo per cui lo Stato poteva anche prevedere una serie di condizioni per accedere alla relativa tutela. Wheaton e Donaldson non avevano, in particolare, provato di aver consegnato la copia dell'opera al segretario di Stato, e dunque non potevano vedere soddisfatta la loro pretesa. Il rigetto venne così sottoposto al riesame della Supreme Court. Questa confermò la tesi sostenuta dai convenuti per cui non erano assoggettabili a *copyright* i testi delle pronunce giurisprudenziali, per poi passare a trattare della natura del *copyright*. Singolare la ricostruzione fatta dalla corte la quale non volse lo sguardo alle evoluzioni interpretative autoctone ma piuttosto alle evoluzioni concettuali verificatesi oltreoceano durante la *battle of booksellers*, arrivando alle medesime conclusioni: «*Congress* […] *by this Act, instead of sanctioning an existing right, as contended for, created it*»[106]. Prese così vita una interpretazione della generale *IP Clause* basata sull'elemento giustificativo del progresso delle scienze e delle arti, quindi con funzione sociale, accompagnata alla volontà di incentivare l'autore, rigettando l'idea di un "*common law copyright*".

### 1.6 Breve storia della pirateria

«I contraffattori, in molti casi, non sono proletari alienati, né individui estranei che preferiamo considerare ben diversi e lontani da noi. I pirati siamo noi»[107]. Nell'era dell'informazione la pirateria rappresenta perfettamente il compimento e allo stesso tempo il rifiuto del capitalismo. Nondimeno la pirateria rappresenta il punto di partenza delle leggi sul *copyright*, arrivate sempre in ritardo e in risposta alle pratiche di riproduzione illegale. Sebbene il luogo e il momento della nascita della pirateria possano essere identificabili nella Rivoluzione inglese, legati al commercio del libro (nonché all'ambito farmaceutico e ali-

[106] *Wheaton v. Peters*, 33 US (8 Pet.) pp. 600-603 (1834).
[107] A. JOHNS, *Pirateria. Storia della proprietà intellettuale da Gutemberg a Google*, Torino, 2011, 17.

mentare), la pirateria che oggi dobbiamo affrontare presenta sfaccettature completamente diverse.

Il termine *pirateria* deriva da un'antica radice indoeuropea che significa tentativo, esperienza o esperimento: in tempi remoti dunque il suo significato molto si avvicinava al concetto di creatività. «Ai tempi di Tucidice i *peiratos* erano i signori della guerra che si spostavano lungo la costa del mare»[108], e la pirateria era considerata onorevole. I pirati erano anche coloro che turbavano l'ordine pubblico, incarnando l'idea della incapacità di rapportarsi agli altri, idea che fu poi formalizzata nel diritto romano[109]. Rappresentavano un gruppo di individui con un comportamento irrispettoso della comunità, tant'è che anche gli stampatori abusivi spesso venivano definiti "briganti". La concezione di un'appropriazione indebita di un'opera nella sua essenza intellettuale, come illustrato a inizio capitolo, è sempre esistita, pur non riconoscendo, la società, uno specifico istituto e concetto posto a tutela della proprietà intellettuale.

Tale concetto acquisisce una prima definizione all'epoca della Riforma e della Rivoluzione scientifica, in un'Europa dominata da diatribe religiose e politiche. In particolare acquisisce rilevanza in seguito all'invenzione della stampa, che pose problemi non solo politico-istituzionali, ma anche economici e tecnici. Attorno ad essa si svilupparono organizzazioni, il cui compito consisteva anche nella tutela del patrimonio loro affidato. Quello che tuttavia sembrò rappresentare un'enorme potenzialità (il libro) fu però confinato nelle limitazioni che le stesse organizzazioni imponevano (si pensi ad esempio ai sistemi di registri all'interno dei quali occorreva registrare l'opera). Gli attriti tra stampatori e monarchia, e tra stampatori stessi videro il loro culmine durante il diciassettesimo secolo, nel contesto caotico di guerre civili che conobbe l'Inghilterra del tempo.

In particolare nella lotta tra corporazione e monarchia, da una parte si schierò chi riteneva che la prima rivendicasse una proprietà che non competeva alla corona, dall'altra chi vedeva in tale affermazione un principio contrario al potere monarchico. In un clima di anarchia, pirata era chi sfidava la pretesa del sovrano di concedere patenti di esclusiva. Alcuni degli autori più conosciuti oggi (come Newton o Voltaire) sfruttarono la riproduzione non autorizzata per prodigarsi nell'argomentazione di tesi audaci, per poi disconoscerle in caso di problemi. Due forze dunque si contrapponevano: la protezione alle opere dell'ingegno, per agevolare e accrescere il mercato, dall'altra una limitazione a tale protezione per favorire la

---

[108] A. JOHNS, *Pirateria. Storia della proprietà intellettuale da Gutemberg a Google*, cit., 54.

[109] Sotto l'impero di Giustiniano le legge considerava i pirati *humani generis hostes*, ossia nemici del genere umano. v. Digesto, XLIX, 15, 24.

conoscenza. Infatti la pirateria non rappresentò solo un male: fu un modo veloce ed efficiente per diffondere le conoscenze che alimentarono l'Illuminismo. Accompagnato a ciò la battaglia alla pirateria veniva portata avanti dai privati. Tale tendenza raggiunse il culmine quando si cedette all'idea che all'interno delle mura domestiche le regole sulla proprietà intellettuale poco valevano (si pensi alla pirateria degli spartiti che esplose nel corso del Novecento grazie alla fotolitografia e alla passione pianistica dell'età vittoriana). Questo spinse verso l'adozione di misure sempre più repressive, portando a una rimessione della tutela in mano a privati e a forme illecite di vigilanza: lo stesso avvenne quando la radio si diffuse nelle case e con essa le registrazioni musicali abusive; la polizia arrivò perfino a fare irruzione nelle case dei privati, per poi essere bloccata dalla normativa sulla *privacy*.
Ma come detto, la pirateria odierna è tutt'altra cosa: può essere definita "pirateria digitale". Quando la tecnologia entrò nelle case della popolazione il problema sembrò riportarci a quegli anni di stampe abusive incontrollate e incontrollabili. Oggi il problema sembra più diffuso e dannoso di quanto in realtà non fosse in passato, ma è una falsa percezione: l'attuale situazione non è imputabile ai soli cambiamenti tecnologici, ma si tratta di una costante presente nei vari processi di modernizzazione.

### 1.6.1 La pirateria digitale

Quando i *personal computer* hanno fatto il loro ingresso sul mercato alla fine degli anni '70, la nozione di *software* aveva solo pochi anni.
Prima dell'arrivo dei *personal computer*, un'altra forma di pirateria ha svolto un ruolo importante nella società. Il *bootlegging* dei dischi era all'ordine del giorno, anche se non nella stessa misura di oggi. I *bootleg* erano principalmente *compilation* di materiale inedito e registrazioni dal vivo.
L'arrivo del registratore a cassette è stato un altro grande salto verso la pirateria diffusa. La musica poteva così essere facilmente copiata e distribuita nel comodo (per i tempi) e piccolo formato della cassetta. Molti dei primi *personal computer* usavano anche cassette come dispositivi di memoria, come il Commodore64, Amstrad e il Commodore Vic20.
Il successivo dispositivo di archiviazione fu il *floppy disc*, che inizialmente poteva contenere solo circa 170 KB di dati ma con il passare del tempo la capacità di memoria crebbe fino a 1,44 MB. A ciò si affiancò una nuova generazione di *personal computer*. Il più popolare era l'Amiga500. Durante questo periodo esplose l'utilizzo dei BBS (*Bullettin Board Systems*) per

scambiare *software*, generalmente piratati. Il tutto avveniva sotto un alone di comune accettazione tra i vari soggetti. Nel frattempo l'industria aveva rilasciato i CD, che presentavano una qualità audio superiore rispetto ai nastri delle cassette. I CD erano difficilmente copiabili e raramente si riusciva ad acquistare un masterizzatore perché all'epoca molto costoso.
A metà degli anni '90 iniziarono a comparire masterizzatori CD per uso domestico e un'altra rivoluzione pirata iniziò. Internet nel frattempo cominciava a farsi strada nelle case delle persone: i BBS che in precedenza avevano rappresentato i luoghi di incontro per lo scambio di materiale protetto (ma non solo) avevano cominciato a vedere i propri frequentatori trasferirsi su Internet. La pirateria in questo contesto rappresentava un elemento diffuso e comune, pacificamente accettato tra i vari cittadini. L'evento che mutò radicalmente tale assetto fu l'uscita di *Napster*, un programma scritto da uno studente, Shawn Fanning, che consentiva la condivisione di brani musicali tra i vari utenti.
Napster spianò la strada a numerosi cloni e a *software* di condivisione di *file* analoghi se non più sofisticati, identificati con il nome di *Peer-to-peer*. Il loro funzionamento prevedeva lo scambio di materiale tra gli utenti in un sistema decentralizzato, non depositando nulla di illegale sul *server* centralizzato.
Durante gli anni '80 e l'inizio degli anni '90 l'obiettivo principale fu quello di prevenire la pirateria. Alcuni *software* avevano su inciso lo *slogan* "La pirateria è furto", scritto con forme di teschi e ossa incrociate. Alcune agenzie antipirateria inserivano un piccolo opuscolo all'interno delle confezioni dei vari prodotti volto ad informare le persone sulla possibile sanzione in caso di copia illegale di *software*.
Il lancio di *Napster* nel 1999 viene da molti considerato come l'evento che diede avvio alla condivisione non autorizzata di materiale *online*. Dopo la sua chiusura nel 2001, Napster è stato sostituito da molte piattaforme tecnicamente più raffinate e da protocolli di *file-sharing* come Morpheus, Gnutella, LimeWire, eMule e BitTorrent. Tali programmi in genere non memorizzano contenuti protetti da *copyright* su un *server* centralizzato ma facilitano lo scambio diretto *peer-to-peer* ("p2p") tra utenti (*peer*), evitando problemi di responsabilità. Questo scambio è iniziato con la musica, ma con l'aumento della larghezza di banda di Internet fu esteso anche a film, serie e giochi.
Altre tecnologie, note come *cyberlocker*, come Megaupload (succeduto a Mega) e Rapidshare, fanno uso del *cloud storage*, luoghi lontani dalla portata del *copyright*. La riproduzione e diffusione illegale di materiale protetto si è poi estesa allo *streaming*, consentendo agli utenti di accedervi senza dover necessariamente scaricare il contenuto.

### 1.6.2 *Napster*

Nel dicembre 1999 la Record Industry Association of America, associazione di produttori discografici statunitensi, citò in giudizio *Napster* per violazione dei diritti di *copyright*, a cui fece immediatamente seguito la citazione del gruppo Metallica, che accusava *Napster* di aver diffuso *Disappear* addirittura prima del lancio ufficiale[110]. In particolare le maggiori case discografiche contestarono a Napster la distribuzione su larga scala della loro musica gratuitamente e la citarono in giudizio per *direct, contributory,* e *vicarious infringement* del *copyright*.
La Corte si pronunciò contro Napster. Il primo problema affrontato fu il "*fair use*". Al fine di determinare se può esservi *fair use* la corte doveva valutare quattro fattori:

- lo scopo e il carattere dell'uso, incluso se tale uso è di natura commerciale o ha scopi educativi senza fini di lucro;
- la natura del lavoro protetto da *copyright*;
- la quantità e la qualità della porzione utilizzata in relazione all'opera protetta da *copyright* nel suo insieme; e
- l'effetto dell'uso sul mercato potenziale o sul valore dell'opera protetta da *copyright*.

Nel caso di Napster, la piattaforma consentiva copie innumerevoli e ripetute, che integravano il primo fattore, anche se non si aveva a che fare con delle vendite. Inoltre, le canzoni venivano riprodotte nella loro interezza, integrando il secondo e il terzo punto. Infine, è stato riscontrato che l'effetto dei *download* aveva danneggiato le possibili vendite dei titolari dei diritti, questione finale che escluse il *fair use*.
Per quanto riguarda la *contributory liability*, Napster era a conoscenza dell'infrazione diffusa che il suo sistema consentiva e i suoi controlli erano molto ridotti. La corte ha riscontrato che la mancanza di sforzi da parte di Napster per ridurre le infrazioni, unita al fatto che la società ne ha beneficiato finanziariamente, ha aggravato la posizione di Napster anche con riferimento alla *vicarious liability*.
Napster ha chiuso la propria rete nel luglio 2001 in seguito all'intervenuta ingiunzione. Due mesi dopo, Napster accettò di pagare un accordo per 26 milioni di dollari ai detentori del *copyright* e alla fine fu venduta a *Bertelsmann*, una società tedesca, per 85 milioni di dollari.

## 1.7 L'attuale panorama normativo e la sfida del digitale

[110] *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (2001).

### 1.7.1 Il contesto italiano

La prima legge post-unitaria italiana in materia di diritto d'autore fu la Legge 2 aprile 1865, n. 2215[111] intitolata "Legge sui diritti spettanti agli autori delle opere dell'ingegno", corredata dalla celebre relazione di Scajola. Subito fece seguito, col medesimo titolo, la Legge 25 giugno 1865, n. 2337 sui diritti spettanti agli autori delle opere dell'ingegno, che andò in particolare a modificare il limite temporale per il godimento dei diritti patrimoniali, il quale venne esteso a tutta la vita dell'autore, e sostituì il termine proprietà letteraria e artistica con "diritto d'autore".

Venne quasi contestualmente emanato il R.D. 25 giugno 1865, n. 2358 per l'approvazione del Codice Civile, che prenderà a modello il Codice Civile francese. La particolarità del codice è rappresentata dall'inserimento di una disposizione concernente le opere dell'ingegno[112] all'interno del Libro II (Dei beni, della proprietà e delle sue modificazioni), subito dopo l'art. 436, che definisce il diritto di proprietà[113]. Con il Decreto 19 settembre 1882 n. 1012 e Regolamento con medesima data si accorpò in un Testo unico la relativa normativa, prevedendo all'art. 1 che «gli autori delle opere dell'ingegno hanno il diritto esclusivo di pubblicarle e quello di riprodurle e di spacciarne le riproduzioni», contemplando tuttavia il previo deposito, ai fini dell'esercizio del diritto, delle opere. Eventuali trasgressioni erano sanzionate con la multa.

Pochi anni più tardi venne alla luce la Convenzione di Berna, che entrò in vigore il 5 dicembre 1887. Per l'adeguamento della normativa interna fu dunque emanato il R.D. Legge 7 novembre 1925, n. 1950, convertito poi in legge n. 562/1926. Con questa norma si sostituì il "diritto di proprietà sulle produzioni dell'ingegno" con il concetto di "diritto d'autore"[114]. Ancora non si trovava menzione del diritto morale, tuttavia cominciavano ad essere introdotti il diritto al nome, all'immagine e sulla corrispondenza. Inoltre nell'art. 15 vi è un espresso riferimento alle "ragioni morali" dell'autore.

La ratifica della Convenzione di Roma che innovò la Convenzione di Berna comportò la

---

[111] Legge 2 aprile 1865, n. 2215 per l'unificazione legislativa del Regno d'Italia, allegato G: Legge per la proprietà letteraria ed artistica, in Gazzetta ufficiale del Regno d'Italia, n. 80, 3 aprile 1865. La legge fu oggetto di numerose critiche, con particolare riferimento alla durata (ritenuta non sufficiente) dei diritti patrimoniali.

[112] Mi riferisco all'art. 437: le produzioni dell'ingegno appartengono ai loro autori secondo le norme stabilite da leggi speciali.

[113] Estranea era invece la norma al Libro I, sui diritti Delle persone.

[114] v. artt. 12, 13, 14 ss. R.D. 1950/1925.

revisione della normativa interna: il risultato fu la Legge 22 aprile 1941, n. 633, anticipando la promulgazione del codice civile fascista del 1942. La legge, modificata nel corso del tempo, rappresenta tutt'ora la normativa nazionale di riferimento.

### 1.7.2 La normativa internazionale

Con riguardo al panorama internazionale contemporaneo, una sempre maggiore attenzione è stata posta sul tema della proprietà intellettuale, che sfociò in una serie di trattati internazionali, a partire dalla Convenzione di Berna[115], fonte più antica di diritto internazionale in questo ambito. Una particolarità fu l'iniziale rifiuto degli Stati Uniti di unirsi alla Convenzione, dovuto soprattutto all'impianto tipico statunitense particolarmente diverso in tema di diritti morali e acquisto del diritto. Solo nel 1989 essi aderirono alla Convenzione. Tale atto nasceva con lo scopo di addivenire a una disciplina uniforme.

Tra gli altri atti internazionali più rilevanti si ricordano:

a) la *Convenzione Universale per il diritto d'autore*, siglata a Ginevra nel 1952 e poi riveduta a Parigi il 24 luglio 1971 (ratificata in Italia con la Legge 16 maggio 1977, n. 306)
b) il *Wipo Copyright Treaty* (WCT) e il *WIPO Performances and Phonograms Treaty* (WPPT), adottati nel dicembre 1996
c) *The Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPs) promosso dalla WTO e adottato a Marrakech 15 aprile 1994 (ratificato dall'Italia con legge 29 dicembre 1994, n. 747)
d) la *Convenzione di Roma* relativa alla protezione degli artisti interpreti o esecutori, dei produttori di fonogrammi e degli organismi di radiodiffusione del 26 ottobre 1961 (ratificata in Italia con la Legge 22 novembre 1973, n. 866)
e) la *Convenzione per la protezione dei produttori di fonogrammi contro la riproduzione non autorizzata dei loro fonogrammi* del 29 ottobre 1971 (ratificata in Italia con la Legge 5 maggio 1976, n. 404).

In ambito europeo la prima direttiva risale al 1986[116], fecero seguito, anche sulla scia delle innovazioni tecnologiche, le direttive 91/250/CEE in materia di tutela giuridica del *software*

---

[115] *Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche* del 9 settembre 1886, completata a Parigi il 4 maggio 1896, riveduta a Berlino il 13 novembre 1908, completata a Berna il 20 marzo 1914 e riveduta a Roma il 2 giugno 1928, a Bruxelles il 26 giugno 1948, a Stoccolma il 14 luglio 1967 e a Parigi il 24 luglio 1971, recepita in Italia con la l. 399/1978.

[116] Direttiva n. 87/54/CE del 16/12/1986, concernente la tutela giuridica delle topografie dei prodotti a semiconduttori.

e 92/100/CEE concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto di autore in materia di proprietà intellettuale.
Nel 1993 furono adottate le direttive 1993/83/CE sulla diffusione via satellite e via cavo e 1993/98/CE sull'armonizzazione della durata di protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi. Si ricorda inoltre la direttiva 96/9/CE sulle banche dati che prevedeva una tutela basata in parte sul diritto d'autore e in parte una tutela *sui generis*.
Sempre sulla scorta dell'incessante progresso tecnologico, vennero emanate:

a) la Direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione
b) la Direttiva 2001/31/CE sul commercio elettronico
c) la Direttiva 2004/48/CE (IPRED – Intellectual Property Rights *Enforcement* Directive) concernente gli aspetti processuali
d) la Direttiva 2009/24/CE relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore.

Delle normative su citate, nei capitoli successivi verranno approfondite quelle legate al tema oggetto della presente trattazione.

### 1.7.3 L'era digitale e la crisi del diritto d'autore

Come accennato precedentemente l'evoluzione del diritto d'autore fu scandita da eventi particolarmente incisivi quali la nascita della stampa a caratteri mobili, che diede nuova vita e consistenza al concetto di proprietà intellettuale nelle evoluzioni storiche che seguirono. Questa consentì una più agevole circolazione delle copie di opere e una concentrazione di tutele e attenzioni giuridiche su chi di questo settore si occupava, ossia gli editori.
Un ulteriore evento poi segnò ancor più profondamente il destino e le caratteristiche di detto diritto, evento rappresentato dall'avvento della tecnologia digitale. Con l'avvento dell'era digitale il sistema del diritto d'autore entra in crisi, e diversi sono i motivi. Ne verranno citati alcuni, che si possono individuare come tra i più significativi e destabilizzanti la struttura del sistema "classico" di *copyright*[117].
La prima, apparentemente incontrastabile, novità che ha comportato l'avvento dell'era digitale è la possibilità di riprodurre e diffondere informazioni (e dunque anche opere autorali)

[117] Per un maggiore approfondimento v. P. SAMUELSON, *Digital media and the law*, Communications of the ACM Oct. 1991; disponibile *online* in versione originale inglese su http://archive.ifla.org/documents/infopol/*copyright*/samp4.txt; traduzione italiana disponibile in R. V. SCELSI, *No copyright. Nuovi diritti nel 2000*, Shake Underground, 1994; v. inoltre N. LUCCHI, *I contenuti digitali. Tecnologie, diritti e libertà*, Milano, 2010, 12-14.

a costi prossimi allo zero. Le colonne portanti del sistema classico del diritto d'autore erano la copia mediante procedimenti industriali e la massiva distribuzione deputata a poche entità centralizzate e facilmente controllabili. Anche quando l'analogico consentì una maggiore possibilità di copia, comunque quest'ultima si presentava imperfetta. Entrambe queste caratteristiche sono state spazzate via dai dispositivi digitali che consentono la copia perfetta in quantità innumerevoli e in tempi ridottissimi, nonché l'avvento della connessione a banda larga che ne facilita la diffusione.

La seconda grande novità è data dall'inevitabile apertura verso più possibilità: la disponibilità di maggiori mezzi tecnologici per un numero sempre più ampio di persone amplia il ventaglio dei soggetti che possono produrre opere dell'ingegno, oltre che delle opere dell'ingegno stesse. Sempre più autori e sempre più modalità di espressione artistica. Da ciò si evince chiaramente una marcata tendenza ipertrofica del diritto d'autore che ha accompagnato questo fenomeno, teso a inglobare la quasi totalità delle creazioni ricollegabili all'ingegno umano (e non solo?[118]). Come dunque distinguere ciò che è tutelato e ciò che non lo è, fermo restando la natura di "accertamento necessariamente *ex post*" del diritto d'autore, il quale non contempla possibilità di riconoscimento di tutela *ex ante* ma solo nella fase patologica della sua esistenza. Cambia, insomma, il modo di fare creatività e comunicazione.

Ulteriore caratteristica è data dalla digitalizzazione di oggetti prima esclusivamente fisici: si assiste a un mutamento di panorama che rende evanescenti le cose fisiche, facilmente accessibili quelle digitali e difficilmente controllabili le diffusioni di queste in un contesto pressoché infinito quale quello della rete. Corollario evidente è la tutelabilità di forme creative prive di supporti fisici che (se pur non esistendo nel nostro ordinamento il requisito della *fixation*) trovavano nella fisicità una più facile via di accesso alla tutela. L'evanescenza del digitale lo rende sicuramente veloce e fungibile, ma anche incontrastato e incontrollabile.

Corollario di quanto detto è che proprio il problema del controllo delle informazioni che circolano su internet ha sollevato questioni di importanza costituzionale affini ma autonome rispetto al diritto d'autore, quali ad esempio la libertà di espressione e la riservatezza, richiedendo un'attenta analisi e un delicato bilanciamento tra queste posizioni.

Inoltre la malleabilità dei mezzi digitali e l'omogeneizzazione tra opere di natura diversa

[118] Si consideri ad esempio la c.d. arte algoritmica (*The next Rembrandt*, *Recognition*, *The Painting Fool*, *Deep mind* ecc.).

agevolano ogni intervento e utilizzo del singolo utente: i contenuti digitali sono facilmente modificabili e convertibili in più formati, tali da poter essere utilizzati, diffusi, modificati ovunque e in ogni forma compatibile con il mondo digitale, rendendo difficile scorgere il confine ove finisce l'ispirazione e comincia il plagio/contraffazione. La compattezza del materiale digitale consente poi la memorizzazione di un numero elevato di informazioni, nonché la facile portabilità e immediato accesso mediante plurimi e diversi *devices*.

In ultima battuta un fisiologico problema (squisitamente tale solo per i giuristi) insito nell'evoluzione a cui stiamo assistendo: le tecnologie e il progresso si accompagnano e a loro volta stimolano un aumento del progresso che si presenta come esponenziale. Resta fermo dunque l'interrogativo (la cui risposta sembra in realtà pacificamente conosciuta) circa la capacità del diritto di correrví a pari passo. Viste le lungaggini che tendono caratterizzare le macchine legislative dei moderni stati, sembra assai difficile immaginare una realtà in cui il diritto si evolve alla stessa velocità delle innovazioni tecnologiche, in grado di disciplinare prontamente le novità presentate dal mondo tecnologico e i nuovi problemi che questo pone. E ammettendo anche la realizzazione di quella che in realtà è chiaramente un'utopia, sarebbe davvero soddisfacente tale tipo di approccio? Avrebbe senso disciplinare puntualmente ciascun panorama in un contesto in cui è la diversificazione degli strumenti a regnare? Inquadrare un dato strumento entro una normazione rischierebbe di irrigidire inutilmente il sistema, dimenticando e lasciando indietro altre realtà nel frattempo emerse. L'unica soluzione sembra dunque pensare a un approccio più generico che tuttavia, inevitabilmente, porta con sé numerose incertezze.

La *ratio* alla base della concezione classica del diritto d'autore si proponeva la tutela e lo scopo di incentivare il progresso, tuttavia la costante espansione dell'oggetto della tutela nonché del limite temporale dei diritti economici facenti capo agli autori (o aventi diritto) sembrano confliggere proprio con questo fine. Lo scopo sembra essere mutato: dalla tutela del progresso alla conservazione del pregresso, camminando avanti ma con lo sguardo indietro, percependo un chiaro rifiuto della sottomissione del diritto alla realtà di fatto.

Così Lawrence Lessig: «La portata del *copyright* americano è mutata in modo drammatico. [...] Nel 1790 quella portata era assai ridotta. Il *copyright* copriva soltanto mappe, diagrammi e libri. [...] Oggi i limiti del *copyright* sono estremamente difficili da descrivere con chiarezza; in termini generali il diritto copre praticamente qualsiasi opera creativa a cui venga data una

forma tangibile»[119].

Questo modo di porsi fa trasparire in maniera sempre più evidente un sistema ormai obsoleto: l'avvento di Internet e delle tecnologie digitali non riescono ad aderire a un contesto normativo nato sostanzialmente nel corso del XVIII e XIX secolo, epoche ignare delle tecnologie digitali e delle loro possibilità.

L'entità del cambiamento è tale da rendere insidioso persino un adattamento di tale normativa: anche questo sembra rivelarsi impresa assai ardua, dovendo comportare lo sradicamento pressoché totale dell'istituto in esame, tale da consentirgli di salvare solo il nome.

Queste nuove difficoltà riaccendono una discussione mai veramente sopita, questionando non solo la struttura di questo diritto ma addirittura la sua stessa permanenza nell'alveo delle situazioni considerate tutelabili dall'ordinamento.

### 1.7.4 Le risposte sociali e giuridiche

Volto lo sguardo velocemente a quello che si presenta come il panorama attuale, occorre ora indagare le risposte e le soluzioni via via date dal legislatore e dalla società.

Prima indefettibile premessa: l'istituto di cui si scrive rappresenta uno dei pochi casi in cui norma giuridica e norma sociale si manifestano palesemente come ai poli opposti. La norma giuridica avanza su mezzi datati, ferma nella sua volontà di repressione ed estensione schizofrenica della tutela; la norma sociale si muove in segno diametralmente opposto: la maggioranza della popolazione rifiuta (tendenzialmente) il diritto d'autore e propende per una generale libertà di utilizzo delle informazioni. Questa tendenza di pensiero è accompagnata da comportamenti che ne danno seguito, con scarsa o nulla percezione del disvalore causato e dell'illiceità della condotta.

Una iniziale risposta fu di stampo prettamente tecnologico: si sfruttò l'affiancamento della tecnologia quale ausiliario volto a tutelare il diritto, riconoscendola come strumento ben più efficiente del diritto stesso. Se infatti il diritto non era in grado di proteggere le opere creative dalla tecnologia invasiva, lo poteva fare la tecnologia stessa. Si ricorse a vari meccanismi tecnologici (misure tecnologiche di protezione[120]) per impedire la copia e diffusione di materiale protetto. Tuttavia non sempre questi si rivelano efficaci, essendo la tecnologia in continua evoluzione: essa corre più veloce del diritto e di se stessa, per cui alla prima solu-

---

[119] L. LESSIG, *Cultura libera. Un equilibrio fra anarchia e controllo, contro l'estremismo della proprietà intellettuale*, Milano, 2005.

[120] Artt. 102-*quater* e 102-*quinquies* L. 633/1941.

zione giuridica o tecnologica trovata sono già presenti numerosi metodi di elusione in continua evoluzione.

Una risposta sociale largamente diffusa invece è stata e tutt'ora è quella del rifiuto: movimenti anarchici e di opposizione al diritto d'autore si riscontrano ovunque. A questi movimenti apertamente contrari a questo istituto si affianca il comportamento del consumatore/utente, insensibile alla questione e restio a riconoscere valori e significato nel diritto d'autore.

Una seconda risposta, con obiettivo comune alla prima, procede invece utilizzando il diritto d'autore stesso (e dunque non rifiutandolo) per raggiungere però un fine liberatorio dei contenuti[121].

La più rilevante delle risposte sociali è però data dall'andamento del mercato: la rete e la facilità di accesso e condivisione di contenuti ha consentito la nascita di "aggregatori e distributori" di massive quantità di informazioni, ossia le piattaforme. Queste traggono profitto soprattutto attraverso i contenuti caricati dagli utenti, accordi e pubblicità.

Gli *Internet Service Provider* sono oggetto di numerosi dibattiti che vedono da una parte chi spinge affinché questi rendano disponibili informazioni sugli utenti che gestiscono, e chi dall'altra invoca libertà di espressione e diritto alla riservatezza come impedimento a queste richieste: «Reti come il world wide *web* sono dette "reti a invarianza di scala" perché il numero dei nodi fortemente connessi rimane costante e relativamente piccolo rispetto al numero di nodi complessivo. Questo significa che nonostante la rapida diffusione di Internet, nonostante la facilità con cui ogni nuovo utente può diventare fornitore di contenuti e nonostante le caratteristiche tecniche di cui si è parlato e che garantiscono la possibilità di una comunicazione orizzontale, democratica e "da molti a molti", i nodi realmente importanti, quelli che vengono effettivamente visitati da milioni di persone e che rappresentano i crocevia dei flussi comunicativi in rete sono pochissimi. Questi nodi assumono valore strategico perché si pongono come nuove interfacce, o meglio come nuovi intermediari di informazione e conoscenza [...]. Un caso esemplare è rappresentato dai motori di ricerca»[122].

Questo mondo di *bit* sembra terreno di battaglia tra i pochi e i molti, e tra i pochi fra loro: i pochi che danno accesso alle informazioni e ne gestiscono i contenuti (direttamente o indirettamente), i pochi, ossia le *lobby*, che sembrano invocare ad alta voce una giustizia che in

---

[121] Si pensi al modello di gestione dei diritti d'autore conosciuto come *copyleft*, basato su licenze che consentono agli utilizzatori dell'opera di utilizzarla, diffonderla e modificarla, rispettando alcune condizioni. Sul punto v. S. ALIPRANDI, *Copyleft & opencontent. L'altra faccia del copyright*, Lodi, 2005 e L. PACCAGNELLA, *Open access. Conoscenza aperta e società dell'informazione*, Bologna, 2010.

[122] L. PACCAGNELLA, *Open access. Conoscenza aperta e società dell'informazione*, cit., 166.

realtà maschera di fatto un sistema volto a conservare un lucro fine alla minoranza della popolazione, e i molti, gli utenti, che si avvalgono dei primi e si piegano ai secondi.
Questa tendenza, che è esplosa in particolare nell'ultimo decennio, quindi dopo i più importanti interventi legislativi a livello comunitario, ha costretto il legislatore europeo ad affrontare l'annosa questione della tutela del diritto d'autore nel mercato unico digitale. L'approdo di tale iter decisorio è oggetto dell'analisi della presente trattazione, la quale intende focalizzarsi proprio sulla responsabilità degli ISP alla luce delle scelte normative effettuate.

## 1.8 Rivoluzione o conservazione? La direttiva 790/2019

### 1.8.1 Un'Europa divisa

Il 9 dicembre 2015, con la Comunicazione della commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni intitolata *Verso un quadro normativo moderno e più europeo sul diritto d'autore*[123], prende avvio quello che rappresenterà un iter procedimentale destinato a divenire oggetto di lungo e acceso dibattito, capace di coinvolgere l'opinione pubblica nonché molti operatori del mondo del lavoro e del sistema digitale. Con tale comunicazione la Commissione espresse la necessità di «adeguare le norme UE in materia di diritto d'autore affinché tutti gli operatori presenti sul mercato e tutti i cittadini possano cogliere le opportunità offerte da questo nuovo ambiente. È necessario un quadro più europeo per superare la frammentazione e gli attriti in un mercato unico pienamente funzionante»[124].
Gli obiettivi principali sono individuati nella disponibilità di contenuti creativi in tutta l'Unione, nonché nella previsione di un efficace e alto livello di protezione ai titolari dei diritti, in equilibrio con altri interessi pubblici. Il diritto d'autore, infatti, è mosso dalla necessità di ricompensare gli autori nonché perseguire e incentivare il progresso (di fatto, uno solo dei due verrà perseguito, ma di questo si discuterà nel dettaglio nei capitoli che seguono).

---

[123] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Verso un quadro normativo moderno e più europeo sul diritto d'autore*, 9 dicembre 2015, COM (2015) 626 final, disponibile al *link* «http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/IT/1-2015-626-IT-F1-1.PDF».
[124] Comunicazione della commissione al parlamento europeo, al consiglio, al comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni *Verso un quadro normativo moderno e più europeo sul diritto d'autore* del 9 dicembre 2015, cit.

Il 14 settembre 2016 prese avvio la proposta di direttiva[125], sottoposta alla procedura ordinaria la quale prevede l'adozione da parte del Consiglio dell'Unione Europea e del Parlamento europeo. Venne inizialmente approvata dal Consiglio il 25 maggio 2018. Un testo diverso è stato poi approvato dalla Commissione giuridica del Parlamento europeo il 20 giugno del medesimo anno.

Il mandato negoziale fu tuttavia bloccato dal Parlamento europeo, che il 5 luglio 2018 vide esprimersi 318 voti contrari, 278 favorevoli e 31 astenuti, con un totale di 627 votanti[126]. Per quanto concerne lo stato italiano, la maggioranza si espresse in senso contrario (32 contrari contro i 23 a favore). Si espressero a favore: Alternativa Popolare (1), Conservatori e Riformisti (1), Forza Italia (6), Partito Democratico (15); e contro: Articolo UNO – Movimento Democratico e Progressista (3), non iscritti (3), Lega Nord (5), Movimento 5 Stelle (12), Sinistra Italiana (1), Südtiroler Volkspartei (1), Partito Democratico (7).

Il 12 settembre lo stesso Parlamento arrivò all'approvazione di una versione del testo presentante 45 emendamenti, con 438 voti a favore, 226 contrari e 39 astenuti[127]. Con riferimento agli europarlamentari italiani, si assistette a un numero di 38 votanti a favore, 22 contrari e 3 astenuti. Si espressero totalmente a favore, tra gli eurodeputati italiani, Articolo UNO – Movimento Democratico e Progressista (3), Conservatori e Riformisti (2), Forza Italia (9), Fratelli d' Italia (2), e totalmente contro Lega Nord (4), Lista Tsipras-L'Altra Europa (1), Movimento 5 Stelle (12), mentre il Partito Democratico vide 19 favorevoli e un contrario. In particolare, per quanto concerne i due articoli più dibattuti della direttiva, si era raggiunto il risultato di 366 favorevoli e 27 contrari per l'art. 11 (ora art. 15), e 393 favorevoli e 279 contrari per l'articolo 13 (ora art. 17)[128].

Il trilogo previsto per il 21 gennaio 2019 saltò a causa della minoranza di blocco creata da undici nazioni contrarie alla direttiva[129].

---

125 Commissione europea, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market*, 14 settembre 2016, su eur-lex.europa.eu.

126 Più precisamente, votarono contro: la maggioranza dell'ALDE (36 contrari su 62 votanti), dell'ECR (43 contrari su 62 votanti), l'EFDD (29 contrari su 32 votanti), i Verdi (40 contrari su 46 votanti), GUE-NGL (37 contrari su 42 votanti), NI (13 contrari su 16 votanti), mentre si notò una scarsa coesione in S&D (80 voti a favore e 82 voti contrari) e ENF (14 voti a favore e 14 contrari); l'EPP invece spiccò con una netta maggioranza dei voti a favore (129, contro i 24 contrari).

127 I partiti europei espressero i seguenti voti: ALDE (36 f, 23 c), ECR (31 f, 38 c), EFDD (4 f, 32 c), ENF (15 f, 15 c), EPP (193 f, 10 c), GREENS/EFA (9 f, 36 c), GUE-NGL (7 f, 33 c), NI (4 f, 13 c), S&D (139 f, 26 c).

128 Si anticipa l'oggetto degli articoli più discussi: l'art. 11 disciplina il rapporto tra editori e prestatori di servizi della società dell'informazione che diffondono *online* in tutto o in parte i loro contenuti. Si prevede un neo diritto a tutela a tutela dell'utilizzo *online* delle pubblicazioni stampa. L'art. 13 rivede la responsabilità degli ISP che danno accesso a grandi quantità di opere e materiale caricato dagli utenti.

129 Pare che alcune delegazioni fossero favorevoli a introdurre un nuovo diritto in capo agli editori (Italia,

L'8 febbraio 2019 il COREPER ha conferito alla Presidenza rumena un nuovo mandato negoziale per il prosieguo dei negoziati di trilogo. Il testo, basato su un accordo franco-tedesco, non è tuttavia stato accolto favorevolmente dall'Italia e da altri paesi (Polonia, Paesi Bassi, Lussemburgo, Malta, Slovacchia, Svezia e Finlandia).

Il nuovo trilogo si concluse con esito positivo il 13 febbraio, con l'approvazione di un testo di compromesso avvenuta il giorno successivo. Il 26 febbraio la Commissione giuridica del Parlamento europeo, con 16 voti a favore e 9 contrari (tra cui vi è anche l'Italia) è arrivata all'approvazione del testo.

Il 26 marzo 2019 il Parlamento ha approvato a sua volta la proposta di direttiva con 348 voti favorevoli, 274 contrari e 36 astenuti[130]; ben 37 eurodeputati italiani appoggiarono la proposta (rispettivamente: 3 di Articolo UNO – Movimento Democratico e Progressista, 2 di Conservatori e Riformisti, 8 di Forza Italia, 2 di Fratelli d' Italia, 1 di Indipendenti e 21 del Partito Democratico), contro 27 voti contrari espressi perlopiù da Movimento 5 stelle e Lega Nord. «Questo accordo è un passo importante per correggere una situazione che ha permesso a poche aziende di guadagnare ingenti somme di denaro senza remunerare adeguatamente le migliaia di creativi e giornalisti da cui dipendono»[131] ha dichiarato il relatore Axel Voss (EPP, DE); secondo il Presidente del Parlamento europeo Antonio Tajani «Il Parlamento ha scelto di mettere fine all'attuale far-west digitale, stabilendo regole moderne e al passo con lo sviluppo delle tecnologie. Queste regole permetteranno di proteggere efficacemente i nostri autori, giornalisti, designer, e tutti gli artisti europei, dai musicisti ai commediografi, dagli scrittori agli stilisti»[132]. Non mancarono tuttavia critiche circa rischi di censura e impatti negativi sull'economia creativa e digitale.

A tale passaggio fece seguito il definitivo via libero del Consiglio il 15 aprile[133].

La nuova direttiva è stata pubblicata sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea del 17

---

Francia, Spagna, Portogallo, Germania, Malta, Cipro, Danimarca e Regno unito), mentre altre no (Paesi Bassi, Belgio, Lussemburgo, Finlandia, Polonia, Repubblica ceca, Finlandia, Polonia, Slovacchia, Lituania, Lettonia, Ungheria, Romania, Croazia). Anche sull'art. 13 si sono presentate opposizioni, tra cui quella italiana.

130 *Provisional agreement, amendment 271*. I voti espressi: ALDE (36 a favore, 25 contro), ECR (23 a favore, 42 contro), EFDD (6 a favore, 28 contro), ENF (15 a favore, 14 contro), EPP (153 a favore, 28 contro), Greens/EFA (4 a favore, 39 contro), GUE-NGL (5 a favore, 36 contro), NI (7 a favore, 8 contro), S&D (99 a favore, 54 contro).

131 Comunicato stampa del 23/03/2019, «http://www.europarl.europa.eu/news/it/press-room/20190321IPR32110/approvate-le-nuove-regole-sul-diritto-d-autore-online».

132 Redazione ANSA, 27/03/2019, *L'Eurocamera approva la riforma sul copyright*, «www.ansa.it/europa/notizie/europarlamento/news/2019/03/26/leurocamera-approva-la-riforma-sul-copyright_f5f40a60-c260-44f9-b66c-a37460f087ab.html».

133 Il comunicato stampa del Parlamento Europeo relativo all'approvazione della direttiva è visionabile al *link* www.europarl.europa.eu/news/it/press-room/20190321IPR32110/approvate-le-nuove-regole-sul-diritto-d-autore-online.

maggio. La direttiva entra in vigore il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione[134], dunque la direttiva 790/2019 è in vigore dal 7 giugno 2019. Da tale data essa dovrà essere recepita entro due anni. In base alla disposizione transitoria[135], è concesso un ulteriore anno per assoggettare all'obbligo di trasparenza di cui all'art. 19 della medesima direttiva i relativi accordi di trasferimento dei diritti o di licenza.

1.8.2 I contenuti più controversi della riforma sul diritto d'autore

Presentato così brevemente il travagliato *iter* legislativo che ha portato a una combattuta (e forse apparente) vittoria per l'approvazione dell'agognata riforma, occorre introdurre all'oggetto della tanto accesa discussione, il quale verrà poi approfondito, nei suoi tratti più salienti, nei capitoli successivi. Tale riforma, sicuramente pacificamente da tutti auspicata, si presentò tuttavia male accolta in prima battuta. Le ragioni risiedono non tanto nella volontà di aggiornare il panorama normativo alla luce dei cambiamenti portati dall'era digitale, ma piuttosto nelle soluzioni proposte per farvi fronte.

In particolare due degli articoli contenuti nella proposta sollevarono (e tutt'ora sollevano) numerose perplessità: gli artt. 11 e 13 (ora, 15 e 17).

L'art. 15 (precedentemente art. 11) si occupa della *Protezione delle pubblicazioni di carattere giornalistico in caso di utilizzo online*. L'obiettivo della Commissione sembra essere stato più quello di raggiungere un equilibrio dei profitti nel contesto digitale che un problema di legalità, perciò propose quella che è stata a più riprese definita *Snippet* (o *Link*) *Tax*, cioè una tassa sulla condivisione di *link* e frammenti di un articolo.

Essa è stata pensata per dare protezione ai giornali e ai loro contenuti quando vengono utilizzati *online*. In particolare, alla luce dell'utilizzo fatto dagli utenti degli estratti di notizie pubblicati da eventuali aggregatori, si vuole compensare la perdita derivante da questa prassi di utilizzo e accesso alle informazioni prevedendo una licenza da rilasciare in capo a chi di questi articoli si vuole servire, interamente o parzialmente. Questo accordo era stato inizialmente previsto nei termini di un obbligo (e non mera facoltà), in un testo normativo che null'altro prevedeva, tacendo dunque anche su eventuali eccezioni e limitazioni[136].

---

[134] Art. 31 direttiva 790/2019: «La presente direttiva entra in vigore il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*».

[135] Art. 27 direttiva 790/2019: «Gli accordi di licenza o di trasferimento dei diritti di autori ed artisti (interpreti o esecutori) sono soggetti all'obbligo di trasparenza di cui all'articolo 19 a decorrere dal 7 giugno 2022».

[136] L'originaria formulazione dell'art. 11 della *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto d'autore nel mercato unico digitale*, Bruxelles, 14.9.2016 COM (2016) 593 final2016/0280 (COD), così si presentava:

«*1. Member States shall provide publishers of press publications with the rights provided for in Article 2 and Article 3(2) of*

Sull'utilità o meno di questa previsione è stato detto molto: tra le critiche vi era chi riteneva inutile una normativa che non teneva conto, nella realtà dei fatti, che grandi piattaforme *on-line* possono permettersi di non stipulare tali accordi (e dunque non pubblicare i contenuti) senza ripercussioni significative nella loro economia, mentre gli editori sarebbero costretti a rincorrerle e stringere accordi perché una autoesclusione da tali piattaforme comporterebbe minore visibilità e notevole impatto negativo. Una carenza di dettagli normativi lascerebbe dunque tale potere in mano alle grosse compagnie. Inoltre viene criticata la mancanza di riferimenti a eventuali eccezioni, ad esempio l'utilizzo di *snippet* per finalità ad esempio di critica o parodia.

Molti studiosi hanno poi rilevato gli effetti controproducenti che soluzioni legislative simili presenti già in Germania e Spagna hanno portato: lo stesso EPRS dell'Unione europea ha dimostrato come ciò avesse un impatto negativo sull'informazione dei cittadini e aggregatori di notizie che spesso consentono la discussione, la visibilità e l'accesso a molte notizie[137], sottolineando come «*this national ancillary right clearly had a negative impact on visibility and access to information in Spain, since a major aggregator ceased to operate there*»[138]. In Spagna, non essendo rinunciabile l'equo compenso degli editori, la vicenda è arrivata all'epilogo con la chiusura di *Google News*[139]. In Germania la chiusura di accesso alle notizie di Google ha portato alla resa degli editori, i quali preferirono essere *linkati* che esclusi dal raggio di visibilità garantito dal famoso motore di ricerca. Permangono dubbi circa la rilevanza delle pronunce

---

*Directive 2001/29/EC for the digital use of their press publications.*
*2. The rights referred to in paragraph 1 shall leave intact and shall in no way affect any rights provided for in Union law to authors and other rightholders, in respect of the works and other subject-matter incorporated in a press publication. Such rights may not be invoked against those authors and other rightholders and, in particular, may not deprive them of their right to exploit their works and other subject-matter independently from the press publication in which they are incorporated.*
*3. Articles 5 to 8 of Directive 2001/29/EC and Directive 2012/28/EU shall apply, mutatis mutandis, in respect of the rights referred to in paragraph 1.*
*4. The rights referred to in paragraph 1 shall expire 20 years after the publication of the press publication. This term shall be calculated from the first day of January of the year following the date of publication*».
Per l'intero testo normativo della proposta di direttiva della Commissione del 2016: https://eurlex.europa.eu/search.html?qid=1559148654559&text=Procedure%202016/0280/COD&scope=E URLEX&type=quick&lang=en.

[137] Lo studio pubblicato nel dicembre 2016 condotto dall'EPRS *Modernisation of EU copyright rules: Initial Appraisal of a European Commission Impact Assessment* è visionabile al *link* www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_BRI(2016)593799; si veda inoltre lo studio commissionato dall'AEEPP relativo all'impatto della legge spagnola sull'editoria nazionale al *link* «www.aeepp.com/pdf/InformeNera.pdf».

[138] EPRS, *Modernisation of EU copyright rules: Initial Appraisal of a European Commission Impact Assessment*, 2016, 5.

[139] Comunicazione di *Google* circa l'imminente chiusura disponibile al *link* «https://europe.googleblog.com/2014/12/an-update-on-google-news-in-spain.html». La legge spagnola è consultabile al *link* «www.boe.es/boe/dias/2014/11/05/pdfs/BOE-A-2014-11404.pdf».

della Corte di Giustizia[140] in tema.

Alla luce delle numerose critiche sollevate[141], l'approvazione del Parlamento di due anni più tardi avviene accompagnando un emendamento all'articolo in discussione (e non solo)[142]. Il nuovo articolo sembra chiarire alcuni aspetti, escludendo dal suo ambito di applicazione i collegamenti ipertestuali, l'utilizzo di singole parole o di estratti molto brevi di pubblicazioni di carattere giornalistico, nonché l'utilizzo privato o non commerciale da parte di singoli utilizzatori[143]. L'estinzione di tali diritti avviene trascorsi 2 anni (invece dei 20 iniziali). Permangono tuttavia i medesimi dubbi precedenti l'approvazione del testo emendato.

L'altra norma estremamente controversa, terreno di battaglia all'interno delle sedi decisionali europee e non solo è l'art. 17 (nella proposta originaria: art. 13). L'art. 17 si propone una revisione del regime della responsabilità degli *Internet Service Provider* (ISP) alla luce dei radicali cambiamenti portati dall'era digitale. In particolare, la previgente normativa europea era nata in un contesto in cui le piattaforme che oggi dominano il mondo digitale (e economico) ancora non erano nate. Una riforma era dunque auspicabile per regolamentare queste nuove realtà. In particolare i titolari dei diritti lamentavano una ingiusta distribuzione dei profitti da parte delle piattaforme *advertising-funded* (che si finanziano con la pubblicità) nella catena di distribuzione delle opere *online* (c.d. *value gap*). Con questa soluzione il *provider* si troverebbe vincolato a un monitoraggio sui contenuti caricati dagli utenti e sulla loro liceità.

La presente trattazione si concentrerà proprio sul regime di responsabilità degli ISP nel quadro previgente la neo normativa e alla luce dei cambiamenti da questa apportati, analizzando il contenuto, i rischi e le possibili alternative.

---

140 v. Corte di Giustizia, sentenza 13 febbraio 2014, C-466/12, *Nils Svensson e altri c. Retriever Sverige AB*, «http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-466/12»;
Corte di Giustizia, ordinanza 21 ottobre 2014, C-348/13, *BestWater International GmbH c. Michael Mebes e Stefan Potsch*, disponibile all'URL «http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-348/13&language=IT»;
Corte di Giustizia, sentenza dell'8 settembre 2016, C-160/15, *GS Media BV contro Sanoma Media Netherlands BV e a.*, disponibile all'URL «http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-160/15».

141 Cfr. anche «https://juliareda.eu/eu-*copyright*-reform/extra-copyright-for-news-sites/» circa le critiche rivolte all'art. 11 (ora 15).

142 v. *Emendamenti del Parlamento europeo, approvati il 12 settembre 2018, alla pro*posta *di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto d'autore nel mercato unico digitale* (COM (2016)0593 –C8-0383/2016 –2016/0280(COD)), emendamenti n. 151, 152, 153, 153 e 155 all'art. 11. L'intero testo è disponibile al *link*: «www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0337_IT.html?redirect».

143 L'attuale formulazione dell'articolo in questione è disponibile al *link* «https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2019.130.01.0092.01.ITA&toc=OJ:L:2019:130:
TOC». Sul tema, in particolare, v. artt. 15, 16 e considerando 54-60 direttiva 790/2019.

# CAPITOLO II

## Il ruolo dei prestatori di servizi *online* e la responsabilità degli ISP

### 2.1 Internet e gli ISP

#### 2.1.1 Dall'analogico al digitale

Il contesto in cui è nato il diritto d'autore rappresenta un mondo ormai lontano, caratterizzato da un diverso mercato, da diverse istituzioni, da una diversa società e da diverse esigenze. Come illustrato nel capitolo precedente, il diritto d'autore nacque per contesti prettamente fisici con il fine di tutelare le prerogative di istituzioni politiche da una parte e di nicchie di mercato dall'altra. Solo in un secondo momento l'aspetto morale e dunque concernente l'astrattezza che va oltre la fisicità ha cominciato ad assumere importanza, vedendo poi un'espansione della tutela e dell'oggetto della tutela che ancora oggi non sembra subire battute d'arresto.

Che questo rappresenti un bene o un male è oggetto di forte dibattito, così come oggetto di discussione è l'effettiva attuale necessità di tale strumento in un contesto in cui la condivisione sembra avere la meglio su un sistema proprietario.

È bene dunque partire definendo cosa sono e cosa hanno comportato quei fenomeni che nell'arco di pochissimi anni sono stati in grado di rivoluzionare il mondo e con esso l'assetto giuridico del diritto d'autore (e non solo): gli *Internet Service Provider*, abbreviati anche con ISP.

«La struttura è tutto. Nel nostro cervello abbiamo miliardi di neuroni, ma cosa sono? Soltanto cellule. Il cervello non sa nulla fino a quando i neuroni non sono collegati tra di loro»[144]. La seconda metà del ventesimo secolo vide contrapporsi due grandi superpotenze: USA e URSS, dal cui contrasto nacque l'antesignano di Internet: *Arpanet*. Successivamente la crescita dei nodi da gestire portò alla necessità di protocolli comunicativi standardizzati: nel 1973 fu concepito il protocollo TCP/IP, il quale consentiva di assegnare un identificati-

[144] T. BERNERS-LEE, *L'architettura del nuovo web. Dall'inventore della rete il progetto di una comunicazione democratica, interattiva e intercreativa*, Milano, 2001, 25.

vo a ogni dispositivo e di trasmettere i dati sfruttando un linguaggio standardizzato, agevolando l'interconnessione di calcolatori eterogenei.
Fu però a partire dagli anni Ottanta, con la comparsa dei primi *personal computer*, che la rete acquisì una connotazione diversa: da strumento riservato e utilizzabile principalmente da poli universitari, enti governativi e centri di ricerca, la rete divenne potenzialmente alla portata di tutti. Gli anni Novanta videro l'abbandono definitivo del progetto *Arpa* (che ormai aveva esaurito la sua funzione) da parte dell'esercito; quel che ne rimase fu gestito dalle università.
Contemporaneamente si assisteva alla vera espansione di *Arpanet* (nel frattempo rinominata Internet) grazie soprattutto alla nuova architettura inventata da Tim Berners-Lee e Robert Cailliau che facilitava la navigazione: il *World Wide Web*, sviluppato nei laboratori del CERN. La novità del *World Wide Web* è data anche dall'utilizzo del protocollo HTTP, il quale si differenzia dagli altri protocolli quali FTP soprattutto per il fatto che le connessioni vengono generalmente chiuse una volta soddisfatta la richiesta, diminuendo dunque il numero di connessioni contemporaneamente attive ai *server*, evitandone il sovraccaricamento. Si presta dunque particolarmente all'innovazione dettata dalla struttura del *World Wide Web*, basato su *link* che necessitano di spostarsi spesso da un *server* ad un altro, in qualunque parte del mondo.
Il 1 gennaio 1993 Internet fu reso accessibile a tutti, determinando la svolta finale. I primi anni che seguirono videro un internet costituito da contenuti statici, poiché i linguaggi utilizzati per distribuire contenuti erano alle prime versioni e consentivano esclusivamente una limitata interazione con l'utente. Si potevano dunque consultare prevalentemente documenti testuali anche a causa di una lunghezza di banda molto limitata che non consentiva il transito di un'elevata mole di dati.
Grazie a una maggiore ampiezza di banda derivata da un miglioramento delle infrastrutture di telecomunicazione e a una crescente necessità di interazione tra utente ed erogatore del servizio, si fece spazio una nuova modalità di approccio che portò a parlare di *Web* 2.0. In questo contesto l'utente non è più concepito come mero spettatore passivo ma partecipante attivo, coinvolgendo ad esempio la sua possibilità di scelta e iniziativa. Il *web* è dunque divenuto un bene malleabile da chi ne fa uso. Partendo da questo presupposto hanno preso avvio gli *Internet Service Provider*s.

### 2.1.2 Le tipologie di ISP

Un *Internet Service Provider* rappresenta un'azienda che fornisce l'accesso a internet o ad altri servizi tramite la rete. Prima di affrontare la disciplina normativa degli ISPs occorre tuttavia comprendere cosa, di fatto, questi fornitori sono e come funzionano. La c.d. sottorete di comunicazione (chiamata anche *subnet*) ha il compito di spostare i messaggi da un *host* all'altro attraverso linee di trasmissione ed elementi di commutazione. Le prime si occupano dello spostamento dei *bit* tra le macchine mentre i secondi, chiamati anche *switch*, sono computer che vanno a collegare le varie linee di trasmissione.

All'interno di questa struttura possiamo avere più soggetti coinvolti: tendenzialmente colui che si occupa della sottorete è proprio l'ISP. Inizialmente questi *providers* fornivano come principale ed esclusivo servizio l'accesso a Internet; dapprima attraverso *dial-up*, successivamente con *broadband*[145]. Con l'espansione di Internet e delle sue possibilità sono nati altri *providers* che cominciarono a fornire servizi ulteriori rispetto al mero accesso alla rete.

Si sono dunque venuti a creare e ad espandere sempre più prestatori di servizi che, assurgendo al ruolo di intermediari, consentono una connessione o comunque un collegamento tra vari utenti, permettendo loro di trasmettere e ricevere informazioni di qualsiasi tipo. La varietà delle tipologie oggi presenti di *providers* è vasta, ma può essere sintetizzata indicando quelle che sono considerate le categorie principali, per poi prendere in esame le classificazioni operate in ambito legislativo.

Il primo tipo di *provider*, nell'elencazione che si va a proporre ma anche dal punto di vista cronologico, è definito *Access provider*. L'*access provider* è quel fornitore che consente l'accesso a Internet. Il Tribunale di Bologna, nella sentenza 331/2001, l'ha così definito: «Il termine *Access Provider* individua il soggetto che consente all'utente l'allacciamento alla rete telematica. Il compito dell'Access *Provider* è per lo più quello di accertare l'identità dell'utente che richiede il servizio, di acquisirne i dati anagrafici e, quindi, di trasmettere la richiesta all'Autorithy Italiana affinché provveda all'apertura del relativo sito *web*. L'*Access Provider* può anche limitarsi a concedere al cliente uno spazio, da gestire autonomamente sul disco fisso del proprio elaboratore»[146].

---

[145] Nella vecchia infrastruttura si usava la linea telefonica e il modem non faceva altro che una chiamata nel momento in cui ci si collegava alla rete, quindi i segnali inviati erano parificabili a quelli di una chiamata reale che veniva poi interpretata dal modem come una sequenza di 0 e 1 per poter dialogare con la rete dell'internet. L'adls invece si basa sempre sulla linea telefonica, ma viene attivata sulla stessa linea telefonica un'altra frequenza. Si ha così un'ampiezza di dati maggiore. Dunque con l'adls si ha una frequenza diversa e più ampia (le onde sono infatti più fitte, consentendone più interpretazioni).

[146] Tribunale di Roma, sentenza 331/2001.

Una seconda categoria di *provider* è composta dai c.d. *content providers*, i quali forniscono contenuti dagli stessi *providers* creati: i materiali e le informazioni caricate sui loro *server* sono dunque di loro creazione e non di terzi.
Diversi sono poi gli *hosting providers*, i quali forniscono ospitalità a siti internet. *Hosting* infatti rappresenta l'allocazione di un sito *web* su un *server* appartenente al *provider*, rendendo poi i contenuti di tale sito accessibili agli utenti. Spesso questi *providers* consentono anche il servizio di accesso alla rete mediante *housing*.
Esistono infine altri tipi di *providers*, quali i *network providers*, che consentono l'accesso alla rete tramite Internet, i *service providers*, che forniscono vari servizi per internet quali ad esempio la telefonia mobile, e i *cache providers*, che memorizzano dati esterni in un'area di allocazione temporanea, agevolando e velocizzando la navigazione in internet.
L'esplosione di servizi mediante la rete si ebbe a partire dagli anni 2000, periodo in cui sempre più prestazioni digitali venivano fornite, a fini commerciali e non. Aiutò quella che tutt'ora rappresenta un'esponenziale rivoluzione e diffusione del digitale e delle innovazioni tecnologiche che, di pari passo, continuano a entrare, in maniera sempre più capillare e pervasiva, nella vita delle persone. Si avverte sempre di più la prevalenza del bene immateriale, l'informazione, sul bene materiale, che dominava invece nell'era industriale. Sempre nei primi anni del 2000 cominciarono ad apparire servizi non solo di e-commerce (quali Amazon, Alibaba ecc.) ma anche servizi volti ad offrire opportunità e intrattenimento ai singoli utenti, come Facebook, YouTube e Wikipedia.
Alla luce di questi repentini cambiamenti si manifestò l'esigenza di regolamentare il mondo digitale, prendendo atto dei rischi che comportava e di tutte le nuove problematicità che mai prima l'uomo aveva avuto l'occasione di scoprire e affrontare. Tra i problemi più critici (ai quali tutt'oggi non ritengo siano state trovate soluzioni convincenti e soddisfacenti) rileva soprattutto l'impossibile esatta identificazione di chi opera all'interno della rete.

## 2.2 Il contesto americano

Occorre introdurre la trattazione giuridica analizzando il contesto americano e le scelte legislative ivi effettuate. La ragione di tale punto di partenza nella trattazione risiede nella nota influenza che l'impostazione e l'approccio americano ebbero nella formulazione di una disciplina europea in materia.
Come già introdotto il contesto americano approdò ad un riconoscimento (*recte*: creazione)

del *copyright* non influenzato da tutti quei trascorsi istituzionali, sociali ed economici che conobbero il continente europeo all'epoca dei privilegi. La particolarità dell'ambito statunitense è data dall'impronta utilitaristica che il *copyright* assume nella famosa *IP Clause*, che, nella sua indeterminatezza, non viene meno nel ricordare l'assoggettamento a limiti temporali del diritto, col fine di perseguire il progresso dell'arte e della scienza. I successivi interventi della giurisprudenza (con un particolare riferimento a *Wheaton v Peters*) eliminarono poi ogni residuale dubbio circa una possibile connotazione giusnaturalistica del diritto.
L'ordinamento statunitense, in un'oculata proiezione futura circa l'evoluzione tecnologica e una capillare diffusione dell'uso di internet, elaborò e distinse ben presto varie tipologie di responsabilità per violazione del diritto d'autore in cui si può incorrere operando in, o con, la rete, dapprima mediante l'approccio giurisprudenziale, successivamente con interventi legislativi. La giurisprudenza americana, in particolare, individuò tre categorie di responsabilità in materia di violazione del *copyright* da parte dei vari *providers*: una *vicarious liability,* una *direct liability* e una *contributory liability*.

### 2.2.1 *Direct Liability*

In base a quanto disposto dal titolo 17 U.S.C. § 501 (a), il *provider* andrebbe incontro a responsabilità diretta per violazione del *copyright* nei casi in cui l'utente ad esso abbonato, attraverso i servizi resi disponibili dal *provider* stesso, ponga in essere attività illecita. Questo in quanto l'utente, immettendo contenuti e informazioni in rete avvalendosi dei servizi del *provider*, dà avvio a un meccanismo per cui, per motivi intrinseci al funzionamento dello stesso, il *provider* memorizzerebbe e poi copierebbe tali contenuti rendendoli accessibili al medesimo utente e ad altri soggetti presenti nella rete che ne hanno fatto richiesta. In questo modo il *provider* opererebbe una riproduzione e diffusione di contenuto protetto non autorizzata a causa dell'utilizzo del servizio posto in essere da un utente.
Tale responsabilità diretta non è vista di buon occhio in quanto ostacolerebbe non solo il mero funzionamento tecnico tipico delle infrastrutture di rete ma anche ogni incentivo all'utilizzo delle stesse e più in generale l'affidamento agli strumenti digitali. Difatti l'unico caso degno di nota che avallò una possibilità di responsabilità diretta in capo al *provider* per il materiale caricato dagli utenti fu il discusso caso *Playboy Enterprises, Inc. v. Frena*[147].
In questo insolito (e unico) caso George Frena possedeva e gestiva un "*Bulletin Board Servi-*

[147] *Playboy Enters., Inc. v. Frena*, 839 F. Supp. 1552, 1554 (M. D. Fla. 1993).

*ce*" accessibile dai clienti in abbonamento mediante modem. Con questo sistema i clienti che avevano pagato l'abbonamento di 25 dollari al mese o acquistato prodotti da Frena potevano svolgere numerose funzioni tra cui navigare per cercare e guardare foto nonché scaricarne delle copie dal computer di Frena al loro. Oltre a questo servizio di *file-sharing* gli abbonati potevano anche caricare e scaricare contenuti di materiale pornografico. All'insaputa di Frena dunque gli abbonati caricarono oltre 170 fotografie coperte da *copyright* prese da più di 50 diverse riviste di Playboy. Di conseguenza, nel 1993, PEI (*Playboy Enterprises, Inc.*) lamentò la violazione del *copyright* davanti al Middle District of Florida accusando Frena in quanto proprietario e gestore del sito. Frena, non negando la presenza delle foto incriminanti all'interno del suo BBS, asserì tuttavia come una sua responsabilità fosse priva di fondamento in quanto egli, personalmente, non aveva posto in essere la condotta lesiva e che, anzi, non appena venuto a conoscenza dei contenuti illeciti si fosse attivato per rimuovere e poi monitorare i contenuti del sito. Il giudice H.E. Schlesinger tuttavia non accolse le difese del convenuto[148].

Questa decisione, che vide applicata la tradizionale concezione di *strict liability*, non fu però seguita dalla successiva giurisprudenza. In particolare si rifletteva su come tale soluzione giurisprudenziale potesse porsi in netto contrasto con l'inevitabile ascesa di una società dominata dalla rete.

Tale impostazione fu poi definitivamente superata con il *Digital Millennium Copyright Act*. L'impostazione della responsabilità diretta, che ben si adattava ad una realtà basata sulla stampa, già prima del caso Frena cominciava ad essere ripudiata da alcune corti con specifico riferimento a una società che fa uso diffuso di Internet[149]. Occorre poi ricordare come questo caso fu deciso nel 1993, quando Internet era ancora agli albori, e che i giudicanti si limitarono ad attenersi a una interpretazione letterale della normativa vigente. Ciononostante fu comunque subito apertamente criticata, auspicando un cambiamento interpretativo e normativo che più si confacesse alla neonascente società digitale. La maggior parte delle corti si rifiutò dunque di seguire questo precedente[150].

### 2.2.2 *Vicarious Liability*

---

[148] B.H. EISENBERG *"A Speedbump on the Information Superhighway: Pushing Copyright Law into the Online Era: Playboy Enterprises, Inc. v. Frena, 839 F. Supp. 1552 (M.D. Fla. 1993).", The Florida Historical Quarterly 92,* no. 2 (2013): 337-50. http://www.jstor.org/stable/43487589.

[149] V. *Cubby, Inc. v. CompuService, Inc.*

[150] V. *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communications Services, Inc.*

Non potendo trovare applicazione un principio di responsabilità diretta in capo agli ISP per le condotte illecite degli utenti, la giurisprudenza ha adottato altri canoni volti a individuare una possibile responsabilità in capo al *provider*. Si rientra qui nel campo della c.d. *secondary liability*, la quale può assumere due vesti: può essere "*participant-based*" o "*relationship-based*"[151].
Si rientra nel primo caso quando il *provider* convenuto ha indotto, contribuito o facilitato la condotta lesiva dell'autore dell'illecito. Il concetto ruota attorno alla conoscenza della condotta lesiva da parte del *provider*, talvolta semplicemente in quanto conscio braccio estensore che consente la realizzazione dell'illecito, che deve attivamente aver contribuito allo stesso.
La seconda accezione della *vicarious liability* può aversi in quei casi in cui il convenuto tragga beneficio dalla condotta lesiva e sia legato all'autore dell'illecito da una relazione stretta al punto che la legge possa identificarli e trattarli alla medesima stregua. Questa seconda tipologia in particolare riflette il principio del *respondeat superior* secondo il quale il datore di lavoro risponde anche degli illeciti commessi dai suoi dipendenti. Essa si pone alla base della normativa americana in tema di marchi e *copyright* e venne introdotta in via giurisprudenziale nel celeberrimo caso *Shapiro, Bernstein and Co. v. H.L. Green Co.*[152].
Dunque è possibile rinvenire una responsabilità in capo ad un soggetto diverso dall'autore dell'illecito (il *provider*) quando, da un lato, questo ha le capacità e il diritto di supervisionare l'attività posta in essere dall'agente della condotta lesiva, dall'altro sussiste un interesse economico relativo all'azione illecita all'interno della relazione che lega autore dell'illecito e *provider*. Se ne deduce quindi che tale tipo di responsabilità può sussistere anche qualora non vi sia una conoscenza effettiva dell'attività illecita.
Le ragioni che spingono ad elaborare e corroborare siffatta elaborazione giurisprudenziale e normativa sono svariate, ma sicuramente emerge con chiarezza la necessità di tutelare chi da tali condotte è stato leso imputando la colpa al soggetto che, tra i tanti, più facilmente può monitorare la situazione e che, nondimeno, da tale condotta riceve un vantaggio economico. Tuttavia requisiti generici quali possibilità/onere di supervisione e diretto interesse economico si prestano alle più svariate interpretazioni e dunque la loro portata varia di caso in caso. Tra le due tendenze contrapposte, una più restrittiva che tende a non imputare colpa in capo all'ISP e una più liberale che invece propende per un'estensione della colpa ai fornitori, si è inserita la giurisprudenza.

---

[151] B. DINWOODIE GRAEME, *A Comparative Analysis of the Secondary Liability of Online Service Providers (May 17, 2017). Secondary Liability of Internet Service Providers (Graeme Dinwoodie ed., Springer 2017);* Oxford Legal Studies Research Paper No. 47/2017, pag. 7. Disponibile su: SSRN: https://ssrn.com/abstract=2997891.
[152] *Shapiro, Bernstein and Co. v. H. L. Green Co.*, 316 F.2d 304 (2d Cir. 1963); *Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc.*, 76 F.3d 259 (9th Cir. 1996).

2.2.3 *Contributory Liability*

Come su accennato, la *secondary liability* statunitense si presenta sotto due particolari forme: *partecipant-based* e *relationship-based*. La c.d. *contributory liability* nasce anch'essa da una dottrina di elaborazione giurisprudenziale volta a rinvenire una responsabilità in capo all'ISP, ritenendo infatti che «*one who, with knowledge of the infringing activity, induces, causes or materially contributes to the infringing conduct of another, may be held liable as a 'contributory' infringer*»[153]. I due requisiti qui ricorrenti affinché si possa parlare di *contributory liability* dunque sono la conoscenza e che l'ISP concorra all'illecito del terzo. Partendo da questi presupposti diverse sono le ipotesi che si prospettano.

Secondo un primo ragionamento un ISP che offre servizio internet sa (verosimilmente) che molto probabilmente alcuni dei suoi utenti utilizzeranno la connessione o il servizio da esso messo a disposizione violando il *copyright*. Di conseguenza il requisito della conoscenza potrebbe dirsi così soddisfatto, mentre il contributo materiale all'illecito sarebbe dato mediante appunto l'accesso alla rete o la disponibilità del servizio di cui l'utente si avvale per porre in essere la condotta illecita.

Tuttavia questo primo approccio non ha trovato riscontro giurisprudenziale positivo in quanto si ritiene che questo livello di conoscenza (appunto, potenziale) di possibili illeciti perpetrati dagli utenti non abbia un livello sufficiente da poter integrare *contributory liability*. Inoltre, la mera messa a disposizione di un servizio (accesso a internet o altro) non comporta concorrenza nell'illecito se lo scopo di detto servizio non è preminentemente quello di agevolare o consentire la violazione del *copyright*.

Una chiara presa si posizione sul punto è stata raggiunta dalla giurisprudenza nel caso *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*[154], ove Sony fu accusata di *contributory liability* per aver consentito la vendita di videocassette vergini e messo in commercio un dispositivo di registrazione che dunque avrebbe facilitato e consentito la riproduzione non autorizzata del materiale protetto di proprietà delle grandi case cinematografiche. Tuttavia la corte rigettò la tesi dell'accusa sostenendo che l'apparecchiatura venduta da Sony non aveva lo scopo preminente di consentire la riproduzione non autorizzata e che dunque aveva anche altri

[153] *Gershwin Publ'g Corp. v. Columbia Artists Management, Inc.*, 443 F.2d 1159, 1162 (2d Cir. 1971); vedi anche *Religious Tech. Ctr. v. Netcom On-Line Communication Servs., Inc.*, 907 F. Supp 1361, 1371 (N.D. Cal. 1995); *Demetriades v. Kaufmann*, 690 F. Supp. 289, 293 (S.D.N.Y. 1988).
[154] 464 U.S. 417 (1984).

scopi considerati legittimi dall'ordinamento[155]. Lo stesso ragionamento può essere applicato a Internet: sicuramente questo strumento è e verrà utilizzato per violare il *copyright* di qualche autore, tuttavia Internet assolve anche a molte altre funzioni dall'ordinamento considerate non solo lecite ma anche meritevoli di tutela.

Un secondo ragionamento si basa sull'effettiva conoscenza da parte del *provider* di un illecito mediante diretta segnalazione da parte del titolare del diritto o mediante palese anomalia ad esempio nel traffico di un sito *web*. Ci si chiede a questo punto, appurata la conoscenza dell'illecito da parte del *provider*, se il protrarsi della messa a disposizione del servizio da questo offerto vada ad integrare un concorso nella condotta lesiva. Occorre *in primis* distinguere tra una ipotesi di *actual knowledge*, in cui il *provider* ha l'effettiva certezza della violazione, e l'ipotesi di *constructive knowledge* in cui il *provider* viene sollecitato a un controllo ma tale sollecito non racchiude una dimostrazione certa dell'illecito che si va lamentando.

Nel primo caso è da ritenersi sussistente, secondo la giurisprudenza, una responsabilità in capo all'ISP non sussistendo dubbio alcuno circa la conoscenza di quest'ultimo dell'illecito; nel secondo caso invece la questione si complica dovendo indagare il livello di conoscenza acquisito dal *provider* caso per caso.

Esemplare caso giurisprudenziale in tema, nonché *leading case* per la *contributory liability*, è *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services, Inc.*[156], in cui la corte ritenne non sussistente la *contributory liability* in capo al BBS in quanto le informazioni fornite circa l'illecito non sarebbero state sufficienti a dimostrare una effettiva violazione del *copyright* e dunque a integrare un livello di conoscenza in capo al *provider* tale da determinarne una responsabilità[157]. Se a Netcom fosse stata fornita una documentazione completa comprovante la violazione allora sarebbe stato invece possibile individuare una *contributory liability* in capo al *provider*[158]. L'ipotesi, dunque, in cui un soggetto lamenti una violazione del *copyright* senza

---

155 «*Respondents argue that [Kalem Co. v. Harper Bros.207] stands for the proposition that supplying the "means" to accomplish an infringing activity and encouraging that activity through advertisement are sufficient to establish liability for copyright infringement. This argument rests of a gross generalization that cannot withstand scrutiny […] Petitioners supply a piece of equipment that is generally capable of copying the entire range of programs that may be televised: those that are uncopyrighted, those that are copyrighted but may copied without objection from the copyright holder, and those that the copyright holder would prefer not to have copied. The Betamax can be used to make authorized or unauthorized uses of copyrighted works, but the range of its potential use is much broader than the particular infringing use of the film Ben Hur involved in Kalem. Kalem does not support respondents' novel theory of liability*» *Sony*, 464 U.S. at 436-37.

156 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995).

157 *Netcom, Inc.*, 907 F. Supp. 1361, p. 1374.

158 «*Providing a service that allows for the automatic distribution of all Usenet postings, infringing and noninfringing, goes well beyond renting a premises to an infringer […]. [I]t is fair, assuming Netcom is able to take simple measures to prevent further damage to plaintiffs' copyrighted works, to hold Netcom liable for contributory infringement where Netcom has knowledge of Erlich's infringing postings yet continues to aid in the accomplishment of Erlich's purpose of publicly distributing the postings*» *Netcom*, 907 F. Supp. at 1375.

tuttavia dimostrare tale violazione ma semplicemente sollecitando un comportamento di un utente non appare sufficiente a integrare una responsabilità in capo al *provider*. Tuttavia l'impostazione assunta in Netcom rischierebbe di sfociare in uno scarso interessamento da parte del *provider* in capo a ogni qualsivoglia segnalazione non pienamente comprovata. Si ritiene dunque preferibile una soluzione mediana che ritiene sufficienti, ai fini dell'integrazione del requisito della conoscenza in capo all'ISP, quelle segnalazioni in grado di far sorgere un ragionevole sospetto di un'effettiva attività illecita.
Alla luce di tutte queste incertezze, intrinseche e fisiologiche in una elaborazione prettamente giurisprudenziale, si avvertiva sempre più l'esigenza di un punto fermo che potesse far luce sugli aspetti più grigi della materia.

### 2.2.4 Il *Digital Millennium Copyright Act* e l'OCILLA

Detto orientamento si presentava sotto sfumature e interpretazioni spesso difformi, lasciate perlopiù all'inclinazione del giudicante circa l'appoggio a una dottrina piuttosto che a un'altra. Il panorama giurisprudenziale, sebbene attivo in assenza di una presa di posizione legislativa, era caratterizzato da una forte incertezza che non poteva essere tollerata. Inevitabile fu dunque l'intervento del legislatore in materia: il risultato fu il famoso *Digital Millennium Copyright Act* del 1998 (anche abbreviato DMCA).
Nell'affrontare la delicata questione della disciplina di una responsabilità in capo agli ISP contemperando questa esigenza con quella di tutela del singolo e dei diritti fondamentali, l'ordinamento americano adottò una strategia volta a mantenere invariato il panorama giuridico sottostante, prevedendo dei c.d. *safe harbors*, ossia una serie di circostanze sussistendo le quali i *providers* sarebbero andati esenti da responsabilità. Il termine deriva da un'espressione nautica richiamante un posto all'interno del quale l'imbarcazione sarebbe protetta dalle intemperie del tempo. Trovarsi dunque all'interno di questa zona indicherebbe l'assenza di pericolo, mentre il trovarsi al di fuori di questa zona non indica necessariamente l'esposizione certa al pericolo, ma semplicemente l'assenza di certezza di essere al sicuro. Rievocando questa metafora, la legislazione americana ha dunque propeso per un approccio volto a individuare quelle che sono "le zone franche" entro le quali un ISP può ritenersi esonerato da qualsivoglia responsabilità concernente un *copyright infringement*. Il DMCA dunque circoscrive la responsabilità degli ISP delimitandone le possibilità e individuandone i confini.

L'*Online Copyright Infringement Liability Limitation Act* (conosciuto anche come OCILLA, contenuto nel Titolo II DMCA) fu dunque approvato come parte del *Millennium Act*, individuando nella sua section 512[159] tutte quelle ipotesi che consentono di escludere un'imputazione di colpa in capo all'ISP. In particolare qui ritroviamo le seguenti categorie:

(a) *Transitory digital network communications*

(b) *System caching*

(c) *Information residing on systems or networks at the direction of users*

(d) *Information location tools*

In ciascuna categoria è racchiusa una potenziale responsabilità di violazione del *copyright* da parte dell'ISP che può essere ovviata sussistendo le condizioni via via indicate, con la precisazione (evidenziata alla sottosezione l[160]) che il semplice manchevole collegamento con una di queste categorie non implica un'automatica responsabilità del fornitore del servizio ma la mera esclusione di una certa esenzione da responsabilità. Dovrà dunque, in quest'ultimo caso, valutarsi caso per caso. Particolarità dell'approccio statunitense (che rappresenta una nota differenza con l'impostazione normativa europea) è la previsione di queste clausole con riferimento limitato all'ambito del *copyright* (mentre la normativa comunitaria le estende a ogni attività illecita posta in essere dagli utenti).

Da subito il DMCA prende posizione sulla *strict liability*, sollevando da responsabilità quegli ISPs che passivamente trasmettono o ritrasmettono o conservano temporaneamente attraverso o nei loro *network* materiale protetto purché sussistano certi requisiti: si è deciso dunque di discostarsi dal citato caso Frena, già ampiamente criticato dalla giurisprudenza.

Per quanto concerne invece la *secondary liability* (*vicarious* e *contributory*) il panorama normativo disegnato dal DMCA si complica: per l'archiviazione a lungo termine da parte dell'ISP del materiale protetto, questo invece può andare esente da responsabilità se non ha "*actual knowledge*" dell'illecito o, una volta avutone conoscenza, si attivi tempestivamente per rimuovere il contenuto illecito o disabilitarne l'accesso; inoltre: se non riceve diretto vantaggio economico dalla condotta lesiva che il *provider* ha il diritto e la possibilità di monitorare. Infine se, sussistendo una segnalazione presentante determinate caratteristiche[161], si attivi pronta-

---

[159] 17 U.S.C. §512.

[160] 17 U.S.C. §512(l) «*The failure of a service provider's conduct to qualify for limitation of liability under this section shall not bear adversely upon the consideration of a defense by the service provider that the service provider's conduct is not infringing under this title or any other defense*».

[161] «*The statutory requirements for this formal notice include the signature of a person authorized to act on behalf of the copyright owner, identification of the copyrighted work allegedly infringed, identification of the infringing material, contact information for the complaining party, a good faith statement that the complained of use is not permitted by the copyright owner or by law, and a statement under penalty of perjury that the complaining party has the authority to enforce the rights in question*» 17 U.S.C. §

mente per rimuovere il contenuto diffuso illecitamente[162].

Come si può evincere dalla lettera del testo legislativo e dalla congiunzione "*and*" i tre requisiti indicati (che in parte sembrano richiamare la dottrina giurisprudenziale della *vicarious* e *contributory liability*) devono sussistere cumulativamente e non, dunque, alternativamente. Infine in § 512(i)(1) sono individuati altri due requisiti che il *provider* deve soddisfare per andare esente da responsabilità: deve adottare politiche volte a interrompere il rapporto di fruizione del servizio con quegli utenti che siano stati riconosciuti come recidivi nella commissione degli illeciti e non deve interferire con quelle misure tecniche volte a tutelare i contenuti protetti implementate dai titolari dei diritti. Infine, in 17 U.S.C. §512(c) è richiesta la nomina di un agente adibito alla ricezione delle varie segnalazioni per violazione del *copyright*, prevedendo una apposita procedura per seguire e gestire tali segnalazioni.

A fronte della rimozione del materiale segnalato come lesivo del diritto di *copyright* del soggetto che se ne vanta titolare, il rischio che il *provider* corre è quello di essere citato in giudizio dagli utenti che lamentano una ingiusta rimozione dei contenuti. Sul punto il DMCA solleva da responsabilità il *provider* che notifichi tale rimozione all'utente, consentendo a quest'ultimo di instaurare un contraddittorio col *provider* stesso e dunque di allegare una contro segnalazione all'agente adibito sostenendo le proprie ragioni. A questo punto il tito-

---

512(c)(3)(A): «*Elements of notification:*
*(A) To be effective under this subsection, a notification of claimed infringement must be a written communication provided to the designated agent of a service provider that includes substantially the following:*
*(i) A physical or electronic signature of a person authorized to act on behalf of the owner of an exclusive right that is allegedly infringed.*
*(ii) Identification of the copyrighted work claimed to have been infringed, or, if multiple copyrighted works at a single online site are covered by a single notification, a representative list of such works at that site.*
*(iii) Identification of the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity and that is to be removed or access to which is to be disabled, and information reasonably sufficient to permit the service provider to locate the material.*
*(iv) Information reasonably sufficient to permit the service provider to contact the complaining party, such as an address, telephone number, and, if available, an electronic mail address at which the complaining party may be contacted.*
*(v) A statement that the complaining party has a good faith belief that use of the material in the manner complained of is not authorized by the copyright owner, its agent, or the law.*
*(vi) A statement that the information in the notification is accurate, and under penalty of perjury, that the complaining party is authorized to act on behalf of the owner of an exclusive right that is allegedly infringed*».

[162] 17 U.S. Code § 512(c)(1)(A)-(C):
«*(1) In general: A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the storage at the direction of a user of material that resides on a system or network controlled or operated by or for the service provider, if the service provider:*
*(A) (i) does not have actual knowledge that the material or an activity using the material on the system or network is infringing;*
*(ii) in the absence of such actual knowledge, is not aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent; or*
*(iii) upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove, or disable access to, the material;*
*(B) does not receive a financial benefit directly attributable to the infringing activity, in a case in which the service provider has the right and ability to control such activity; and*
*(C) upon notification of claimed infringement as described in paragraph (3), responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity*».

lare del diritto leso ha la possibilità di adire una corte per ottenere un ordine volto a cristallizzare la situazione di rimozione del contenuto caricato dall'utente; se così non provvede, il *provider* ha l'obbligo di ripristinare il contenuto rimosso entro 14 giorni lavorativi[163].

Tuttavia, come giustamente sollevato a più riprese nel corso degli anni, la necessità di tutelare i titolari di diritti di *copyright* spesso si scontra con altre libertà fondamentali, *in primis* quella di espressione. Anche se la tutela del *copyright* trova una sua giustificazione, la sua applicazione porta con sé rischi di censure di materiale che tuttavia non risulta essere illecito. Verosimilmente, per non correre il rischio di uscire dalla zona sicura delineata dalla normativa, il *provider* rimuoverà contenuti che anche solo appaiano come illegittimi. Questo contrasto con il Primo Emendamento si evince dalla tendenza del *provider* di agire sulla difensiva, adagiato sulla maggiore certezza di esonero da responsabilità garantita dal DMCA anche qualora non gli si presentasse una chiara violazione del *copyright*. Dunque se da un lato la sola dottrina giurisprudenziale lasciava numerose incertezze ma allo stesso tempo possibilità di verifica del caso concreto, dall'altro l'intervento legislativo attribuisce maggiore stabilità e certezza normativa lasciando tuttavia ampio margine di manovra in capo agli ISPs, i quali, per non vedersi uscire dalla *safe harbor*, preferiscono non correre rischi e rimuovere materiale che potrebbe non essere davvero illecito. Inoltre, questo rischio di censura è accentuato dallo stesso impianto legislativo contenuto nel DMCA, che tende a proteggere il *provider* contro eventuali azioni poste in essere nei suoi confronti dall'utente che si vede rimuovere ingiustamente un contento, fintanto che il *provider* si muoverà rispettando la procedura legislativa delineata. Inoltre, in attesa di un eventuale giudizio il *provider* tendenzialmente manterrà la rimozione del contenuto per conservare la propria posizione di sicurezza.

### 2.2.5 La *Section 512*

La § 512 (a) si occupa di quei *provider* coinvolti nella trasmissione, connessione o conservazione di materiale lesivo attraverso i loro servizi. I *provider* rientranti in questa categoria godono dell'immunità da responsabilità per violazione del *copyright* nelle ipotesi in cui:

a) la trasmissione del materiale è stata avviata da o nella direzione di una persona diversa dal fornitore di servizi;
b) la trasmissione, la fornitura di connessioni o l'archiviazione viene effettuata attraverso un processo tecnico automatico senza selezione del materiale da parte del

[163] v. *id.* § 512(g)(1)-(4).

fornitore del servizio;

c) il *provider* non seleziona i destinatari del materiale se non come risposta automatica alla richiesta di un'altra persona;

d) nessuna copia del materiale realizzata dal *provider* nel corso di tale archiviazione intermedia o transitoria viene mantenuta sul sistema o sulla rete in modo accessibile a chiunque non sia il destinatario previsto, e nessuna copia di questo tipo è conservata per un periodo più lungo di quanto sia ragionevolmente necessario per la trasmissione o la connessione;

e) Il materiale è trasmesso senza essere manipolato o modificato nel suo contenuto[164].

La § 512 (b) si occupa della seconda ipotesi di limitazione di responsabilità del *provider*. Il *web caching* consiste in un meccanismo di archiviazione temporanea che permette una più celere distribuzione dei contenuti agli utenti. In sostanza, in questo modo pagine *html*, video, immagini ecc. vengono memorizzati temporaneamente in una *cache*, e non dunque in un *database* in modo completo e durevole, per velocizzare e ottimizzare la diffusione dei contenuti. Si tratta di funzionalità in parte tecniche e intrinseche delle strutture internet, in parte funzionali a rendere più agevole la navigazione. I *provider* che pongono in essere tale attività sono immuni da responsabilità se:

a) il materiale messo a disposizione *online* è stato reso disponibile da un soggetto diverso dall'ISP;

b) la conservazione dei contenuti avviene mediante un processo tecnico automatico per rendere tali contenuti disponibili agli utenti richiedenti;

c) il *provider* trasmette i contenuti senza apporre modificazioni o manipolazioni;

d) il *provider* si attiene alle regole circa l'aggiornamento ove richiesto dal soggetto che ha caricato il contenuto;

e) il *provider* rispetta le condizioni dettate da colui che ha caricato il contenuto circa l'accesso allo stesso;

f) in caso di segnalazione, il *provider* provvede alla rimozione del contenuto o alla disabilitazione dell'accesso allo stesso[165].

Gli *hosting provider* e i motori di ricerca sono immuni da responsabilità se:

a) non hanno *actual knowledge* dell'illiceità del contenuto, o non hanno conoscenza di circostanze tali da rendere manifesta tale illiceità (c.d. *red flag knowledge*);

---

[164] § 512 (a)(1)-(5).
[165] § 512 (b)(2).

b) una volta avutone conoscenza si attivino tempestivamente per rimuovere il contenuto o disabilitare l'accesso a quest'ultimo;
c) non riceva beneficio economico dal contenuto illecito qualora i *providers* abbiano il diritto e la possibilità di monitorare tale attività;
d) ricevuta una segnalazione di violazione il *provider* agisca prontamente alla rimozione o disabilitazione dell'accesso al contenuto.
Infine, è bene sottolinearlo, la § 512 (m)(1) prevede che la normativa non possa essere interpretata in modo tale da scorgere un obbligo di monitoraggio dei contenuti in capo al *provider* consentendogli così di individuare il materiale lesivo. Questo implica un onere di controllo in capo a colui che può reputarsi titolare del diritto d'autore.

### 2.2.6 *Actual knowledge* e *red flag test*

Non qualunque tipo di comunicazione può determinare *knowledge* in capo al *provider*, tale da far sorgere *contributory liability*. Con il DMCA vengono le condizioni sussistenti le quali una notifica possa essere considerata idonea a rendere edotto il *provider* dell'illecito. La notifica che non dovesse rispettare quanto richiesto dalla legge dunque non può costituire prova della conoscenza effettiva del *provider*. Tuttavia, nonostante la definizione puntuale dei requisiti richiesti per la *notification*, meno chiaro appare il DMCA nel definire i concetti di *actual* e *apparent knowledge*. Anche la dottrina non appare unanime sulle relative definizioni: da una parte chi ha sostenuto che la notifica debba intervenire dal *copyright holder* per potersi dire conforme, dall'altra chi invece propende per una lettura più aderente al testo normativo, che non richiede necessariamente l'intervento del titolare del diritto (e dunque la conoscenza può essere acquisita anche *aliunde*).
L'ultima interpretazione è stata quella avvalorata dal Congresso. Tuttavia le Corti che si sono pronunciate sul punto hanno tendenzialmente fornito uno standard piuttosto elevato circa la nozione di *actual knowledge*, ad esempio escludendolo nei casi in cui i servizi del *provider* vengano utilizzati (anche) per diffondere materiale illecito. Infatti si è sostenuto[166] che la generica consapevolezza di tale possibilità non è idonea a integrare un *actual knowledge*. Circa la nozione di *red flag knowledge* (o *red flag test*), anche qui si sono riscontrati pareri discordanti, ma tendenzialmente la giurisprudenza ha imposto, come per il caso precedente, uno standard elevato. Ciò tuttavia non appare comprensibile: mentre nel primo caso avreb-

[166] *UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners LLC*, No. 09-55902, 2013 WL 1092793 (9th Cir. Mar. 14, 2013).

be senso, nel caso del *red flag knowledge* una interpretazione eccessivamente restrittiva rischia di rendere vana ogni azione dei titolari dei diritti[167].

Nel caso *Viacom v YouTube*[168] la questione critica circa l'interpretazione di questi due criteri venne a galla: in particolare ci si chiese se, per integrare i due requisiti di *actual* e *red flag knowledge* fosse necessaria una generica consapevolezza della condotta lesiva o la conoscenza di specifiche violazioni. La corte propese per quest'ultima opzione, richiedendo la conoscenza di condotte particolari e individuabili. La differenza tra i due requisiti infatti non risiederebbe nel livello di specificità o genericità della conoscenza, ma nel criterio utilizzato per la sua valutazione. Vi è dunque *actual knowledge* quando il *provider* ha una conoscenza soggettiva di una specifica violazione, mentre vi è *red flag knowledge* quando la conoscenza dovrebbe derivare da fatti dai quali un soggetto ragionevole potrebbe oggettivamente comprendere la presenza di una violazione[169].

### 2.2.7 DMCA e *free speech*

Il DMCA è intervenuto nel tentativo di regolare un nuovo contesto cercando di eliminare le incertezze proprie di un approccio esclusivamente giurisprudenziale e dottrinale. Tuttavia, pur non intervenendo sulle forme di responsabilità fino ad allora individuate e riadattate dalla giurisprudenza, l'approdo legislativo ha rivolto la sua attenzione più verso l'individuazione di un assetto volto a escludere la responsabilità del *provider* al ricorrere delle suddette condizioni.

Sin da subito tale posizione suscitò forti critiche: da un lato una corrente che vuole vedere il mercato e il mondo digitale autoregolarsi, ripudiando interventi da parte dello stato, dall'altro chi invece invoca ad alta voce una chiara e precisa specificazione normativa che disciplini il nuovo assetto digitale. Il DMCA rappresenta il primo tentativo di trovare una soluzione mediana: non altera la normativa vigente né regolamenta i dettagli del mondo digitale, ma nemmeno si astiene da ogni qualsivoglia considerazione normativa.

Prende posizione sulla particolare situazione di quelli che sono considerati i protagonisti di questa nuova società, i *service providers* appunto, disegnando delle aree entro le quali questi possono considerarsi immuni da responsabilità.

---

[167] v. *Corbis Corp. v. Amazon.com, Inc.,* 351 F. Supp. 2d 1090, (W.D. Wash. 2004); *Perfect 10, Inc. v. CCBill LLC*, 448 F.3d 1102 (9th Cir. 2007); *UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks, Inc.*, 665 F. Supp. 2d 1099, (C.D. Cal. 2009).

[168] *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc.*, 676 F.3d 19, (2d Cir. 2012).

[169] *Viacom*, 676 F.3d 19, p. 31.

Come già anticipato, una prima critica mossa contro questo sistema di regolamentazione fece notare come, in realtà, una normativa così strutturata avrebbe incentivato rimozioni indiscriminate da parte dei *providers* i quali, in situazioni di rischio, preferiscono avere certezza della loro posizione all'interno di una *safe harbor*. Questa tendenza comporterebbe gravi implicazioni per la libertà d'espressione. Infatti, alla ricezione di una notifica, il *provider* avrebbe due alternative: rimuovere l'illecito e quindi assicurarsi l'esenzione da responsabilità, o non rimuoverlo e dunque rischiare se poi dovesse risultare che quel contenuto era effettivamente contenuto protetto dal diritto d'autore. Il *provider*, essendo soggetto privato e non pubblico, persegue quelli che sono i suoi interessi economici e non interessi pubblicistici vincolati a fini di tutela e maggior considerazione di situazioni delicate quali possono essere quelle dei singoli utenti. Di conseguenza sarà molto più probabile che il *provider* propenda per l'immediata eliminazione del contenuto, a prescindere da un accertamento circa l'effettiva illiceità del contenuto rimosso. Il DMCA tenta di stabilire un equilibrio anche per questa situazione: è prevista la possibilità, per l'utente che si è visto il contenuto rimosso, di inviare una contro notifica nella quale egli possa far valere le proprie ragioni.

A questo punto due sono le opzioni: se il primo notificante non risponde a sua volta il contenuto rimosso deve essere ripristinato, altrimenti può adire il giudice per risolvere la controversia. L'impianto così delineato sembrerebbe propendere per una considerazione equilibrata delle parti in gioco, sennonché, nella realtà concreta dei fatti, tale soluzione si presti come una soluzione più idealizzata che idealizzabile. Poche sono infatti le persone che possono permettersi di sostenere i costi di un'azione legale e consci di ciò ancora meno sono coloro che, di fronte a tale situazione, si attivano per far valere un proprio diritto leso, ritenendo più conveniente, almeno dal punto di vista economico, lasciar correre, loro malgrado.

E anche ammettendo la possibilità economica di sostenere le spese di un giudizio, tendenzialmente gli utenti si trovano in una posizione di debolezza rispetto ai *copyright holders*, in genere grandi imprese dotate di solide finanze. Inoltre, come è stato fatto notare, dal momento della contro notifica e successiva intenzione del *copyright holder* di agire in giudizio il *provider* deve mantenere disabilitato l'accesso al contenuto rimosso, di fatto così garantendo quella che sarebbe un'ingiunzione preliminare posta tuttavia al di fuori di un processo e soprattutto da un soggetto privato non curante dei diritti delle parti in lite.

### 2.2.8 Il caso *MGM v. Grokster*

Mentre Napster rappresentò l'epicentro dei sistemi *peer-to-peer* di prima generazione, Grokster incarnò la successiva evoluzione prevedendo un nuovo sistema che indirizzava le richieste dei singoli utenti ad un *file* specifico fino a quando non veniva identificata la richiesta, consentendo così all'utente di accedere al *file*, il tutto senza la necessità di un sistema centrale.

Interessante, relativamente alla *secondary liability* riferibile ai sistemi P2P, risulta l'analisi della pronuncia della Corte Suprema nel caso *MGM v. Grokster*[170].

La controversia era sorta tra la Metro-Goldwyn-Mayer e il *provider* Grokster. La prima infatti aveva lamentato la violazione dei propri diritti di *copyright* accusando il *provider* di aver fornito un *software* che permetteva lo scambio di *file* mediante reti P2P. Occorre tuttavia precisare che tale *software* poteva essere utilizzato per scambiare qualsiasi contenuto (e dunque non solo materiale protetto, ma anche contenuti leciti). La Corte Distrettuale e la Corte d'Appello, partendo dalla sentenza riferibile al caso *Sony Betamax*[171], ricordarono la conclusione allora raggiunta dalla Corte per cui la mera distribuzione di un prodotto suscettibile anche di usi leciti non poteva comportare *contributory liability* se il fornitore non aveva conoscenza effettiva della violazione e non avesse conseguentemente omesso di attivarsi per rimuovere i contenuti lesivi.

La *District Court* e il *Ninth Circuit* analizzarono così gli elementi propri della *contributory liability*.

Per quanto concerne il *knowledge*, non vennero considerate rilevanti le varie notifiche inviate al *provider* dai titolari dei diritti, in quanto non idonee a far acquisire a Grokster *actual knowledge*. Infine le corti si distanziarono parzialmente dal precedente di Napster[172], considerando Grokster estraneo a un coinvolgimento nella partecipazione all'illecito.

Grokster non poteva essere responsabile nemmeno a titolo di *vicarious liability*, in quanto non aveva potere o capacità di monitorare l'utilizzo del *software*, considerata anche l'assenza di un procedimento di registrazione.

La particolarità della pronuncia risiede nella diversa lettura che dalla Corte viene fornita ri-

---

[170] *Metro-Goldwin-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd.,* 545 U.S. 913, (2005). Cfr. J. BOYLE; J. JENKINS, *Intellectual Property: law & information society. Cases and material*, Quarta edizione, 2018, 530-545, https://web.law.duke.edu/cspd/openip/.

[171] *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.,* 464 U.S. 417 (1984).

[172] *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.,* cit.

spetto al precedente caso *Sony Betamax*. Secondo la Corte infatti la mera passibilità del prodotto anche di utilizzi leciti non integrerebbe un elemento sufficientemente idoneo ad escludere *contributory liability* in capo al *provider*: è ben possibile infatti provare l'intenzionalità di quest'ultimo nella promozione dell'illecito. Proprio nel caso in esame la Corte riscontra tre elementi idonei a dimostrare l'intenzionalità di Grokster:

a) Il ruolo attivo del *provider* nel promuoversi come successore di Napster, palesando il suo obiettivo di agevolare la diffusione di contenuti illeciti;
b) l'assenza di qualsiasi tentativo di filtraggio dei contenuti illeciti;
c) i profitti del *provider*, derivati dalla vendita di spazi pubblicitari sulle pagine visualizzate dagli utenti.

Tale decisione può rappresentare una lettura problematica in quanto appare pretestuosa e vacillante la frettolosità nel superare il precedente *Sony Betamax*, rinvenendo una volizione da parte del *provider* in elementi poco convincenti (l'assenza di tentativi di filtraggio infatti sembra essere un elemento insufficiente a provare la volizione dell'illecito in capo a Grokster: il *provider* dovrebbe essere vincolato a un onere di attivazione successivo piuttosto che preventivo). Lo stesso riferimento alle pubblicità come sistema di *business* del *provider* pare essere inidoneo a provarne l'intenzionalità nell'illecito: si tratta infatti di un modello di *business* largamente diffuso tra le realtà *online*.

## 2.3 Il contesto europeo e nazionale

Come avuto modo di anticipare, il concetto di diritto d'autore nel continente europeo si sviluppò partendo da basi istituzionali, sociali ed economiche diverse, comportandone alcune particolarità. Anche in Europa tuttavia, accompagnata all'evoluzione tecnologica si avvertì sempre più l'esigenza di regolamentare, almeno in parte, i grandi protagonisti dell'era digitale e il loro modo di operare in internet e attraverso internet.

La prima sfida che l'Unione Europa dovette affrontare fu l'inevitabile divergenza tra le varie normative nazionali di ciascuno stato membro. Infatti l'Unione, fissato come obiettivo il consolidamento di un mercato comune europeo, ha trovato nella crescente rilevanza economica che stava andando assumendo il diritto d'autore una materia di interesse e allo stesso tempo un ostacolo dovuto alla diversa posizione di ciascuno stato membro sul punto.

Un importante punto di svolta fu dapprima segnato dall'adozione della Carta dei Diritti

Fondamentali dell'Unione Europea[173], la quale, nel suo art. 17 paragrafo 2 sancisce che "La proprietà intellettuale è protetta". Tuttavia, sebbene attraverso questa disposizione il diritto d'autore sembri assurgere a diritto fondamentale, da porre in bilanciamento con altri diritti fondamentali quali riservatezza, libertà di espressione, libertà d'impresa e così via, deve essere letto nel contesto della normativa stessa dell'Unione Europea, e in particolare con l'art. 51 della Carta stessa nonché con l'art. 6 del TUE. La portata dell'art. 17 della Carta risulta infatti compressa dal principio, più volte ripetuto, per cui la Carta non amplia le competenze dell'Unione Europea definite nei trattati (art. 6 paragrafo 1). Tuttavia il paragrafo terzo della medesima norma ricorda come «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali» e, così come l'art. 52 della Carta, invita dunque a leggere le norme e a interpretarle in maniera sistematica rispetto al *jus non scriptum* europeo[174].

L'art. 51 della Carta infine sancisce che le disposizioni contenute nella Carta stessa «si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati», sembrando dunque restringere ulteriormente la portata delle disposizioni ivi contenute.

Tuttavia la CGUE, più volte intervenuta sul punto[175], ha chiarito come in realtà gli stati membri debbano dare applicazione della Carta tenendo conto delle relative pronunce della Corte di Giustizia, infatti «quando un giudice di uno Stato membro sia chiamato a verificare la conformità ai diritti fondamentali di una disposizione o di un provvedimento nazionale che, in una situazione in cui l'operato degli Stati membri non è del tutto determinato dal diritto dell'Unione, attua tale diritto ai sensi dell'articolo 51, paragrafo 1, della Carta, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto

---

[173] Nota anche come Carta di Nizza.

[174] A. VIGLIANISI FERRARO, *L'incidenza dell'art. 17 della Carta di Nizza nell'ordinamento giuridico italiano*, in G. D'AMICO (a cura di), *Proprietà e diritto europeo. Atti del Convegno Reggio Calabria, 11 e 12 ottobre 2013*, Napoli, 2013, 153-184.

[175] Sentenza della Corte di Giustizia, *Åkerberg Fransson,* C-617/10, 26 febbraio 2013, reperibile su www.curia.eu.

dell'Unione»[176].

Nonostante questo ruolo quasi dirimente della giurisprudenza europea il Trattato di Lisbona e la medesima corte tendono a non dare eccessivo respiro alla portata applicativa della Carta, volendo rispettare le scelte normative dei singoli ordinamenti nazionali, fintanto che queste non collidano con quelli che sono gli scopi dei Trattati e della normativa europea. Fatta eccezione dunque per questa disposizione che, come visto, ha portata estremamente ristretta, la disciplina comunitaria non contempla una disposizione volta ad annoverare tra le competenze dell'Unione Europea quella in materia di proprietà intellettuale. Tuttavia gli artt. 114, 118 e 352 TFUE conferiscono agli organi comunitari il potere di legiferare in materia di proprietà intellettuale con il fine di perseguire la creazione di un mercato unico europeo, nel rispetto dei principi di proporzionalità e sussidiarietà. Lo strumento privilegiato a tal scopo è proprio quello della direttiva europea, prediligendo un'armonizzazione della materia piuttosto che una regolamentazione unitaria comunitaria. Ed è proprio attraverso questo strumento che il legislatore comunitario si muove in materia di proprietà intellettuale, da una parte limitato dai principi di proporzionalità e sussidiarietà, dall'altra volto a incentivare gli stati membri al raggiungimento di un equilibrio tra questo diritto e altri diritti fondamentali contrapposti, tenendo in considerazione la costante evoluzione tecnologica e i necessari adattamenti che richiede.

### 2.3.1 Il panorama antecedente alla direttiva e-commerce

Prima di approdare a un intervento normativo comunitario, gli ISP erano già al centro di un acceso dibattito. In assenza di un'apposita legge in materia e di un particolare intervento da parte dell'Unione Europea sul punto, all'interno dell'ordinamento italiano si ritennero applicabili a detti soggetti le norme in materia di responsabilità civile e penale. Il primo tipo di responsabilità si sostanzia in un comportamento illecito posto in essere da un soggetto nei confronti di un altro tale da arrecargli un danno ingiusto. In questi casi è possibile, rispettate determinate condizioni, ottenere un risarcimento del danno.

La seconda invece ricorrere quando il soggetto pone in essere un'attività particolarmente dannosa dalla legge qualificata come reato. Nel caso in cui il *provider* avesse compiuto un illecito (siamo qui nell'ipotesi di un *content provider*), si riteneva applicabile, in mancanza di un'apposita disposizione, la più generale disciplina in tema di responsabilità civile, ossia

[176] Sentenza della Corte di Giustizia, *Åkerberg Fransson*, cit., par. 29.

l'art. 2043 c.c., stabilendo che il *provider* rispondesse per fatto proprio. Già allora anche l'AIIP (codice di autoregolamentazione dell'Associazione Italiana Internet *Provider*) configurava come responsabile il *provider* per i contenuti messi in circolazione.

La questione, fin qui pacifica, si complicò quando il prestatore di servizi non rappresentava un *content provider* ma un *access/cache/hosting provider*, e in particolare dunque quando l'illecito era compiuto da una terza parte che aveva poi immesso e diffuso il contenuto tramite il servizio offerto dal *provider* stesso. Ai primi commentatori appariva chiaro come in questi casi l'attività posta in essere dal *provider* fosse «del tutto autonoma rispetto a quella illecita del terzo, pur essendo causalmente la prima *condicio sine qua non* della verificazione della seconda»[177]. In queste ipotesi diverse furono le proposte di prospettazione di responsabilità:

- un primo approccio favoriva l'applicazione dell'art. 2055 c.c. per la responsabilità concorsuale del *provider* nel compimento dell'illecito;
- altro approccio fu il tentativo di vedersi applicare l'art. 2049 c.c. individuando una responsabilità da negligenza del *provider* che non avrebbe dunque compiuto tutti quei controlli atti a prevenire l'illecito;
- diverso approccio vedeva l'applicazione dell'art. 2050 c.c. facendo rientrare l'attività posta in essere dal *provider* all'interno della categoria delle attività pericolose, così da far sorgere responsabilità in capo al fornitore per tutti gli illeciti posti in essere da quegli utenti che si appoggiano al suo servizio, prevedendo un'esenzione da tale responsabilità solo previa dimostrazione di aver adottato tutte quelle misure idonee a prevenire l'illecito;
- un ultimo approccio voleva applicare la disciplina in materia di responsabilità dell'editore di testata giornalistica, equiparando responsabile editoriale e *provider*, facendo sorgere dunque in capo a quest'ultimo un obbligo di verifica dei contenuti immessi in rete dagli utenti.

Tra tutti questi approcci, quello che inizialmente ebbe più successo fu proprio l'ultimo descritto. La giurisprudenza tendeva a ricostruire la responsabilità del *provider* applicando in via analogica l'art. 11 (per la responsabilità civile) e l'art. 13 (per la responsabilità penale) della l. 47/1948[178], il tutto coadiuvato dall'art. 30 l. 223/1990 in tema di trasmissioni televi-

---

[177] G. CASSANO; F. BUFFA, *Responsabilità del content provider e dell'host provider,* in *Il Corriere giuridico*, fasc. 1, 2003, 77-81.

[178] Art. 11: «Per i reati commessi col mezzo della stampa sono civilmente responsabili, in solido con gli autori del reato e fra di loro, il proprietario della pubblicazione e l'editore».
Art. 13: «Nel caso di diffamazione commessa col mezzo della stampa, consistente nell'attribuzione di un fatto

sive o radiofoniche.

Tendenzialmente dunque si richiedeva un obbligo di vigilanza in capo al *provider* sui contenuti caricati e diffusi dagli utenti mediante i suoi servizi, pena una sua corresponsabilità per gli eventuali illeciti compiuti da questi soggetti terzi. Questa prima soluzione tuttavia non andò esente da critiche: l'art. 1 della citata legge ritagliava tale disciplina per le sole stampe o stampati[179], non sembrando dunque la norma essere passibile di interpretazione analogica. Stesso dicasi per l'estensione dell'applicazione di una norma penale che, oltre tutto, ricadeva in *malam partem* sui *providers*.

Nonostante tali palesi incongruenze, di fatto, per quel lungo periodo di mancanza legislativa in materia regnò imperante questa elaborazione giurisprudenziale che di fatto addossava una responsabilità di tipo oggettivo ai *providers* per i contenuti illeciti immessi dagli utenti.

La prima pronuncia in cui un *provider* venne equiparato a un organo di stampa fu quella del Tribunale di Napoli dell'8 agosto 1997, in cui si sostenne che «Il titolare di un nome di dominio Internet ha gli obblighi del proprietario di un organo di comunicazione, poiché la rete Internet, quale 'sistema internazionale di interrelazione tra piccole e grandi reti telematiche', è equiparabile ad un organo di stampa» e che dunque «il proprietario di un canale di comunicazione destinato ad un pubblico di lettori, al quale va equiparato quale organo di stampa un sito Internet, ha l'obbligo di vigilare sul compimento di atti di concorrenza sleale eventualmente perpetrati attraverso la pubblicazione di messaggi pubblicitari di cui deve verificare la natura palese, veritiera e corretta, concorrendo, in difetto, e a titolo di responsabilità aquiliana nell'illecito di concorrenza sleale»[180].

Sugli obblighi di controllo si affermò che «Il titolare di un nome di dominio Internet risponde degli eventuali illeciti integrati dal contenuto delle pagine inserite nel sito da lui gestito: su di lui grava infatti un obbligo di diligente verifica circa la legittima titolarità del segno distintivo usato dall'inserzionista e di controllo preventivo circa il contenuto del messaggio, al fine di verificare che la pubblicità sia palese, veritiera e corretta. Tale principio rimane fermo anche se il titolare del nome di dominio si limita alla manutenzione tecnica del sito, mentre la creazione, la gestione e la negoziazione commerciale delle pagine da mettere

---

determinato, si applica la pena della reclusione da uno a sei anni e quella della multa non inferiore a lire 500.000. La misura della multa è stata così elevata dall'art. 113, secondo comma, l. 24 novembre 1981, n. 689. Per effetto dell'art. 24 c.p. l'entità della sanzione non può essere inferiore a lire 10.000. La sanzione è esclusa dalla depenalizzazione in virtù dell'art. 32, secondo comma, della citata l. 689/1981».

[179] Art. 1: «Sono considerate stampe o stampati, ai fini di questa legge, tutte le riproduzioni tipografiche o comunque ottenute con mezzi meccanici o fisico-chimici in qualsiasi modo destinate alla pubblicazione».

[180] Trib. Napoli, 8 agosto 1997, in *Dir. inf.*, 1997, 970 (caso *Cirino Pomicino*) e in *Riv. dir. ind.*, 1999, II, 38.

in rete è affidata ad un soggetto terzo.

L'onere di provare il contenuto di una pubblicazione 'on line' può essere soddisfatto mediante l'esibizione della riproduzione a stampa delle pagine elettroniche di cui si compone un 'sito' Internet. Il proprietario di un 'sito' Internet ha obblighi precisi di vigilanza sul compimento di atti di concorrenza sleale eventualmente perpetrati attraverso la pubblicazione di messaggi pubblicitari. La colposa o dolosa inottemperanza a questi obblighi comporta la sua corresponsabilità nell'illecito concorrenziale»[181].

Questa pronuncia fu seguita da altre della medesima impronta. Anche il Tribunale di Teramo l'11 dicembre 1997[182] sostenne come l'abuso del diritto di cronaca fosse sanzionabile anche se posto in essere mediante internet, non rilevando il mezzo con cui viene compiuto ma piuttosto l'essenza del fatto, che rimane la medesima. Così, anche il Tribunale di Macerata, il 2 dicembre 1998, assimilò il gestore di rete a una sorta di editore, con il conseguente medesimo obbligo di vigilanza sui contenuti, e il Tribunale di Bari, l'11 giugno 1998, inquadrò il *provider* come un peculiare giornale informatico. Unica eccezione, che tuttavia rimase tale e non fu in grado di far nascere precedenti, fu il Tribunale di Cuneo, il 23 giugno 1997, che ritenne equiparabile il *provider* non a un organo di stampa ma a un «centro commerciale che abbia concesso in locazione la bancarella sulla quale l'autore ha esposto i prodotti incriminati» e con ciò escluse la responsabilità del *provider*. In altre parole, il giudice stabilì che «il service *provider*, che si limiti a concedere l'accesso alla rete, nonché lo spazio del proprio *server* per la pubblicazione dei servizi informativi realizzati dal fornitore, non è responsabile della violazione del diritto d'autore eventualmente compiuta da quest'ultimo»[183].

Si cominciò poi lentamente ad assistere ad un'inversione di tendenza, con ad esempio l'ordinanza del Tribunale di Roma del 4 luglio 1998, in cui il giudice escluse la responsabilità del *provider* in quanto questo si era limitato ad offrire uno spazio in rete agli utenti e, trattandosi, nel caso di specie, di un *news-server* non moderato, esso non aveva potere di controllo o vigilanza sugli interventi ivi pubblicati[184]. Alla medesima conclusione cominciarono a giungere anche altre corti, quali il Tribunale di Oristano nella decisione del 25 maggio 2000, non considerando applicabile la normativa in materia di stampa al mondo digitale, del tutto

---

[181] *Ibidem*.

[182] Trib. Teramo, 11 dicembre 1997, in *Dir. Informatica*, 1998, 370 con nota di COSTANZO, *Libertà di manifestazione del pensiero e "pubblicazione", in Internet* nota Tribunale Teramo, 11/12/1997, in *Riv. inf. e informatica 1998*, 2, 372.

[183] Trib. Cuneo, 23 giugno 1997 in *Giur. Piemontese*, 1997, 493.

[184] Trib. Roma, 4 luglio 1998 in *Dir. Inf.* (Giuffrè), pag. 807, 1998 con nota di COSTANZO, *I newsgroups al vaglio dell'Autorità giudiziaria (ancora a proposito della responsabilità degli attori d'Internet)*, nota a Tribunale Roma, 04/07/1998, in *Riv. inf. e informatica 1998*, 4-5, 0811.

peculiare. Ci si muoveva sempre più verso una applicazione dell'art. 2055 c.c.: nel 1999 lo stesso Tribunale di Roma aveva tentato di indicare alcuni criteri guida per poter affermare o escludere la responsabilità del *provider*, evidenziando come «sulla base dei principi del concorso nel fatto illecito altrui, […] il terzo risponde se con la sua condotta commissiva od omissiva, ha dato un apporto causale al realizzarsi dell'illecito, in presenza di un atteggiamento psicologico di dolo o colpa: nel caso del *provider*, che effettua il collegamento; non si dubita che egli non possa accertarsi del contenuto illecito delle comunicazioni e dei messaggi che vengono immessi in un sito; tuttavia, non può escludersi la sua colpa, se le comunicazioni necessariamente date allo stesso *provider* al fine di ottenere il collegamento, configurino esse stesse all'evidenza un illecito». Diversamente si «consentirebbe, ad esempio, che vada esente da responsabilità, pur sussistendo tutti gli elementi del concorso nell'illecito, il *provider* che dia il collegamento a chi dichiaratamente intenda aprire un sito al fine di effettuare traffico di minori a fini turpi o commercio di sostanze stupefacenti»[185].
Dunque negli anni che precedettero l'adozione della direttiva e-commerce la giurisprudenza italiana adottò prima un approccio volto a estendere la responsabilità degli utenti per i contenuti caricati anche agli ISP, per poi prediligere un'impostazione opposta in cui tendenzialmente si escludeva la responsabilità dei fornitori di servizi in caso non fossero ravvisati dolo o colpa a loro carico, ed escludendo un generale obbligo di sorveglianza in capo al *provider*.

### 2.3.2 La direttiva e-commerce

Verso la fine degli anni '90 gli USA vantavano una notevole crescita in materia di commercio elettronico, tant'è che il legislatore statunitense decise di intervenire sul punto con il famoso DMCA. L'Unione Europea, resasi conto dell'arretratezza del suo impianto legislativo in materia e dell'ineluttabile crescita esponenziale dello strumento digitale decise di intervenire con un'apposita direttiva, oggi conosciuta con il nome di direttiva e-commerce.
Con la direttiva 2000/31/CE, recepita in Italia con il d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, si cercò dunque di delineare uno sfondo normativo per tutte quelle attività di rilevanza economica che possono essere svolte mediante internet, armonizzando il settore notevolmente frazionato dalle diverse legislazioni nazionali[186]. La direttiva, incentrata dunque sul commercio

[185] Trib. Roma 22 marzo del 1999, in *Riv. dir. comm.*, 1999, II, 273.
[186] Cfr. J. LIGUORI, *La responsabilità degli Internet Service Provider*, Tesi di dottorato, in *Diritto, economia e finanza*

elettronico, dedica la propria sezione quarta agli intermediari che operano in rete, ispirandosi proprio alla soluzione adottata oltreoceano (il DMCA), nonché alla legge tedesca del 1 agosto 1997.

Nell'analisi di un testo normativo è sempre bene, dopo aver illustrato il contesto, cominciare dalle intenzioni del legislatore, e dunque dai considerando.

Gli obiettivi principali della direttiva sono racchiusi nei primi tre considerando, che sembrano dipingere l'obiettivo di perseguimento del progresso che spesso viene menzionato all'atto di legiferare in tema di proprietà intellettuale: con ciò l'Unione intende garantire il progresso economico e sociale garantendo un mercato interno senza frontiere anche nell'ambito dei "servizi della società dell'informazione"[187], offrendo così anche nuove opportunità per l'occupazione. Nel perseguire questo obiettivo il considerando 10 ricorda come l'intervento della detta direttiva debba essere rispettoso del principio di proporzionalità, limitandosi al «minimo necessario per raggiungere l'obiettivo del buon funzionamento del mercato interno». Importante risulta essere anche il considerando 19 trattando del luogo di stabilimento e stabilendo che esso è da intendersi con riferimento al luogo in cui le imprese esercitano nel concreto la loro attività economica, ovviando a un notevole problema concernete la rete: la delocalizzazione dei *server*.

I considerando 40 e 41 espongono in modo chiaro quelli che sono gli obiettivi della direttiva: il legislatore prende atto delle divergenze normative in materia di proprietà intellettuale e degli ostacoli che possono rappresentare per il progresso e per un'adeguata tutela degli interessi in gioco. Tale assesto frammentario danneggerebbe il mercato interno nonché nuocerebbe alla concorrenza, è dunque anche compito dei protagonisti di quest'epoca agire affinché il materiale illecito venga rimosso o ne venga comunque disabilitato l'accesso. I considerando 42 e 43 invece illustrano le ragioni di un'esenzione da responsabilità in capo ai *provider*, sussistendo le condizioni nella direttiva indicate.

Questi fornitori di servizio vengono allocati in un piano altro rispetto a quello degli utenti, con i quali non hanno rapporto alcuno. Difatti detta esenzione viene meno nel momento in

---

*internazionali*, Università degli Studi di Parma, 2012, 33-35, disponibile al *link* http://dspace-unipr.cineca.it/handle/1889/1787.

[187] La direttiva fa riferimento alla definizione di "Servizi della società dell'informazione" contenuta nella direttiva 98/34/CE, poi modificata dalla direttiva 98/48/CE, che però intendere ampliare nei considerando 17 e 18: non solo "qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi" ma anche i «servizi non remunerati dal loro destinatario, nella misura in cui costituiscono un'attività economica», e la «trasmissione di informazioni mediante una rete di comunicazione, la fornitura di accesso a una rete di comunicazione o lo stoccaggio di informazioni fornite da un destinatario di servizi».

cui questo rapporto si viene a creare deliberatamente collaborando con un destinatario del servizio al fine di commettere atti illeciti e non più limitandosi a semplice attività tecnica (considerando 44). Il legislatore comunitario tuttavia non ha voluto rimanere insofferente davanti al titolare di un diritto leso, per cui al considerando 45 fa salvi tutti quegli strumenti (quali azioni inibitorie) volti a tutelare la posizione dei danneggiati. Infine, per il caso del *caching provider*, il considerando 46 richiede un ulteriore passaggio, ossia il pronto intervento del fornitore per la rimozione del materiale illecito non appena informato o venuto a conoscenza dello stesso. Tutte queste ipotesi non comportano un obbligo di monitoraggio dei contenuti e dunque un obbligo di sorveglianza generale in capo al *provider*: lo stesso considerando 47 ricorda come la presente direttiva fa divieto agli stati membri di imporre un obbligo generale di monitoraggio dei contenuti, ferme restando le possibilità di sorveglianza particolare ad esempio su richiesta da parte delle autorità nazionali. Per contro, il considerando successivo lascia libertà agli stati nel prevedere degli obblighi di diligenza in capo al *provider*.

### 2.3.3 La sezione 4 della direttiva e-commerce

La direttiva 2000/31/CE nella sua sezione 4 si occupa della responsabilità dei prestatori intermediari. Prendendo ad esempio l'OCILLA, si è cercato di delineare un sistema di responsabilità degli ISP in negativo, ossia individuando una serie di condizioni sussistendo le quali i *providers* andrebbero esenti da responsabilità. Il legislatore comunitario, dunque, non interviene prevedendo norme di fattispecie, ossia norme contenenti elementi costitutivi della responsabilità dei *providers*. Contrariamente, si limita a indicare quelle attività che, al sussistere di determinate condizioni, possono giovarsi di una totale esenzione dalla responsabilità. Detti criteri di esenzione sono meramente oggettivi, basandosi esclusivamente sul ruolo svolto dal *provider*.

La direttiva, per contro, non tratta delle ipotesi in cui i *providers* sono chiamati a rispondere di illeciti in via diretta ed esclusiva, per le quali si ritengono applicabili gli ordinari criteri di imputazione della responsabilità previsti dal nostro ordinamento.

Come nel testo statunitense, si è inteso diversificare a seconda della tipologia di servizio offerta dal *provider*, ma vi sono alcune notevoli differenze: mentre il DMCA si concentra sul solo *copyright*, la direttiva europea abbraccia tutti gli illeciti compiuti *online*, prediligendo un approccio orizzontale. Inoltre, la direttiva considera non solo la responsabilità civile ma an-

che quella penale. Infine, la direttiva europea non prende in considerazione i motori di ricerca e i collegamenti ipertestuali.

Gli articoli di riferimento, in materia di responsabilità degli ISP, sono gli artt. 12-15. L'art. 2 lettera b) riporta la definizione data dal legislatore comunitario di prestatore, considerato «la persona fisica o giuridica che presta un servizio della società dell'informazione», mentre la lettera d) riporta la definizione di destinatario del servizio, ossia «la persona fisica o giuridica che, a scopi professionali e non, utilizza un servizio della società dell'informazione, in particolare per ricercare o rendere accessibili delle informazioni». Gli artt. 12-14 distinguono i *providers* a seconda del servizio: questo può essere di semplice trasporto (*mere conduit*), memorizzazione temporanea (*caching*) e *hosting*.

La prima fattispecie, quella di cui all'art. 12[188], si occupa dei *mere conduit providers* (attività di semplice trasporto) e richiama, in parte, la sezione 512 (a) del DMCA, escludendo la responsabilità del *provider* che si limita a dare accesso alla rete, a patto che siano rispettate alcune condizioni:

a) Il *provider* non ha dato origine alla trasmissione
b) Il *provider* non selezioni il destinatario della trasmissione
c) Il *provider* non intervenga sul contenuto della trasmissione, selezionandola o alterandola.

Tra le tipologie di *providers* oggetto di disciplina questa è sicuramente quella che gode del maggior *favor* del legislatore: per incorrere in responsabilità occorre porre in essere le (tassative) condotte vietate dal legislatore. Lo standard di diligenza richiesto dal legislatore non è particolarmente oneroso in quanto è sufficiente mantenere una posizione neutrale, senza che si possa rinvenire un obbligo di predisposizione di mezzi volti a prevenire gli illeciti. Inoltre il *provider*, se al corrente di attività illecite poste in essere dagli abbonati, non è obbligato a rimuoverle, a meno che ciò non gli sia stato imposto da un organo giurisdizionale o da un'autorità amministrativa.

---

[188] Art. 12: «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».

L'articolo in questione (e quindi anche l'art. 14 del d.lgs. n.70/2003) sembra dunque riguardare un'attività puramente passiva, equiparabile a quella esercitata dai *common carriers*[189]. Tuttavia una posizione più consapevole argomenterebbe che le attività poste in essere da questi ultimi e da un *mere conduit provider* non sono pienamente sovrapponibili, avendo questo anche un inevitabile «ruolo attivo nello smistamento delle comunicazioni in transito. Si pensi, ad esempio, alla funzione dei *proxy*, che si interpongono tra utenti e banche dati, o ai vari sistemi di filtraggio adottati dagli *access providers* per bloccare certi contenuti o indirizzare la navigazione»[190]. Proprio per ciò il legislatore ha preferito indicare quelle ipotesi in cui *non* sussiste responsabilità, ovviando ad ogni dubbio. Chiaro che, qualora il *provider* dovesse trasmettere informazioni proprie, non si rientrerà nelle ipotesi di intermediazione mera e dunque non potranno trovare applicazione le esenzioni oggetto delle norme in esame. Ogni ingerenza del *provider* all'interno di questo processo, che deve dunque essere dominato da una neutralità, è sufficiente a far cadere ogni applicazione dell'art. 12.

L'art. 13 della direttiva (art. 15 d.lgs. n.70/2003) si occupa della memorizzazione automatica, intermedia e temporanea dei contenuti trasmessi allo scopo esclusivo di assicurarne la successiva trasmissione ad altri destinatari, su richiesta di questi ultimi (o "*caching*"). Si tratta dunque di quelle attività di memorizzazione temporanea necessarie aventi lo scopo di garantire una maggiore efficienza e celerità e che non richiedono una elaborazione dei contenuti trasmessi: le copie sono dunque il risultato di un mero processo tecnico e si pongono in una posizione mediana tra un momento iniziale in cui viene resa accessibile l'informazione e quello finale in cui questa approda all'utente finale.

Per le attività che comportano la memorizzazione automatica dei contenuti trasmessi, il legislatore comunitario richiede che tale attività sia finalizzata alla trasmissione sulla rete e che la sua durata non ecceda il tempo ragionevolmente necessario a raggiungere tale scopo. Inoltre si richiede che il *provider*:

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

[189] Società che forniscono servizi di comunicazione al pubblico, come gli operatori telefonici.
[190] R. D'ARRIGO, *Recenti sviluppi in tema di responsabilità degli Internet Service Providers*, Milano, 2012, 22-23.

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[191].

In sintesi dunque si richiede: automatismo, carattere intermedio e temporaneità. Tale ultimo elemento rappresenta il maggior discrimine tra l'attività di *caching* e quella di *hosting*, la quale invece prevede una memorizzazione duratura dei contenuti.

Il comma 2 riprende il comma 3 dell'articolo precedente, citando possibili ordini da parte di un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa. È stata criticata la genericità e vaghezza delle condotte esonerative indicate, in particolare quelle di cui alle lett. b), c) e d); tuttavia tale approccio è giustificato sulla base dell'impossibilità di prevedere *ex lege* tali parametri di carattere tecnico nonché della controproducente rigidezza di cui si macchierebbe un testo legislativo in un ambito in così veloce evoluzione, con il rischio di partorire una disciplina già vecchia nel momento della sua entrata in vigore.

La diligenza qui richiesta deve essere parametrata sull'attività dal *provider* svolta. Rispetto al *mere conduit*, questa tipologia di *provider* presenta un disciplina più severa: anche qui si richiede un ruolo prettamente tecnico svolto dal fornitore del servizio, ma si pone qui anche l'enfasi sulla necessità di adeguarsi alle norme di aggiornamento dei contenuti. La *ratio* risiede nell'esigenza di arginare il perpetrarsi della violazione.

Infine si disciplina l'attività dell'*hosting provider* all'art. 14 (art. 16 d.lgs. n. 70/2003) il quale

---

[191] Art. 13: «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
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».

memorizza informazioni fornite da un destinatario del servizio. Il prestatore non è responsabile laddove:

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, o

b) non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso[192].

La norma europea richiama la *section* 512 (c)(1)(A) del DMCA e con essa dunque anche le nozioni di *actual knowledge* e di *red flag knowledge*. Tuttavia occorre sottolineare come gli effetti di tale simil trasposizione sono diversi nei due continenti: negli Stati Uniti l'impianto di *common law* consente una maggiore stabilità interpretativa di tali nozioni, mentre in Europa, mancando un principio quale quello dello *stare decisis*, i rischi di diverse interpretazioni aumentano. Sul punto sono stati elaborati i due diversi criteri di "conoscenza" e "conoscibilità", rilevando, ai fini delle disposizioni in esame, l'attuale conoscenza dell'illecito o di circostanze dalle quali questo appaia evidente e non la mera conoscibilità[193].

Permangono tuttavia problemi interpretativi circa la lettera a) concernente la possibilità di azioni risarcitorie: qui si richiede che il *provider* non sia a conoscenza di circostanze che rendano manifesta l'illiceità di determinati fatti o circostanze. Si è discusso se tale distinzione voglia enfatizzare il distinguo tra responsabilità penale e civile del *provider*, ricorrendo la prima nelle ipotesi di effettiva conoscenza, altrimenti ricorrendo la seconda (anche se in realtà il decreto italiano di recepimento non fa cenno a reati sul punto)[194]. Inoltre la lettera b) del decreto di recepimento desta numerosi problemi: da un lato chiaramente si prevede che l'attivazione dell'obbligo di rimozione da parte del *provider* debba avvenire solo subor-

---

[192] Art. 14: «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, o

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».

[193] G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, Torino, 2002, 207-208.

[194] Su tema vedi U. DRAETTA, *Internet e commercio elettronico*, Milano, 2001, 81.

dinatamente a un provvedimento emanato da un'autorità, dall'altro nulla viene detto circa le eventuali formalità da rispettarsi nella comunicazione all'autorità competente.

Nell'ordinamento italiano dunque si tende ad escludere che sia il *provider* medesimo a svolgere qualsivoglia accertamento circa un eventuale illecito. Se ne desume poi che da tale comunicazione il *provider* possa trarre conoscenza effettiva, e dunque ricadere nelle ipotesi di cui alla lettera precedente. Tuttavia a questo punto pare esservi un contrasto con la locuzione "azioni risarcitorie": a seconda delle tesi preferibile, si discuteva se il *provider* fosse dunque responsabile per un'inerzia nella rimozione del contenuto illecito, previa conoscenza effettiva di quest'ultimo, o per la non conoscenza di materiale che avrebbe dovuto conoscere, rientrando nel campo della diligenza professionale (ciò anche in ragione del considerando 48 della direttiva in esame).

Il co. 3 così recita: «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», rimettendo tale possibilità alla discrezionalità degli Stati membri. Tuttavia tale norma deve essere letta in combinato disposto con l'art. 15 il quale vieta l'imposizione di un obbligo generale di monitoraggio dei contenuti in capo ai *providers*. Quindi il *provider* non ha un obbligo di attivazione nella ricerca di contenuti illeciti né di sorveglianza delle informazioni a tale scopo, ma, venuto a conoscenza dell'illecito, è tuttavia tenuto a rimuovere il contenuto lesivo.

Il co. 2 dell'art. 15 della direttiva infine prevede la possibilità per gli Stati membri di «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». Sicché si tende a dare lettura coerente alla norma leggendovi un divieto di sorveglianza in capo al *provider*, ma un obbligo di quest'ultimo di comunicare all'autorità violazioni delle quali sia venuto a conoscenza. Il legislatore italiano all'art. 17 co. 2 ha previsto proprio tale obbligo di informare le autorità in capo al *provider*. Ha previsto inoltre l'obbligo di «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».

La volontà di non prevedere un obbligo generale di sorveglianza prende atto della materiale impossibilità di ciò: tale condotta è di fatto inesigibile sul piano pratico, da una parte per l'entità della mole del materiale continuamente caricato *online*, dall'altra per la continua mutabilità di quest'ultimo, che può essere sempre modificato dagli utenti. Infine, un siffatto obbligo porrebbe non pochi problemi in materia di *privacy* e altri principi fondamentali quali la libertà di pensiero e di espressione. Si esclude così nell'ordinamento italiano la possibile applicazione degli artt. 2050[195] e 2051[196] c.c. Non appare più applicabile nemmeno la teoria su citata basata sull'assimilazione del *provider* al direttore di stampa.

La particolarità di quest'ultima disposizione sta nel fatto che, nonostante si sia ispirata al DMCA, non richiama né riporta notizia alcuna della procedura di *notice and take-down*, facendo sorgere dubbi e possibili conseguenze sul comportamento che i *providers* tendono ad assumere. Nulla si dice, dunque, su come debba sussistere in capo al *provider* questa "conoscenza".

Nella direttiva nel complesso le disposizioni appaiono mal concepite e formulate: infatti si ritiene che vi sia l'obbligo del *provider* di rimuovere immediatamente il contenuto qualora la sua illiceità appaia manifesta ed evidente, lasciando al giudice una verifica *ex post* sul punto; diversamente, qualora questa illiceità non sia chiara, sarà il giudice a doversene occupare, previo avviso all'autorità competente da parte del *provider*. Tuttavia, il legislatore comunitario ha vincolato gli Stati membri nell'adozione dell'art. 14, lasciandoli liberi invece nel recepimento dell'art. 15 ultimo comma. Inoltre un siffatto giudizio richiede valutazioni giuridiche che non posso essere automatizzabili e che sono complesse per chi non avvezzo a questioni giuridiche: si discute dunque su come un *provider*, operatore tecnico, possa operare valutazioni sul punto.

### 2.3.4 Le problematicità

Come avuto modo di anticipare, la direttiva in esame abbraccia diversi ambiti concernenti il mondo digitale e non solo il diritto d'autore. Per questo motivo quanto si dirà nel presente capitolo non può essere esteso agli altri ambiti, ma va riferito al solo diritto d'autore.

Occorre *in primis* introdurre le principali scelte che l'ordinamento comunitario (e quelli na-

[195] Ciò perché incompatibile con la locuzione «adottate tutte le misure idonee ad evitare il danno» sulla prova liberatoria.

[196] La "custodia" di cui all'art. 2051 richiede un dovere di controllo sul rischio derivante dalla cosa oppure un potere su di essa tale da poterla governare.

zionali) hanno dovuto effettuare per affrontare e gestire al meglio il drastico impatto che l'era digitale ha avuto e continua ad avere sulla disciplina del diritto d'autore.

Una prima scelta, inevitabile, concerne il tipo di responsabilità da considerare: ossia se preferire quella civile o spostarsi piuttosto nell'ambito penale. Tendenzialmente è stata preferita la prima alla seconda, nonostante vi siano scorci che possono lasciare aperta una lettura volta a dare spazio anche a una possibile responsabilità penale.

Un secondo imponente problema concerne l'individuazione del soggetto cui imputare tale responsabilità: come noto, diverse sono le opzioni, in particolare la scelta tra il materiale autore dell'illecito (nel nostro caso l'utente che carica e diffonde materiale illecito) o il *provider*, che agevola e dà all'utente tale possibilità. Come visto, la tentazione inziale fu quella di preferire la seconda ipotesi alla prima per diverse ragioni: la facile individuazione di tale soggetto (diversamente dalla quasi impossibile individuazione dell'utente che ha caricato il contenuto illecito), la maggiore solvibilità del *provider* (essendo, in genere, un'impresa, essa ha maggiori possibilità in tal senso, senza contare la possibile presenza di un'assicurazione *ad hoc*). Tuttavia, come è stato ben evidenziato[197], la scelta di far ricadere la responsabilità sul *provider* comporta a sua volta alcune difficoltà di notevole rilevanza, sia dal punto di vista economico, sia dal punto di vista giuridico e sociale.

Per quanto concerne le difficoltà economiche, una responsabilità in capo al *provider* rischia di rendere troppo oneroso l'operato dello stesso e, di conseguenza, far ricadere i costi di tale eccessivo sforzo sugli utenti finali, rischiando di comprimere così le note possibilità che offre la rete, oltre che rappresentare un potenziale rischio per i diritti connessi. I maggiori costi che graverebbero i *provider* inoltre rischierebbero di porre delle barriere in entrata del mercato, tagliando fuori tutte quelle piccole o medie realtà che non possono permettersi una spesa di siffatta mole.

Dal punto di vista giuridico è nota la materiale impossibilità per i *provider* di controllare i contenuti caricati dagli utenti, visto il numero sempre più elevato, e preso atto di tale impossibilità si rischierebbe dunque di approdare a un sistema basato su una responsabilità oggettiva del *provider*. L'imposizione inoltre di un sistema volto ad agevolare un possibile controllo dei contenuti susciterebbe non poche perplessità in materia di *privacy*. Infine, anche un aspetto sociale merita menzione: il *provider*, agendo come impresa e perseguendo i propri interessi economici, potrebbe porre in essere strategie volte ad evitare le situazioni

[197] G. PINO, *Assenza di un obbligo generale di sorveglianza a carico degli Internet Service Providers sui contenuti immessi da terzi in rete*, in *Danno e responsabilità*, 2004, 833.

più a rischio, selezionando i clienti e, dunque, i contenuti. Si rischia così di sfociare in un potere censorio pericoloso.

Si è fin qui illustrata la soluzione adottata dal legislatore comunitario circa la posizione da far assumere al *provider* in caso di illeciti compiuti da terzi che si avvalgono dei suoi servizi: la scelta è stata quella di non imporre al *provider* un obbligo di monitoraggio preventivo dei contenuti caricati dagli utenti né di prevedere una responsabilità oggettiva in capo al fornitore dei servizi, a prescindere dal suo effettivo coinvolgimento. Le principali ragioni risiedono nella volontà di perseguire l'obiettivo del progresso tecnologico e digitale, nella consapevolezza che tale ambito sempre più caratterizza la vita di tutti i soggetti, privati e pubblici, commerciali e non. Così facendo si è anche voluto incentivare la libera iniziativa economica degli intermediari.

Nonostante questi buoni propositi, nel complesso la direttiva presenta non poche problematicità e lacune: per l'ambito che ci riguarda la maggior parte delle critiche è stata rivolta alla disciplina dettata per gli *hosting provider*, ossia l'art. 14 della direttiva. L'articolo in questione tratta di conoscenza dell'illecito senza specificarne chiaramente i contenuti e i presupposti, lasciando spazio a incertezze e interpretazioni non sempre costanti e coerenti. Inoltre, come già anticipato, a differenza del DMCA nulla viene detto circa una procedura analoga al *notice and take down* disciplinato nell'OCILLA né sulle comunicazioni che dovrebbero intercorrere tra autorità competenti e *provider*. Ciò presenta numerosi problemi non solo per la lacuna legislativa che di certo lascia spazio e vaghezza e incertezza, ma anche sotto il profilo della conoscenza del *provider* dell'illecito. Infatti, prevedendo un divieto di monitoraggio preventivo dei contenuti, gli unici casi in cui il *provider* può venire a conoscenza di eventuali illeciti sono quelli in cui questo sia stato informato da terzi che si assumono lesi, nel nostro caso i titolari del diritto d'autore. Un siffatto passaggio risulta di cruciale importanza, eppure il legislatore comunitario ha omesso ogni accenno a una possibile procedura da applicarsi in questi casi. Sebbene sia vero che tale possibilità è lasciata agli Stati membri, una così ampia delega di discrezionalità nella procedura da adottarsi rischia di porsi in contrasto con l'obiettivo principale della direttiva: armonizzare il settore.

Preso atto del problema concernente la conoscenza dell'illecito da parte del *provider*, rimane un ulteriore problema riguardante il passaggio successivo. L'articolo in questione (così come la *section* analoga del DMCA) prevede l'obbligo di attivarsi in capo al *provider* per la rimozione dei contenuti o la disabilitazione dell'accesso ad essi non appena venuto a conoscenza dell'illecito, così da poter godere dell'esenzione da responsabilità prevista dalla diret-

tiva. Se si associa tale dovere alla lacuna circa il requisito della conoscenza il rischio aumenta: nel timore di uscire dall'ambito di protezione tratteggiato dalla direttiva, i *providers* potrebbero essere inclini a rimuovere, nel dubbio, il materiale oggetto di qualsiasi segnalazione. Si assisterebbe dunque a una continua rimozione indiscriminata dei contenuti che non vede, a monte, una valutazione degli stessi e una verifica della loro illiceità. Infatti, bisogna prendere atto del fatto che il *provider* non è un operatore che persegue interessi pubblici, ma un soggetto mosso da interessi economici volti al profitto della propria attività. Una verifica dei contenuti comporterebbe comunque un rischio da non sottovalutare in un'ottica di impresa. Infine, ragionando sempre su questa linea, il *provider* potrebbe essere incentivato a fornire i propri servizi a chi ritiene essere più affidabile, minimizzando i rischi[198].

Alla luce di quanto su descritto, il rischio maggiore interviene nell'ipotesi di potenziale violazione del *free speech*, nonostante il considerando 46: «la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime devono essere effettuate nel rispetto del principio della libertà di espressione e delle procedure all'uopo previste a livello nazionale».

Occorre infine sottolineare un'altra importante differenza con la normativa statunitense: quest'ultima, nella Sezione 512 (f), si occupa della responsabilità di chi pone in essere volontariamente segnalazioni temerarie. Tale previsione invece non è stata contemplata dal legislatore comunitario. L'assenza di tale disposizione potrebbe essere giustificata alla luce della più ampia portata della direttiva europea rispetto all'atto americano, che pertanto prevede anche altre ipotesi di illeciti (tra cui ad esempio quelli collettivi). Tuttavia il mancato inserimento di una disposizione analoga all'interno della sezione 4 comporta non poche problematicità, vedendo anche in questa una possibilità per ridurre i rischi poc'anzi citati.

### 2.3.5 L'art. 15: assenza di un obbligo generale di sorveglianza

Più attenzione deve essere dedicata all'art. 15 della direttiva (art. 17 del decreto italiano di recepimento). Come già avuto modo di anticipare, l'art. 15 consta di due commi: al primo comma si pone il divieto di imporre un obbligo generale di monitoraggio dei contenuti che il *provider* trasmette o memorizza, accompagnato dal divieto di ricercare attivamente fatti o circostanze che indicano la presenza di materiale illecito (in contrasto con il considerando 48, il quale sembra invece concedere la possibilità agli stati membri di richiedere standard di

[198] *Id.*, *Assenza di un obbligo generale di sorveglianza a carico degli Internet Service Providers sui contenuti immessi da terzi in rete,* cit., 832.

diligenza tali da comprendere un'analoga attività).

Al secondo comma si prevede la possibilità per gli Stati membri di prevedere che i *providers* informino tempestivamente le autorità competenti circa presunti materiali illeciti, o di comunicare alle stesse le informazioni necessarie per individuare gli autori degli illeciti in questione. Il legislatore italiano, a tal proposito, ha deciso di rendere tali due attività, concepite come discrezionali, obbligatorie.

Poco chiara risulta essere la riproposizione della mancanza di un obbligo di monitoraggio in capo al *provider*, dato che risulta ormai essere pacifico che un'inerzia nell'impedimento di un atto dannoso può configurare responsabilità solo nelle ipotesi in cui per tale fattispecie sia stato positivamente previsto un obbligo di intervento in tal senso.

Per quanto concerne la trascrizione del comma 2, anche qui il legislatore italiano pare avere peccato: tali obblighi (previsti come discrezionali dalla direttiva) in realtà già esistono all'interno del nostro ordinamento[199]. A rincarare la dose di tali imprecisioni e ridondanze occorre l'assenza di sanzioni in caso di mancato ottemperamento a tali obblighi. L'unica vera novità riportata dalla norma sembra essere quella di cui al comma 3, certamente ripresa dalla direttiva, ma non adeguata ad un contesto nazionale e più specifico volto alla sua applicazione.

### 2.3.6 L'anonimato in rete

Un altro problema poi non considerato dalla direttiva è l'anonimato[200], tema inevitabilmente collegato al mondo digitale. Come noto la stessa struttura di internet permette facilmente di operare nel mondo digitale senza avere la certezza su chi, di fatto, vi si stia muovendo. Anche risalendo a un indirizzo IP e all'individuo alla cui utenza telefonica è collegato, ciò non garantisce che sia proprio quell'individuo, in quel momento, ad usare la rete. Inoltre esistono moltissimi meccanismi (si prendano ad esempio i famosi *VPN Program*) che consentono il camuffamento dell'IP. Alcuni *providers*, detti anche *anonymyzers*, offrono proprio come servizio il mascheramento dell'indirizzo IP dell'utente.

---

[199] Si vedano, ad esempio, gli artt. 118 (ordine di ispezione di persone e cose) e 210 (ordine di esibizione alla parte o al terzo) del c.p.c.; gli artt. 194 (oggetto e limiti della testimonianza), 244 (casi e forme delle ispezioni), 351 e 362 (assunzione di informazioni da parte della polizia giudiziaria e del pubblico ministero) del c.p.p.

[200] Il termine anonimato deriva dal greco σνσμα + α (nome + privativa) e letteralmente significa «senza nome». Anonimo è «ogni atto o rapporto di un soggetto di nome giuridicamente ignoto; "anonimo" si dirà, d'altra parte, anche il soggetto il cui nome è occulto», A. CANDIAN, *Anonimato (diritto all')*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 449 ss.

L'anonimato rappresenta un diritto degli utenti. Occorre anzitutto rilevare come tale diritto goda di attenzione maggiore oltreoceano, mentre nei sistemi di *civil law* manca una disciplina organica della materia, e spesso il fatto di qualificarlo quale diritto soggettivo è stato oggetto di acceso dibattito. Più spesso si preferisce qualificarlo quale estensione o corollario di altri diritti fondamentali, quali quello al nome o alla riservatezza. Sicuramente un'attenzione maggiore sul punto è dovuta all'introduzione delle prime regolamentazioni in tema *privacy*, come la legge n. 675/1996, che al suo art. 1 comma 2 lettera i) dà una definizione di *dato anonimo*, ossia «il dato che in origine, o a seguito di trattamento, non può essere associato ad un interessato identificato o identificabile». Tuttavia, come è stato fatto notare[201], spesso l'anonimato viene dal legislatore considerato nella sua accezione prettamente statica, ossia ove il soggetto svolge un ruolo passivo (come ad esempio nei casi di detenzione non conforme alla legge di dati riguardanti un determinato soggetto).

Ebbene tale concetto di riservatezza attiva viene invece considerato dall'ordinamento statunitense: il Quarto Emendamento afferma che «*The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized*». Spesso poi la giurisprudenza americana si è mossa nell'intenzione di tutelare i soggetti considerati deboli: l'anonimato, in questi casi infatti può rappresentare una forma di garanzia ad esempio contro discriminazioni. Ma su internet che caratteristiche può assumere l'anonimato? Un diritto proprio degli utenti di navigare e sfruttare la rete anonimamente non pare esistere positivamente, eppure di fatto tale possibilità è facilmente accessibile (si pensi a quanto semplice è oggi ad esempio registrarsi utilizzando false generalità). Anche negli United States una così ampia tutela non è stata raggiunta: la giurisprudenza ammette[202] che l'ISP possa rivelare a terzi soggetti i dati relativi all'utente se ciò non è vietato dal contratto di utilizzazione del servizio *on-line*. Sorge dunque lecito chiedersi se l'operatore, dunque, debba operare sempre la *disclosure* dei dati o solo quando ciò sia richiesto da una autorità giurisdizionale. La seconda ipotesi sembra essere quella da favorire in quanto nella prima ipotesi si avrebbe un netto sbilanciamento in sfavore della tutela della riservatezza e in favore di chi faccia richiesta di tali dati con rischi notevoli[203]. La direttiva in esame, in ogni caso, al considerando 14 prevede espressamente

[201] G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, cit., 137 ss.
[202] Vedi *United States v. Hambrick*, 55 F. Supp. 2d, 504, 507-509 (W.D. Va 1999) e *Unites States v. Kennedy*, 81 F. Supp. 2d 1103, 1110 (D. Kan. 2000).
[203] Si prenda ad esempio il discusso caso *McVeigh v. Cohen*, 983 F. Supp. 215, 219 (D.D.C. 1998) in cui un

che non si possa impedire «l'utilizzazione anonima di reti aperte quali Internet».

### 2.3.7 Motori di ricerca e *linking*

Come anticipato, la direttiva non fa accenno alcuno a motori di ricerca e *linking*, lasciando una pesante lacuna sul punto. A differenza dell'impostazione comunitaria, il DMCA adotta posizione al riguardo. Occorre però innanzitutto introdurre all'argomento. Secondo la dottrina[204] sette sono i modi di ricerca delle informazioni su internet:

1) il sistema basato sul nome del dominio del sito internet: in questo caso il motore di ricerca classifica le informazioni esclusivamente in base ad esso;
2) il sistema basato in parte sul dominio del sito e sulle prime righe della pagina *web*;
3) il sistema basato sul c.d. *scoring*: l'informazione viene cercata selezionando i siti in cui questa compare più frequentemente;
4) il sistema basato sui c.d. *meta-tags*[205], parole chiave scelte dal gestore del sito;
5) il sistema della c.d. *link popularity*, che classifica in base al numero di visite: qui il motore di ricerca fa visualizzare all'utente le pagine più visitate;
6) alcuni siti, attraverso un motore di ricerca, fanno apparire *in primis* le pagine proprie e solo successivamente quella presenti in internet;
7) un sistema basato sulla partecipazione dei vari siti i quali, mediante apposita procedura, vengono inseriti in una banca dati gestita dal motore di ricerca.

Premesso ciò occorre capire quando e come possa essere responsabile un motore di ricerca. Il *Digital Millennium Copyright Act* disciplina al § 512 (d) l'attività dei motori di ricerca. Il panorama legislativo disegnato dall'atto statunitense non diverge da quello impostato per i prestatori di servizi in rete: dunque il gestore del motore di ricerca sarà responsabile se ha *actual knowledge* dell'illiceità e se, conseguentemente, non rimuove o impedisce l'accesso

---

membro della marina dichiarò, in un *forum*, la propria omosessualità. Nel caso di specie la U.S. Navy richiese al *provider* le generalità dell'utente. Il *provider*, in violazione del contratto stipulato con l'utente, fornì i dati richiesti.

[204] La classificazione elencata è contenuta in T. VERBIEST, *La responsabilité des outils de recherche sur Internet en droit français et droit belge*, in *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, 1999, n. 116, 6.

[205] Alcune pronunce rilevanti in tema: Trib. Roma, 18 gennaio 2001, in *Dir. inf.*, 2001, p. 551, nota P. SAMMARCO, *Contraffazione di marchio e concorrenza sleale attraverso l'uso di metatags*; *Nettis Environmental Ltd. v. IWI, Inc.*, et al., Case No. 1:98 CV 2549, 1999 U.S. Dist. Lexis 5655 (N.D. Ohio, April 14, 1999); *Brookfield Communications Inc. v. West Coast Entertainment Corp.*, 174 F.3d 1036 (9th Cir. April 22, 1999); *Paccar, Inc. v. Telescan Technologies, L.L.C.*, Case No. 99-76199, 2000 U.S. Dist. Lexis 12857 (E.D. Mich. August 25, 2000); *Niton Corporation v. Radiation Monitoring Devices, Inc.*, 27 F. Supp. 2d 102 (D. Mass., November 18, 1998); *Marianne Bihari and Bihari Interiors, Inc. v. Craig Ross and Yolanda Truglio*, 2000 U.S. Dist. Lexis 14180 (S.D.N.Y., September 28, 2000); *layboy Enterprises, Inc. v. Terri Welles*, 7 F. Supp. 2d 1098 (S.D. Ca., February 27, 1998) e *Playboy Enterprises, Inc. v. Terri Welles, et al.*, No. 00-55009 (9th Cir., February 1, 2002).

all'informazione; infine, se non riceve un beneficio economico diretto, nel caso in cui abbia la possibilità tecnica ed il diritto di controllare le attività illecite. Per quanto concerne il panorama comunitario, nessuna delle norme della sezione 4 si occupa dell'argomento: il legislatore prenderà aperta posizione sul punto solo con la nuova direttiva sul *copyright* di cui si discuterà ampiamente nel capitolo successivo.

Per quanto concerne il *linking*, occorre anzitutto definire tale attività: i *link* sono collegamenti ipertestuali che consento all'utente di spostarsi da un sito a un altro. Tra le varie tipologie, le principali sono:

1) *surface linking*: collegamento che rimanda alla home page di un altro sito;
2) *deep linking*: collegamento che rinvia a una pagina interna del sito;
3) *framing*: consiste nel far comparire, all'interno di una delle cornici (in genere la principale), la pagina di un altro sito.

Il *surface linking* è generalmente accettato dalla giurisprudenza e dunque consentito: la ragione di tale posizione di favore è giustificata anche dal fatto che ciò è anche nell'interesse del sito a cui si viene reindirizzati. Un caso di *surface linking* che tuttavia non viene accettato è quello in cui il gestore del sito che contiene il collegamento ipertestuale sia a conoscenza dei contenuti illeciti del sito a cui il *link* reindirizza[206].

Di più difficile inquadramento appare invece la categoria del *deep linking* in quanto, indirizzando ad una pagina interna e non ad una home page di un altro sito, il rischio è quello di ingenerare confusione in capo all'utente che potrebbe non accorgersi di essere approdato in un sito diverso dal primo[207]. Generalmente ripudiato è invece il *framing*, considerato illecito in quanto violazione del diritto sul marchio, riproduzione non autorizzata e concorrenza sleale[208]. Anche sul punto la direttiva europea non ha preso posizione, mentre il legislatore è intervenuto in materia solo con la nuova disciplina dettata dalla direttiva del 2019.

### 2.4 Applicazione giurisprudenziale della direttiva

Inutile soffermarsi sull'esplicazione dell'importanza che il formante giurisprudenziale as-

---

[206] Vedi, ad esempio, *Intellectual Reserve, Inc. v. Utah Lighthouse Ministry, Inc.,* 75 F. Supp. 2d 1290 (D. Utah 1999).
[207] Vedi ad esempio *Shetland Times Ltd. v. Dr. Jonathan Wills and Zetnews Ltd.*, 24 ottobre 1996, [1997] SLT 669, e *Ticketmaster Corp. v. Microsoft Corp.,* Case No. 97-3055 DDP (C.D. Cal. Complaint filed Apr. 28, 1997).
[208] Vedi il celebre caso *The Washington Post Co. v. TotalNews, Inc.,* Case No. 97 Civ. 1190 (PKL) (S.D.N.Y. Complaint filed Feb. 20, 1997); *ard Rock Café Int'l Inc. v. Morton,* 97 Civ. 9483, 1999 U.S. Dist. LEXIS 8340 (S.D.N.Y. June 1, 1999) e *Hard Rock Café Int'l (U.S.A.) v. Morton,* 97 Civ. 9483 (RPP), 1999 U.S. Dist. LEXIS 13760 (S.D.N.Y. Sept. 9, 1999). Per maggiori dettagli v. anche R. CHAN, *Internet Framing: Complement or Hijack?*, in 5 *Mich. Telecomm. Tech. L. Rev., 1999, p. 148 e ss.*

sume in un contesto in così veloce evoluzione quale quello tecnologico. Lo stesso art. 13 par. 1 lett. c) ricorda come sia necessario aggiornarsi costantemente in materia, ponendo un forte accento sugli elementi metagiuridici che, inevitabilmente, dominano e determinano l'andamento normativo in tema. Un approccio multidisciplinare sembra essere l'approccio più corretto, in grado di tenere conto non solo del mondo giuridico ma anche di quello tecnologico, sociale, economico e così via, e di come tutto ciò sia collegato e interdipendente.

Saggia sembra, dunque, essere stata la scelta del legislatore comunitario nel rifarsi a principi generali senza ricercare precisione e specificità nella disciplina di settore che, data la sua forte caratterizzazione tecnica, si muoverebbe inevitabilmente più velocemente del diritto. Inutile sarebbe quindi un qualsiasi tentativo del legislatore di inseguire tale evoluzione in quanto, nei tempi noti della macchina legislativa, il prodotto giuridico finale rischierebbe di nascere già obsoleto. Sulla base di ciò è stato inserito l'art. 21 che prevede un riesame periodico della disciplina vigente: ogni due anni la Commissione dovrebbe presentare al Parlamento europeo, al Consiglio ed al Comitato economico e sociale, una relazione sull'applicazione della direttiva, eventualmente corredata da proposte per adeguare il testo in vigore all'evoluzione tecnologica e del contesto digitale che caratterizza la realtà. Sicuramente tuttavia si può affermare che buona parte dell'evoluzione della normativa e di una lettura più aderente alla realtà è stata data dalla CGUE. Sembra dunque doveroso analizzare le più importanti e incisive pronunce di applicazione della direttiva in esame.

### 2.4.1 Uno sguardo al passato: il caso *Sony Betamax*

Sebbene il caso che si andrà a illustrare sia sorto e sia stato risolto in un contesto predigitale, occorre darvi accenno in quanto rappresenta un esempio del necessario bilanciamento che la proprietà intellettuale necessariamente richiede nel momento in cui si necessiti una sua applicazione efficace.

Il caso *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*[209] trae origine da un contrasto tra tutela della proprietà intellettuale e obiettivo di perseguimento del progresso. La Sony, nel 1975, lanciò nel marcato il Betamax Video Tape Recorder (VTR), un anno prima che la JVC lanciasse sul mercato il più scadente formato VHS: il dispositivo era un registratore di

[209] *Sony Corp. of America* v. *Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984), riprodotta in traduzione italiana di G. PASCUZZI, in *Foro it.*, 1984, IV, 351, con nota di G. PASCUZZI, *La videoregistrazione domestica di opere protette davanti alla «Supreme Court»*.

cassette a nastro magnetico, della durata di un'ora, ma di qualità visiva molto alta e di prezzo contenuto. Questo dispositivo consentiva il c.d. *time-shifting*, ossia la registrazione di un programma col fine di consentirne successivamente la visualizzazione. La stessa Sony enfatizzava questa comoda possibilità dichiarando «*Now you don't have to miss Kojak because you're watching Columbo (or vice versa) … Betamax – It's a Sony*»[210]. La Universal City Studios, titolare dei diritti di riproduzione su film e altre opere audiovisive, sentitasi minacciata da questo nuovo prodotto, citò in giudizio la Sony, ritenendola responsabile a titolo di *contributory infringement*, dal momento che essa materialmente contribuiva alle violazioni dei diritti d'autore e veniva considerata dalla ricorrente al corrente delle utilizzazioni illecite compiute dagli utenti. L'accusa mossa dalle *major* nei confronti di Sony era dunque quella di contribuire, attraverso la messa in commercio del *video tape recorder*, alla violazione del *copyright* facilitando il comportamento illecito dei suoi acquirenti.

Il processo ebbe inizio a Los Angeles nel 1979 e si concluse con la celebre sentenza del 1984. In questo caso la Corte Suprema degli Stati Uniti decise di preservare il delicato equilibrio tra i contrapposti interessi in gioco: da una parte la necessità di mantenere gli incentivi alla creazione intellettuale e il perseguimento del progresso tecnologico, dall'altra la tutela delle opere creative protette dal *copyright*. Per la prima volta viene posto il problema se del cattivo utilizzo del mezzo possa essere considerato responsabile il fabbricante dello stesso. In particolare le parti attrici consideravano la Sony responsabile della violazione indiretta del *copyright* per il solo fatto di aver creato e messo in commercio il dispositivo.

Come oggi dunque la digitalizzazione dei brani musicali o delle pellicole cinematografiche rivoluziona i sistemi di distribuzione e utilizzo dei prodotti dell'intrattenimento, così negli anni Ottanta la possibilità di riprodurre agevolmente a casa i contenuti trasmessi in televisione sembrò rappresentare una minaccia per chi controllava il mercato delle opere protette. Ciò infatti metteva in crisi il modello di *business* su cui le grandi *major* basavano i loro profitti: essi infatti derivavano dalle pubblicità inserite all'interno della programmazione. In particolare i vari *studios* concedevano alle reti televisive delle licenze per la trasmissione dei loro film. Le reti inframmezzavano la messa in onda con intervalli pubblicitari. Gli spettatori dunque, durante la visione di un film, potevano essere tentati di acquistare i vari prodotti pubblicizzati. I vari inserzionisti così pagavano i vari spazi commerciali alle reti televisive.

La *contributory liability*, come visto, si realizza quando il soggetto responsabile, pur non essendo colui che in prima persona pone in essere la condotta lesiva, contribuisce o comun-

[210] Lardner, "Annals I" 45.

que induce alla realizzazione della stessa avendo conoscenza di ciò (*actual knowledge*), o in ogni caso dovrebbe aver motivo di conoscere. Il titolare del diritto deve dimostrare dunque: la violazione di tipo diretto (*strict liability*), la conoscenza di tale violazione da parte del convenuto e la partecipazione di quest'ultimo alla violazione provocando o contribuendo alla sua realizzazione concreta.

Nel caso in esame la Corte, pronunciatasi il 17 gennaio 1984, dovette decidere circa la ricorrenza di un *fair use* e circa la responsabilità o meno a titolo di *contributory infringement* in capo a Sony per la commercializzazione del dispositivo e i conseguenti utilizzi che ne potevano essere fatti. Per quanto concerne il primo aspetto, nel determinare se l'*home recording* fosse o meno un caso di *fair use*, la Corte si focalizza sulla natura non commerciale della registrazione domestica. Anzi, il *time shifting* sembrava dare vantaggio alle stesse case di produzione, consentendo un'espansione del pubblico.

Circa la responsabilità indiretta, non rivenendo precedenti idonei, si richiamò la legge e la giurisprudenza sui *patents*: «*In the Patent Act both the concept of infringement and the concept of contributory infringement are expressly defined by statute. The prohibition against contributory infringement is confined to the knowing sale of a component especially made for use in connection with a particular patent. There is no suggestion in the statute that one patentee may object to the sale of a product that might be used in connection with other patents. Moreover, the Act expressly provides that the sale of a "staple article or commodity of commerce suitable for substantial noninfringing use" is not contributory infringement. […] When a charge of contributory infringement is predicated entirely on the sale of an article of commerce that is used by the purchaser to infringe a patent, the public interest in access to that article of commerce is necessarily implicated. A finding of contributory infringement does not, of course, remove the article from the market altogether; it does, however, give the patentee effective control over the sale of that item. Indeed, a finding of contributory infringement is normally the functional equivalent of holding that the disputed article is within the monopoly granted to the patentee. […] the sale of copying equipment, like the sale of other articles of commerce, does not constitute contributory infringement if the product is widely used for legitimate, unobjectionable purposes. Indeed, it need merely be capable of substantial noninfringing uses*»[211].

Attraverso la dottrina dello *staple article of commerce* si possono bilanciare le richieste dei titolari dei diritti e i diritti degli altri soggetti di operare in aree commerciali non collegate. La Corte sottolinea come in realtà il dispositivo consentiva non solo un utilizzo illecito, ma anche degli utilizzi leciti. Se una tecnologia è passibile di plurimi utilizzi, non si può negarne l'utilizzo al pubblico per il solo fatto che uno di questi integra una violazione del *copyright*.

[211] Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 442 (1984).

In conclusione, se gli strumenti utilizzati da colui che pone in essere la condotta lesiva primaria non vengono immessi in commercio con il solo fine di violare il *copyright*, la responsabilità del produttore va esclusa, esistendo comunque la possibilità di utilizzi non illegali. Una riflessione a parte, ma degna di nota, pone l'accento anche sulla prospettiva economica in un contesto in cui gli stessi titolari sono decisori delle sorti delle innovazioni tecnologiche: ci si chiede se il progresso ci sarebbe stato se a decidere le sorti delle novità tecnologiche fossero proprio coloro che, in realtà, hanno interesse a preservare l'esistente e le proprie finanze.

Sebbene questo caso sia inserito in un contesto che certamente non può essere paragonato al panorama attuale, fa riflettere la differenza di approccio alle problematicità presentate dalle novità tecnologiche. Se trent'anni fa la decisione fu quella di prediligere il progresso tecnologico e gli utenti, oggi sembra che l'esito risieda in un approccio completamente opposto[212].

### 2.4.2 I casi *Promusicae* c. *Telefònica* e *LSG* c. *Tele2*

Il caso *Promusicae* c. *Telefònica*[213] in esame rappresenta un primo caso, ormai passato alla storia, che segnò un *trend* nelle pronunce a venire della corte in materia di bilanciamento di due particolari interessi contrapposti: diritto d'autore e *privacy*.

La lite pendeva tra *Promusicae* (*Productores de Mùsica España*), una organizzazione spagnola senza scopo di lucro di produttori e editori di registrazioni musicali e audiovisive, e Telefònica de Espagna SAU, un *provider* spagnolo di accessi a internet. Nel 2005 Promusicae, davanti al *Juzgado de lo Mercantil* nr. 5 di Madrid, chiese a Telefònica di rivelare l'identità e altre estremità di alcuni utenti che usufruivano dei servizi di quest'ultima e di cui Promusicae aveva individuato l'indirizzo IP. Secondo la parte attorea infatti detti utenti avrebbero utilizzato un programma *peer-to*-peer denominato "KaZaA" per scambiare materiale protetto dal

---

[212] Per un approfondimento si v. R. CASO (a cura di), *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*, in *Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Trento*, Trento, 2008, disponibile al *link* http://eprints.biblio.unitn.it/1336/; N. LUCCHI, *I contenuti digitali. Tecnologie diritti e libertà*, cit., J.M. GREENBERG, *From Betamax to Blockbuster. Video Storesand the Invention of Movies on Video*, Cambridge, MIT Press, 2008; J. VOLK, *The Betamax Case and the History of Time Shifting*, *Copyright, Legal Issues and Policy*, 14 dicembre 2008, www.nyu.edu/tisch/preservation/program/student_work/2008fall/08f_1804_Volk_a2.pdf; L. JIARUI, *Why is Betamax anAnachronism in the Digital Age? Erosion of the Sony Doctrine and Indirect Copyright Liability of Internet Technologies*, in *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, Vol. 7, p. 343, gennaio 2005, disponibile su SSRN al *link* https://ssrn.com/abstract=1869349.

[213] Corte di Giustizia UE, Sentenza C-275/06 del 29.01.2008, *Promusicae c. Telefonica de Espana* (SAU), in Racc., 2008, pp. I-271.

diritto d'autore. Tuttavia l'ISP si rifiutò di fornire i dati richiesti.

Il tribunale spagnolo decise allora di sospendere il procedimento e sottoporre la questione pregiudiziale alla CGUE chiedendo «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». In sostanza dunque si chiedeva se il diritto comunitario, e in particolare le direttive 2000/31/CE, 2001/29[214] e 2004/48[215], anche alla luce degli artt. 17 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, potessero consentire un'interpretazione tale da imporre in capo agli Stati membri un obbligo di rilascio di tali informazioni da parte dell'ISP a chi, lamentando la lesione del diritto d'autore, ne faccia richiesta.

La corte dichiara ricevibile la domanda pregiudiziale e risponde analizzando di sua sponte la direttiva 2002/58/CE[216]: l'art. 5 nr. 1 della direttiva in esame impone agli Stati membri un dovere di «garantire la riservatezza delle comunicazioni effettuate tramite una rete di comunicazione pubblica e mediante servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico» e di «vietare l'ascolto, la captazione, la memorizzazione e altre forme di intercettazione o di sorveglianza delle comunicazioni, e dei relativi dati sul traffico, ad opera di persone diverse dagli utenti, senza consenso di questi ultimi»[217], fatta eccezione per le ipotesi di cui all'art. 15[218], rappresentanti casi eccezionali e di sicurezza nazionale, difesa e sicurezza pubblica,

---

[214] Direttiva 2001/29/CE del 22 maggio 2001 sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione.

[215] Direttiva 2004/48/CE del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale.

[216] Direttiva 2002/58/CE del 12 luglio 2002 relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche).

[217] Direttiva 2002/58/CE art. 5 nr. 1.

[218] Direttiva 2022/58/CE art. 15 nr. 1: «1. Gli Stati membri possono adottare disposizioni legislative volte a limitare i diritti e gli obblighi di cui agli articoli 5 e 6, all´articolo 8, paragrafi da 1 a 4, e all´articolo 9 della presente direttiva, qualora tale restrizione costituisca, ai sensi dell´articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 95/46/CE, una misura necessaria, opportuna e proporzionata all´interno di una società democratica per la salvaguardia della sicurezza nazionale (cioè della sicurezza dello Stato), della difesa, della sicurezza pubblica; e la prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento dei reati, ovvero dell´uso non autorizzato del sistema di comunicazione elettronica. A tal fine gli Stati membri possono tra l'altro adottare misure legislative le quali prevedano che i dati siano conservati per un periodo di tempo limitato per i motivi enunciati nel presente pa-

non applicabili al caso di specie. Il giudice dunque, sebbene il rinvio non trovi menzione di tale direttiva, ritiene imprescindibile una trattazione e un'analisi della stessa. Egli intende verificare se dunque la direttiva 2002/58/CE esclude un «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 [...]»[219].

L'analisi posta in essere dalla corte porta alla conclusione che un obbligo di tal genere non è rinvenibile. I giudici di Strasburgo dunque sostengono 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»; stesso dicasi per le tre direttive menzionate dal giudice *a quo*. Nonostante questa conclusione, la corte non sembra adottare una posizione particolarmente ferma sul punto, limitandosi ad evidenziare l'assenza di tale obbligo per gli Stati membri, senza però nulla dire circa la possibilità per lo Stato di prevederlo.

Nondimeno, la corte guarda oltre le direttive oggetto del rinvio, soffermandosi sulla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e sulla particolarità che la proprietà intellettuale è elevata a rango di diritto fondamentale. Nonostante un punto di equilibrio venga ritrovato nella soluzione adottata dalla corte, in un *obiter dictum* emerge la seguente argomentazione: «[...] 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». Il diritto comunitario dunque

---

ragrafo. Tutte le misure di cui al presente paragrafo sono conformi ai principi generali del diritto comunitario, compresi quelli di cui all'articolo 6, paragrafi 1 e 2, del Trattato sull´Unione Europea».

[219] Corte di Giustizia UE, Sentenza C-275/06 del 29.01.2008, *Promusicae c. Telefonica de Espana* (SAU), *cit.*, paragrafi 46 ss.

non prende espressa posizione sul punto: non impone, ma nemmeno vieta la previsione di tale obbligo nelle legislazioni di recepimento degli Stati membri. La debolezza della sentenza si evince dalla scarsa argomentazione giuridica, coadiuvata da richiami a principi generali (quale quello di proporzionalità, introdotto senza indicazioni di criteri alcuni per gli interpreti) e dalla eccessiva discrezionalità rimessa agli Stati membri in sede di contemperamento di interessi contrapposti in fase di recepimento[220].

Alla medesima conclusione, richiamando proprio la sentenza *Promusicae*, arriva la corte con l'ordinanza C-557/07 *LSG c. Tele2*[221].

Nel caso di specie LSG, società austriaca per la protezione degli interessi degli artisti, chiede indirizzi e nominativi di alcuni utenti (che avrebbero scambiato *online* materiale protetto dal diritto d'autore) di Tele2, società che offre accesso a internet e che si è rifiutata di rivelare tali informazioni. Tele2 fu condannata nei primi due gradi di giudizio, ma l'*Oberster Gerichtshof* decise poi di sospendere il procedimento e rinviare la questione alla Corte di Giustizia. Due erano le questioni pregiudiziali oggetto del rinvio: la nozione di intermediario di cui alla direttiva 2001/29, in particolare se essa potesse ricomprendere anche un *access provider*, e se l'art. 8, n. 3, della direttiva 2004/48, nonché gli articoli 6 e 15 della direttiva 2002/58, fossero tali da impedire la comunicazione di tali dati a chi lamenta violazione del diritto d'autore. La corte qui richiama il principio espresso in Promusicae, aggiungendo risposta positiva circa la possibilità di far rientrare un *access provider* all'interno della definizione di intermediario di cui all'art. 8 nr. 3 della direttiva 2001/29[222].

### 2.4.3 I casi *Scarlet* c. *Sabam* e *Sabam* c. *Netlog*

La sentenza *Scarlet* c. *Sabam*[223] vede come protagoniste della controversia SABAM, una società di gestione collettiva dei diritti di autori e produttori di opere musicali, e Scarlet, un

---

[220] Si veda il celebre precedente Corte di Giustizia UE, Sentenza C-101/01 del 06.11.2003, *Lindqvist*, Racc. pag. I-12971, ove si afferma che le misure idonee a individuare e stabilire un adeguato punto di equilibrio tra interessi contrapposti debbano essere delineate dagli Stati membri in fase di recepimento delle direttive comunitarie affermando che «Spetta alle autorità e ai giudici nazionali incaricati di applicare la normativa nazionale che traspone la direttiva 95/46 garantire il giusto equilibrio tra i diritti e gli interessi in gioco, ivi compresi i diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico comunitario».

[221] Corte di Giustizia UE, Ordinanza C-557/07 del 19.02.2009, *LSG GmbH c. Tele2 Telecommunication GmbH,* in Raccolta 2009 I-01227.

[222] Per una più dettagliata analisi della pronuncia v. R. CASO, *Il conflitto tra diritto d'autore e protezione dei dati personali: appunti dal fronte euro-italiano,* in *Diritto dell'Internet,* vol. 4, n. 5 IPSOA - Wolters - Kluwer, 2008, 466-472; A. MANTELERO, *L'ingegneria interpretativa della Corte di Giustizia delle Comunità europee in soccorso della tutela online del diritto d'autore*, in *Giurisprudenza italiana*, 2008, 1422.

[223] Corte di Giustizia UE, Sentenza C-70/10 del 24.11.2011, *Scarlet Extended SA contro Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM),* in Raccolta 2011 I-11959.

ente fornitore di accesso a internet. L'attore, rilevando il *download* di materiale protetto da parte di alcuni utenti di Scarlet, chiede l'applicazione di misure inibitorie[224]. In particolare SABAM richiede la condanna di Scarlet alla cessazione della violazione, ottenendola in primo grado.

Scarlet propone appello e in tale contesto il giudice solleva questione pregiudiziale chiedendo se la normativa comunitaria (in particolare le direttive 2000/31, 2001/29, 2004/48, 95/46 e 2002/58) consentisse misure inibitorie volte a imporre sistemi di filtraggio generale e indiscriminato, a tempo indeterminato, nei confronti di tutti gli utenti del *provider* ai fini dell'individuazione del materiale protetto trasmesso illecitamente e dell'identificazione di coloro che pongono in essere tale condotta.

La corte sostiene come certamente le direttive 2001/29 e 2004/48 consentono di ottenere provvedimenti atti a ottenere la cessazione delle condotte lesive, tuttavia le norme di recepimento non devono porsi in contrasto con la direttiva, in particolare nel caso di specie con l'art. 15 che vieta l'imposizione di un obbligo di monitoraggio generalizzato e a tempo indeterminato.

La questione che la corte si pone è se un'ingiunzione quale quella oggetto della controversia sia tale da integrare, di fatto, una violazione dell'art. 15. Il giudice osserva come un monitoraggio quale quello desiderato richiederebbe un intervento di controllo del *provider* nell'intero traffico che avviene all'interno delle sue reti allo scopo *in primis* di individuare i vari *file* trasmessi nell'ambito di *peer-to-peer*, e tra questi poi selezionare quelli che sarebbero protetti dal diritto d'autore per poi, in conclusione, impedirne la circolazione. Un'attività di tal tipo richiederebbe, inevitabilmente, una sorveglianza indiscriminata nei confronti di tutti gli utenti e di tutti i contenuti, e dunque un dovere di sorveglianza generale e preventivo in contrasto con l'art. 15[225].

Richiamando anche la sentenza *Promusicae*, il giudice comunitario ricorda il necessario bilan-

---

[224] Vedi "Considerando" 45, direttiva 2000/31/CE: «Le limitazioni alla responsabilità dei prestatori intermedi previste nella presente direttiva lasciano impregiudicata la possibilità di azioni inibitorie di altro tipo. Siffatte azioni inibitorie possono, in particolare, essere ordinanze di organi giurisdizionali o autorità amministrative che obbligano a porre fine a una violazione o impedirla, anche con la rimozione dell'informazione illecita o la disabilitazione dell'accesso alla medesima»; art. 11 direttiva 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale: «Gli Stati membri assicurano che, in presenza di una decisione giudiziaria che ha accertato una violazione di un diritto di proprietà intellettuale, le autorità giudiziarie possano emettere nei confronti dell'autore della violazione un'ingiunzione diretta a vietare il proseguimento della violazione. (…) Gli Stati membri assicurano che i titolari possano chiedere un provvedimento ingiuntivo nei confronti di intermediari i cui servizi sono utilizzati da terzi per violare un diritto di proprietà intellettuale, senza pregiudizio dell'articolo 8, paragrafo 3, della direttiva 2001/29/CE"; art. 8 direttiva 2001/29/CE par. 3: "Gli Stati membri si assicurano che i titolari dei diritti possano chiedere un provvedimento inibitorio nei confronti degli intermediari i cui servizi siano utilizzati da terzi per violare un diritto d'autore o diritti connessi».

[225] C-70/10, cit., par. 40.

ciamento con gli altri diritti fondamentali che deve essere posto in essere. Nel caso di specie dunque si deve cercare di trovare una soluzione che tenga conto della proprietà intellettuale da un lato, e del libero esercizio dell'attività d'impresa degli intermediari e del diritto ad essere informati ed alla protezione dei dati personali degli utenti dall'altro. Un sistema di filtraggio quale quello oggetto di discussione porterebbe a individuare tutti gli indirizzi IP e tutti i contenuti, con seri rischi per la riservatezza e la libertà di opinione, senza considerare l'inevitabile impossibilità di risultati certi nella ricerca di materiale illecito tramite sistemi di filtraggio automatizzati. La corte dunque ribadisce il principio per cui le direttive e la Carta escludono la possibilità di ingiungere a un intermediario *online* di predisporre sistemi di filtraggio preventivi.

Poco dopo la corte ebbe modo di cristallizzare tale principio nel caso *SABAM c. Netlog*[226]. Nel caso di specie SABAM aveva citato in giudizio il noto *social network* Netlog, il quale, attraverso una piattaforma *online*, metteva a disposizione degli utenti la possibilità di condividere informazioni e altri contenuti, alcuni dei quali protetti dal diritto d'autore. Anche qui SABAM chiese una tutela inibitoria nei confronti del *provider*. Netlog obiettò quanto ribadito dalla CGUE precedentemente, per cui il giudice nazionale sollevò questione pregiudiziale.

La corte europea, dopo aver appurato la natura di *hosting provider* di Netlog, ricorda il principio stabilito in *Scarlet*, per concludere nuovamente come le direttive 2000/31, 2001/29 e 2004/48 ostano all'imposizione di un ordine similare all'analogo caso di riferimento *Promusicae*. Rimane tuttavia lacunosa l'impostazione giurisprudenziale circa i criteri che un provvedimento inibitorio dovrebbe avere per potersi allora dire conforme alle normative comunitarie.

### 2.4.4 Il caso *UPC Telekabel c. Constantin Film Verleih*

Questo caso presenta la situazione ideale per poter dirimere i problemi concernenti l'assenza di criteri da seguire per potersi avere un provvedimento inibitorio conforme alle direttive europee e alla Carta. Le parti in giudizio erano UPC Telekabel Wien, *provider* che fornisce accesso a internet, e Constantin Film Verleih e Wega Filmproduktionsgesellschaft,

[226] Corte di Giustizia UE, Sentenza C-360/10 del 16.02.2012, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) contro Netlog NV*, in *Raccolta digitale*.

due società di produzione cinematografica[227]. Il sito "*kino.to*" metteva a disposizione del pubblico materiale protetto dal diritto d'autore dunque le case cinematografiche avevano richiesto al *provider* di disabilitare l'accesso a tale sito internet mediante un'ingiunzione ottenuta dallo *Handelsgericht Wien* nei confronti di UPC Telekabel. La particolarità di tale ingiunzione risiede nella mancanza di specificazione dei criteri da seguire, ma nella sola necessità di raggiungere un determinato risultato (c.d. *Erfolgsverbot*), nel caso di specie l'impedimento di accesso al sito suddetto.

In seguito all'appello la Corte Suprema austriaca sollevò le seguenti questioni pregiudiziali:

1) la prima concerne il fornitore della connessione a internet: si chiede se questo possa essere considerato un "intermediario" ai sensi dell'articolo 8 par. 3 direttiva 2001/29. Sul punto la corte ricorda l'ordinanza LSG e come anche la mera fornitura di accesso a internet sia idonea a configurare il prestatore del servizio quale intermediario ai sensi dell'art. 8 della direttiva citata, ricordando anche i considerando 9 e 59 della medesima che fissano un elevato standard

di protezione del diritto d'autore e individuano gli ISP come i soggetti più adatti a impedire le violazioni.

2) Un'altra questione concerne una possibile interpretazione del diritto europeo tale da invalidare un'ingiunzione priva dei criteri da seguire per ottenere il blocco all'accesso del sito internet, e se nel caso, la prova di aver posto in essere tutte le misure ragionevoli possibili sia sufficiente per andare esenti da responsabilità. La corte rileva innanzitutto come tale tipo di ingiunzione non sia in contrasto con l'art. 15 della direttiva e-commerce in quanto riferita ad un sito specifico e non all'intero traffico internet, pertanto consentita. Per quanto concerne il necessario bilanciamento con gli altri interessi la corte si pronuncia analizzandoli uno ad uno e calandoli al caso di specie. Per quanto concerne la libertà di iniziativa economica del *provider* la corte ritiene l'ingiunzione idonea in quanto garantisce maggiore libertà per il *provider* circa gli strumenti e le misure da utilizzare, senza calare su quest'ultimo un sacrificio particolarmente gravoso potendo questo, per non incorrere in responsabilità, dimostrare di aver attuato tutte le misure ragionevoli possibili per ottenere il risultato. Sul diritto di informazione degli utenti

[227] Corte di Giustizia, Sentenza C-314/12 del 27.03.2014, *UPC Telekabel Wien GmbH contro Constantin Film Verleih GmbH e Wega Filmproducktionsgesellschaft GmbH*, disponibile su http://curia.europa.eu/. Per maggiori dettagli vedi anche C. ANGELOPOULOS, *CJEU in UPC Telekabel Wien: A totally legal court order… to do the impossible,* in http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2014/04/03/upc-telekabel-wien/, 3 aprile 2014; RADOSAVLJEV P., *For whom the copyright scale tips: has the CJEU established a proper balance of rights with its GS media case judgement?,* in *European Journal of Law and Technology*, Vol 8, No 3, 2017.

la corte non si sofferma, rimettendo al *provider* il compito di trovare e attuare un idoneo equilibrio tra i due interessi contrapposti. Per quanto concerne la tutela della proprietà intellettuale la corte riconosce come non sempre raggiungere un risultato quale la cessazione dell'illecito sia di agevole attuazione: pertanto le misure del *provider* sono considerate idonee non quando la violazione cessi *in toto*, ma quando queste risultino essere tali da prevenire l'accesso non autorizzato o perlomeno scoraggiarlo[228].

3) Un'ultima questione concerneva proprio la legittimità di imporre al *provider* misure specificamente individuate, finalizzate al blocco dell'accesso ad un sito *web* contenente materiale protetto non autorizzato. Tuttavia, l'accoglimento della questione precedente portò la corte a non pronunciarsi su questa questione. Evitando, ancora una volta, la possibilità di dettare alcuni criteri guida in materia, la corte rimette l'individuazione di un punto di equilibrio in capo al *provider*. I rischi e le incertezze di tale rimessione ad un soggetto privato sono palesi e sarebbe dunque stata preferibile un'impostazione volta a non accogliere la questione precedente di modo da poter introdurre delle linee guida per i legislatori nazionali sul bilanciamento di interessi contrapposti. Corollario è il rischio di porre nel nulla ogni tentativo di armonizzazione in materia, vista la vastità e le differenze tra i vari ordinamenti, considerando che pochi Stati prevedono misure con caratteristiche simili a quella austriaca.

### 2.4.5 Il caso *Bonnier Audio et al. v Perfect Communication Sweden AB*

Come visto, la corte ribadisce a più riprese il principio dell'equo bilanciamento tra interessi contrapposti e dunque la necessità di contemperare la tutela della proprietà intellettuale con i vari diritti fondamentali di volta in volta posti in contrasto con questa.

La CGUE con le pronunce *Sabam* sembra dunque aver ribadito un'impostazione già avviata precedentemente con *Promusicae*. Nel sottolineare la necessità di un contemperamento equo dell'*enforcement* e delle misure poste a tutela del diritto d'autore, la corte ha ricordato come, nonostante questo diritto sia citato nella Carta di Nizza, ciò non fa di quest'ultimo un'entità intangibile e assoluta. Una pronuncia che sembra dare maggiore enfasi a tale principio fu *Bonnier Audio et al. vs Perfect Communication Sweden AB*[229], in cui la corte comunitaria si pronunciò in maniera parzialmente difforme rispetto all'andamento delle pronunce precedenti.

---

[228] C-314/12, cit., par. 64.

[229] Corte di Giustizia UE, Sentenza C-461/10 del 19.04.2012, *Bonnier Audio AB and Others c. Perfect Communication Sweden AB*. Si veda www.curia.europa.eu.

Nel caso di specie si vedevano contrapposte alcune case editrici titolari di diritti esclusivi di edizione, riproduzione e messa a disposizione del pubblico di ventisette audiolibri (Bonnier Audio and Others), e un ISP (la *Perfect Communication Sweden AB*, nota con il nome commerciale *ePhone*). Un utente di quest'ultima avrebbe messo in circolazione, senza la necessaria autorizzazione, opere di proprietà della Bonnier Audio and O., sicché le case editrici decisero di fare istanza all'autorità giudiziaria svedese al fine di ottenere da *ePhone* i nominativi e i recapiti dei soggetti dai cui indirizzi IP sarebbero stati trasmessi i *file* oggetto della controversia. L'ISP tuttavia si rifiutò asserendo la contrarietà di tale procedura alla disciplina europea in materia.

Il giudice svedese sollevò questione pregiudiziale e la CGUE trovò legittima la richiesta avanzata dalle case editrici[230] basata sulla normativa svedese «nella parte in cui prevede che il titolare di opere protette possa ingiungere all'ISP di comunicare gli indirizzi IP e le generalità di soggetti anche solo 'fortemente sospettati' di aver violato il diritto d'autore (e non dunque che abbiano commesso una violazione accertata), ai fini della loro identificazione e citazione in giudizio»[231].

Richiamando la direttiva 24/2006/CE (sulla conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione – che modifica la direttiva 58/2002/CE) e la direttiva 2004/48/CE, la Corte di Lussemburgo ha reputato proporzionata e adeguata la soluzione adottata dall'ordinamento svedese e il rapporto tra tutela della proprietà intellettuale e altri diritti fondamentali ivi stabilito, ricordando come già in precedenti decisioni avesse rilevato

---

[230] Corte di Giustizia UE, Sentenza C-461/10, *Bonnier Audio* c. *Perfect Communication*, cit.: «la direttiva 2006/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/CE, dev'essere interpretata nel senso che non osta all'applicazione di una normativa nazionale, istituita sulla base dell'articolo 8 della direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, la quale, ai fini dell'identificazione di un abbonato a Internet o di un utente Internet, consenta di ingiungere ad un operatore Internet di comunicare al titolare di un diritto di autore ovvero al suo avente causa l'identità dell'abbonato al quale sia stato attribuito un indirizzo IP (protocollo Internet) che sia servito ai fini della violazione di tale diritto, atteso che tale normativa non ricade nella sfera di applicazione *ratione materiae* della direttiva 2006/24. (…) Le direttive 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche), e 2004/48 devono essere interpretate nel senso che non ostano ad una normativa nazionale, come quella oggetto della causa principale, nella parte in cui tale normativa consente al giudice nazionale, dinanzi al quale sia stata proposta, da parte di un soggetto legittimato ad agire, domanda di ingiunzione di comunicare dati di carattere personale, di ponderare, in funzione delle circostanze della specie e tenuto debitamente conto delle esigenze risultanti dal principio di proporzionalità, i contrapposti interessi in gioco».

[231] Cfr. G. GIANNONE CODIGLIONE, *Corte di Giustizia e diritto d'autore*, in *Comp. e dir. civ.*, 2012, 6, www.comparazionedirittocivile.it.

che «non osta a che gli Stati membri prevedano l'obbligo di trasmissione a soggetti privati di dati di carattere personale per consentire l'avvio, dinanzi ai giudici nazionali, di procedimenti nei confronti delle violazioni del diritto d'autore». [...] «Gli Stati membri», inoltre, «devono avere cura di fondarsi su un'interpretazione delle direttive medesime tale da garantire un giusto equilibrio tra i diversi diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico dell'Unione», rispettando il principio di proporzionalità[232].

### 2.4.6 La problematica figura dell'*hosting provider*: *Google* c. *Louis Vuitton Malletier*

Come noto, la rapida evoluzione tecnologica ha consentito di individuare *providers* che non si limitano a fornire accesso a internet o a svolgere servizi meramente tecnici. Sulla scia di tale consapevolezza la giurisprudenza è andata via via delineando una contrapposizione tra *providers* passivi e *providers* attivi.

La pronuncia del 23 marzo 2010 (nelle cause riunite C-236/08, C-237/08 e C-238/08, relative ai casi *Google France v. Louis Vuitton Malletier, Google France v. Viaticum Luteciel* e *Google France v. CNRRH*[233]) è ormai ampiamente conosciuta in dottrina e considerata il *leading case* in tema di esonero della responsabilità degli ISP.

Il servizio Google AdWords consente, dietro pagamento, di far comparire un *link* pubblicitario ricollegabile al sito dell'operatore commerciale nel momento in cui un soggetto effettua una ricerca tramite l'omonimo motore di ricerca inserendo determinate parole, scelte dall'operatore economico. Nonostante l'ambito di rilevanza non sia quello del diritto d'autore ma quello dei marchi, la pronuncia sembra riportare un'importante configurazione della disciplina in materia di responsabilità degli ISP.

Nel caso di specie tre furono le questioni pregiudiziali rilevanti sollevate:

«1) Se il fatto che un operatore economico dia in opzione, tramite un contratto di posizionamento a pagamento su Internet, una parola chiave che, se utilizzata per una ricerca, provoca la visualizzazione di un *link* che offre la possibilità di connettersi ad un sito utilizzato da tale operatore per mettere in vendita prodotti o servizi, e che riproduce o imita un marchio registrato da un terzo per contraddistinguere prodotti identici o simili, senza

---

[232] Corte di Giustizia UE, Sentenza C-461/10 del 19.04.2012, *Bonnier Audio AB and Others c. Perfect Communication Sweden AB*, cit.

[233] Corte di Giustizia UE, Cause riunite da C-236/08 a C-238/08, Sentenza del 23.03.2010, *Google France Inc. v. Louis Vuitton Mallettier, Google France v. Viaticum Luteciel e Google France v. CNRRH*.

l'autorizzazione del titolare di tale marchio, leda di per se stesso il diritto esclusivo garantito a quest'ultimo dall'art. 5 della direttiva 89/104.
2) Se l'art. 5, n. 1, lett. a) e b) della direttiva 89/104 debba essere interpretato nel senso che il prestatore del servizio di posizionamento a pagamento che mette a disposizione degli inserzionisti parole chiave che riproducono o imitano marchi registrati e organizza, in forza del contratto di posizionamento, la creazione e la visualizzazione privilegiata, partendo da tali parole chiave, di *link* pubblicitari verso siti sui quali sono offerti prodotti identici o simili a quelli contraddistinti dal marchio registrato, faccia un uso di tali marchi che il loro titolare ha il diritto di vietare.
3) Nel caso in cui un tale uso non costituisca un uso che può essere vietato dal titolare del marchio in applicazione della direttiva 89/104 e del regolamento n. 40/94, se il prestatore del servizio di posizionamento a pagamento possa essere considerato fornitore di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione delle informazioni fornite da un destinatario del servizio, ai sensi dell'art. 14 della direttiva 2000/31, di guisa che non è possibile ravvisare una sua responsabilità prima che egli sia stato informato dal titolare del marchio dell'uso illecito del segno da parte dell'inserzionista».
In particolare, interessante risulta essere l'ultima questione pregiudiziale citata, la quale vede il giudice interrogare la corte circa l'estendibilità dell'ambito di applicazione dell'art. 14 anche al motore di ricerca. La Corte sul punto rileva come il prestatore del servizio AdWords sia in realtà un *hosting provider*, ma di difficile inquadramento risultava essere l'applicazione o meno dell'esenzione da responsabilità di cui all'art. 14. In particolare occorreva verificare l'effettiva attività svolta dal *provider* per verificare il suo ruolo meramente tecnico ai fini dell'applicazione dell'articolo citato. Tale verifica viene delegata alle corti nazionali, ma qui la corte decide di dettare alcune linee guida nella valutazione da compiersi durante questa attività di verifica.
Occorre innanzitutto valutare le attività concretamente poste in essere dal *provider* e, successivamente, la condotta da questo tenuta in seguito all'avvenuta conoscenza dell'illecito[234]. L'attività del *provider* nel caso di specie mantiene la propria caratterizzazione neutrale: «Oc-

[234] Cause riunite da C-236/08 a C-238/08, cit., par. 109: «La limitazione della responsabilità di cui all'art. 14, n. 1, della direttiva 2000/31 si applica in caso di «prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio» e significa che il prestatore di un tale servizio non può essere ritenuto responsabile per i dati che ha memorizzato su richiesta di un destinatario del servizio in parola, salvo che tale prestatore, dopo aver preso conoscenza, mediante un'informazione fornita dalla persona lesa o in altro modo, della natura illecita di tali dati o di attività di detto destinatario, abbia omesso di prontamente rimuovere tali dati o disabilitare l'accesso agli stessi».

corre osservare che la semplice circostanza che il servizio di posizionamento sia a pagamento, che la Google stabilisca le modalità di pagamento, o ancora che essa dia informazioni di ordine generale ai suoi clienti, non può avere come effetto di privare la Google delle deroghe in materia di responsabilità previste dalla direttiva 2000/31. Del pari, il fatto che la parola chiave selezionata e il termine di ricerca inserito da un utente di Internet coincidano non è di per sé sufficiente a ritenere che la Google conosca o controlli i dati inseriti dagli inserzionisti nel suo sistema e memorizzati sul suo *server*. […] è invece rilevante il ruolo svolto dalla Google nella redazione del messaggio commerciale che accompagna il *link* pubblicitario o nella determinazione o selezione di tali parole chiave»[235].

In sintesi, Google non può essere considerata a conoscenza dell'illecito per la mera messa a disposizione di un servizio a pagamento e l'indicazione di alcune istruzioni generalizzate. Diversamente, se fosse stata Google stessa a scegliere e inserire le parole chiave e ad inserire il messaggio, di certo questo potrebbe configurare responsabilità del *provider* in quanto a conoscenza dell'illecito in corso. Riguardo alla condotta del *provider* in seguito all'avvenuta conoscenza dell'illecito la corte evita di prendere precisa posizione sul punto nonostante la questione rappresenti uno dei punti lacunosi più problematici in materia[236].

### 2.4.7 (*Segue*) La problematica figura dell'*hosting provider*: *L'Oréal c. eBay International AG*

Il caso *L'Oréal c. eBay International AG*[237], deciso dalla Corte di Giustizia il 12 luglio 2011, rappresenta un importante precedente dell'Unione europea in tema d'interpretazione della direttiva sul commercio elettronico 2000/31/CE e della direttiva 2004/48/CE sui diritti di proprietà intellettuale. La controversia sorge nel Regno Unito in seguito alla contrapposizione tra la nota casa di cosmetici L'Oréal e eBay, piattaforma che, in particolare, mette a disposizione dei propri utenti uno spazio per la vendita di beni mediante aste *online*, fornendo anche consigli

per facilitare le vendite. Per accedere ai servizi offerti da eBay gli utenti devono sottoscrive-

---

[235] Cause riunite da C-236/08 a C-238/08, cit., par. 116 e 118.

[236] Occorre segnalare un'opinione divergente dall'esclusione del *provider* dal novero dei *providers* attivi adottata dalla corte nel caso di specie: A. MONTANARI, *Questions and answers on AdWords' cases*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2012, 141, il quale rileva come sia i messaggi promozionali che le parole chiave sono in realtà sottoposte a un controllo da parte dello *staff* di AdWord prima di essere pubblicate. Lo stesso *staff* scrive direttamente al soggetto interessato in caso di rifiuto, motivandolo. Vedi anche A. MONTANARI, *Contratto di AdWords e profili di responsabilità. Osservazioni a margine di Corte di Giustizia 23 marzo 2010, cause riunite da C-236/08 a C-238/08*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2011, 524.

[237] Corte di Giustizia UE, Sentenza C-324/09 del 12.07.2011, *L'Oréal SA e altri contro eBay International AG e altri*, in Raccolta 2011 I-06011.

re apposite condizioni d'uso, tra le quali anche l'impegno a non vendere materiale contraffatto.

L'Oréal chiese un'ingiunzione nei confronti di eBay ai sensi dell'art. 11 della direttiva 2004/48 per violazione dei suoi marchi. Rilevante risulta essere la questione pregiudiziale nr. 10 sollevata dalla High Court of Justice: ci si chiedeva «Nel caso in cui i servizi di un intermediario quale un gestore di un sito Internet siano stati utilizzati da terzi per violare un marchio registrato, se l'art. 11 della [direttiva 2004/48], imponga agli Stati membri di garantire che il titolare del marchio possa ottenere un'ingiunzione nei confronti dell'intermediario al fine di impedire ulteriori violazioni di detto marchio, e non solo la prosecuzione di detto specifico atto di contraffazione, e in tal caso quale sia la portata dell'ingiunzione che può essere richiesta».

In sintesi ci si chiede se sia possibile riconoscere eBay come *hosting provider* (e dunque applicargli la direttiva e-commerce) e se la passata conoscenza di illeciti avvenuti mediante la sua piattaforma sia idonea ad escludere l'esenzione da responsabilità.

In base all'art. 11[238] prima parte, ci si riferisce a quei soggetti che hanno commesso direttamente la violazione, predisponendo una tutela preventiva, mentre l'ultima parte dell'articolo vedrebbe la sola possibilità di una ingiunzione per gli intermediari, che non deve necessariamente porre *in toto* fine alla violazione. Ebbene la corte, adottando una lettura teologica della direttiva, ritiene adeguato estendere la portata del primo periodo alla categoria degli intermediari per garantire un'effettiva tutela. Infatti non v'è dubbio che eBay possa essere qualificato come *host provider*; per quanto concerne l'attività da questo posta in essere viene richiamato il caso Google France e dunque il necessario passaggio volto alla verifica della sussistenza di neutralità o meno in capo al *provider* in base all'attività da questo svolta[239].

La Corte così osserva: «Come ha giustamente osservato il governo del Regno Unito, la mera circostanza che il gestore di un mercato *online* memorizzi sul proprio *server* le offerte in

[238] «Gli Stati membri assicurano che, in presenza di una decisione giudiziaria che ha accertato una violazione di un diritto di proprietà intellettuale, le autorità giudiziarie possano emettere nei confronti dell'autore della violazione un'ingiunzione diretta a vietare il proseguimento della violazione. Se previsto dalla legislazione nazionale, il mancato rispetto di un'ingiunzione è oggetto, ove opportuno, del pagamento di una pena pecuniaria suscettibile di essere reiterata, al fine di assicurarne l'esecuzione. Gli Stati membri assicurano che i titolari possano chiedere un provvedimento ingiuntivo nei confronti di intermediari i cui servizi sono utilizzati da terzi per violare un diritto di proprietà intellettuale, senza pregiudizio dell'articolo 8, paragrafo 3, della direttiva 2001/29/CE».

[239] C-324/09, cit., parr. 111-113: «la circostanza per cui il fornitore del servizio *online* possa essere qualificato come *hosting provider* non è infatti di per sé sufficiente ad applicare l'esenzione di responsabilità di cui all'articolo 14 nr.1 della direttiva e-Commerce. Quest'ultimo deve essere infatti interpretato anche alla luce del suo contesto e dello scopo della normativa di cui fa parte. Se quindi il *provider*, anziché limitarsi ad un ruolo tecnico e neutrale, assume un ruolo attivo tale per cui lo si possa ritenere a conoscenza della violazione, questi non potrà andare esente da responsabilità».

vendita, stabilisca le modalità del suo servizio, sia ricompensato per quest'ultimo e fornisca informazioni d'ordine generale ai propri clienti non può avere l'effetto di privarlo delle deroghe in materia di responsabilità previste dalla direttiva 2000/31 (v., per analogia, sentenza Google France e Google). Laddove, per contro, detto gestore abbia prestato un'assistenza consistente segnatamente nell'ottimizzare la presentazione delle offerte in vendita di cui trattasi e nel promuovere tali offerte, si deve considerare che egli non ha occupato una posizione neutra tra il cliente venditore considerato e i potenziali acquirenti, ma che ha svolto un ruolo attivo atto a conferirgli una conoscenza o un controllo dei dati relativi a dette offerte. In tal caso non può avvalersi, riguardo a tali dati, della deroga in materia di responsabilità di cui all'art. 14 della direttiva 2000/31»[240]. Fin qui dunque nulla di nuovo: la corte ripropone quanto sancito nella precedente giurisprudenza.

Come precedentemente detto, nel caso *Google France* la corte non prese espressa posizione circa il requisito della conoscenza dell'illecito in capo al *provider*, lasciando aperta una enorme e problematica lacuna. In questo caso invece la corte prende posizione sul punto: l'intermediario che assume un ruolo neutro può comunque incorrere in responsabilità qualora sia effettivamente al corrente dell'attività illecita o di elementi che ne rendano manifesta l'esistenza o se questo, una volta venuto a conoscenza della violazione, non abbia agito tempestivamente per porvi fine. Sul punto richiama il modello comportamentale dell'operatore economico diligente e l'effetto utile del diritto comunitario. Circa il primo parametro la corte rileva come sia «sufficiente, affinché il prestatore di un servizio della società dell'informazione non possa fruire dell'esonero dalla responsabilità previsto all'art. 14 della direttiva 2000/31, che egli sia stato al corrente di fatti o di circostanze in base ai quali un operatore economico diligente avrebbe dovuto constatare l'illiceità di cui trattasi e agire in conformità del n. 1, lett. b), di detto art. 14»[241]. Circa il secondo parametro la corte predilige un'interpretazione estensiva della nozione di conoscenza indicata dalla norma in esame, e dunque «qualsiasi situazione nella quale il prestatore considerato viene ad essere, in qualunque modo, al corrente di tali fatti o circostanze. […] Sono quindi contemplate, segnatamente, la situazione in cui il gestore di un mercato *online* scopre l'esistenza di un'attività o di un'informazione illecite a seguito di un esame effettuato di propria iniziativa, nonché la situazione in cui gli sia notificata l'esistenza di un'attività o di un'informazione siffatte. In questo secondo caso, pur se, certamente, una notifica non può automaticamente far venire

[240] C-324/09, cit., parr. 115-116.
[241] C-324/09, cit., parr. 120.

meno il beneficio dell'esonero dalla responsabilità previsto all'art. 14 della direttiva 2000/31 – stante il fatto che notifiche relative ad attività o informazioni che si asseriscono illecite possono rivelarsi insufficientemente precise e dimostrate –, resta pur sempre fatto che essa costituisce, di norma, un elemento di cui il giudice nazionale deve tener conto per valutare, alla luce delle informazioni così trasmesse al gestore, l'effettività della conoscenza da parte di quest'ultimo di fatti o circostanze in base ai quali un operatore economico diligente avrebbe dovuto constatare l'illiceità»[242].

La soluzione adottata dalla corte, sebbene rappresenti un notevole passo avanti circa il requisito della conoscenza, non pare tuttavia essere del tutto soddisfacente, portando con sé pur sempre numerose incertezze e rischi di addossare una responsabilità oggettiva in capo al *provider*.

Inoltre, dopo aver richiamato i principi di proporzionalità, equità, effettività e non eccessiva onerosità, nonché l'assenza di un obbligo di filtraggio preventivo in capo al *provider*, la corte inserisce due possibili soluzioni: la possibilità di blocco dell'*account* dell'utente che pone in essere la condotta lesiva, o l'adozione di misure idonee volte a individuare l'autore dell'illecito. Sebbene quest'ultima opzione in particolare sembri collidere con il principio contenuto in *Promusicae*, la corte rileva come in realtà qui il soggetto non si muove all'interno della propria sfera privata, ma del commercio elettronico, e pertanto debba essere identificabile[243].

## 2.5 La giurisprudenza italiana

### 2.5.1 Il caso *Peppermint*

Caso che destò particolare scalpore e che vide coinvolti direttamente gli utenti finali fu il famoso caso *Peppermint*[244].

Nel caso di specie circa quattromila cittadini italiani si sono visti recapitare una lettera raccomandata inviata da uno studio legale di Bolzano nella quale si intimava il pagamento di

---

[242] C-324/09, cit., parr. 121-122.

[243] Corte di Giustizia UE, Sentenza C-324/09 del 12.07.2011, *L'Oréal SA e altri contro eBay International AG e altri,* pt. 142. Per maggiori dettagli sul caso giuripsrudenziale vedi anche E. BONADIO, *Trade marks in online marketplaces: the CJEU's stance in L'Oreal v. ebay,* in *Computer and Telecommunications Law Review*, 37 (2012) e V.M. SCHRIJVERS, *European Court rules on the position of eBay regarding sale of infringing products: L'Oréal v. eBay,* in *European Intellectual Property Review*, 732 (2011).

[244] Cfr. R. CASO, *Il conflitto tra copyright e privacy nelle reti Peer to Peer: il caso Peppermint – Profili di diritto comparato*, in *Unitn-eprints. Research*, 2007, disponibile al *link* http://eprints.biblio.unitn.it/1334/.

330 euro a titolo di «*parziale risarcimento per danni, spese legali e spese tecniche sostenute per l'individuazione*» in favore di una casa discografica tedesca, la Peppermint Jam Records GMbH, nonché la rimozione di contenuti protetti messi a disposizione di altri utenti *online* attraverso programmi di *file sharing*. La Peppermint aveva infatti incaricato la Logistep AG, società svizzera specializzata nell'investigazione antipirateria (nonché *partner* dello studio legale di Bolzano), di trovare, mediante appositi *software*, i dati di quegli utenti che avrebbero messo in circolazione mediante le reti P2P il materiale protetto. In particolare, sebbene l'attività della Logistep presentasse sfaccettature poco chiare, sembra ritenersi certo che il programma da questa utilizzato fosse in grado di tracciare gli indirizzi IP e i GUID collegati alle utenze sospette.

Sulla base dei dati così raccolti la Peppermint presentò davanti al Tribunale di Roma due ricorsi ex art. 156 *bis* l. 633/1941, riuscendo a ottenere ordinanze con l'ordine nei confronti degli ISP coinvolti di esibire i dati personali dei soggetti individuati tramite l'operato della Logistep.

Le ordinanze presentano numerose imprecisioni giuridiche nonché scarsa considerazione della disciplina in materia di protezione dei dati personali. La prima ordinanza, del 9 febbraio 2007, nemmeno prende in considerazione tale sfera giuridica, mentre la seconda, del 19 agosto 2006, concludeva positivamente in maniera piuttosto semplicistica sulla affidabilità dei dati raccolti dalla Logistep asserendo una presunzione di manifestazione e condivisione dei propri dati personali in capo all'utente che utilizza programmi di *file sharing*.

Già sembrano dunque sorgere numerose problematicità con riferimento al d.lgs. 196/2003, in particolare con gli artt. 23 comma 1 (il consenso al trattamento dei dati personali deve essere espresso) e 24 comma 1 (per cui il trattamento senza consenso può avvenire per ipotesi legislativamente previste), nonché la rigorosa interpretazione del Garante della *privacy* sul punto per cui il consenso deve essere prestato anche qualora i dati sono pubblici e dunque conoscibili da chiunque, non rilevando la conoscibilità per mere circostanze di fatto[245].

Ma soprattutto appare ancora meno lecito l'operato della Logistep e del procedimento utilizzato per raccogliere tali dati: per aversi registrazione di quegli indirizzi IP che si presumono mettere in circolazione il materiale protetto pare verosimile che il procedimento utilizzato inizi da una scansione generalizzata dei dati, per poter poi (presumibilmente) filtrare quelli concernenti la Peppermint. Rimane dunque da chiedersi se possa trovare applicazione la legge italiana e se l'indirizzo IP possa essere considerato dato personale. La Logistep

[245] Cfr., Provvedimento generale, 29 maggio 2003, in tema di *spamming*.

AG ha infatti sede legale a Steinhausen in Svizzera, ma sul punto il decreto legislativo è esaustivo: all'art. 5 comma 1 infatti recitava «Il presente codice disciplina il trattamento di dati personali, anche detenuti all'estero, effettuato da chiunque è stabilito nel territorio dello Stato o in un luogo comunque soggetto alla sovranità dello Stato». È dunque applicabile la normativa italiana. Anche il secondo comma avvalora questa tesi: «Il presente codice si applica anche al trattamento di dati personali effettuato da chiunque è stabilito nel territorio di un Paese non appartenente all'Unione europea [la Svizzera appunto] e impiega, per il trattamento, strumenti situati nel territorio dello Stato anche diversi da quelli elettronici [lo studio legale di Bolzano], salvo che essi siano utilizzati solo ai fini di transito nel territorio dell'Unione europea. In caso di applicazione del presente codice, il titolare del trattamento designa un proprio rappresentante stabilito nel territorio dello Stato ai fini dell'applicazione della disciplina sul trattamento dei dati personali».

Per quanto concerne il secondo punto, ossia gli indirizzi IP, è appurato come questi rappresentino dato personale in quanto informazione relativa a persona identificabile. Inoltre si ricorda il parere n. 2 del 30 maggio 2002 del Gruppo per la tutela dei dati personali (Articolo 29): «*Il Gruppo mette in evidenza che gli indirizzi IP attribuiti agli utenti Internet costituiscono dati personali e sono tutelati dalle direttiva 95/46/CEE e 97/66/CEE*». Si ricordano infine l'art. 121 codice *privacy* per cui «[...] è vietato l'uso di una rete di comunicazione elettronica per accedere a informazioni archiviate nell'apparecchio terminale di un abbonato o di un utente, per archiviare informazioni o per monitorare le operazioni dell'utente», e l'art. 123 sui dati relativi al traffico, secondo il quale i dati devono essere «cancellati o resi anonimi quando non sono più necessari ai fini della trasmissione della comunicazione elettronica», con alcune eccezioni. Essendo dunque l'attività posta in essere dalla Logistep illecita, essa non può essere posta alla base di un ricorso ex art. 156 *bis* l. 633/41: si ricorda infatti l'art. 11 comma 2 del codice *privacy* per cui «i dati personali trattati in violazione della disciplina rilevante in materia di trattamento dei dati personali non possono essere utilizzati».

Vista la manifesta violazione non solo della normativa italiana ma anche di quella europea e la contrarietà dell'operato a quanto già stabilito dalla Corte di Giustizia in casi analoghi, il Garante per la protezione dei dati personali interviene ribaltando la decisione del Tribunale di Roma. Poco più tardi la Corte di Giustizia avrebbe stabilito come i fornitori di servizi di comunicazione elettronica possono conservare e mettere a disposizione tali dati soltanto per fini di indagini penali o per la tutela della sicurezza pubblica, ma non nelle controversie civili.

### 2.5.2 Il caso *RTI c. YouTube*

Il caso in esame rappresenta un buon esempio per dimostrare come, nonostante il recepimento della direttiva, spesso la legge non è sufficiente a far fronte alle infinite sfaccettature e sfumature che può assumere la realtà, compresa la possibilità di trovarsi dinanzi a orientamenti giurisprudenziali divergenti.

Nel caso di specie si trovano in conflitto due grandi colossi: da una parte RTI (Reti Televisive Italiane S.p.a., facente parte della famiglia Mediaset), dalla parte opposta YouTube (nota piattaforma *web* che consente visualizzazione e condivisione di contenuti multimediali)[246].

In particolare RTI aveva rilevato numerosi spezzoni del programma televisivo "Grande Fratello", di cui aveva i diritti di utilizzazione e sfruttamento economico in esclusiva. RTI agì sin da subito chiedendo un provvedimento cautelare ex artt. 156 e 163 l. 633/41, chiedendo la rimozione dai *server* della controparte nonché la disabilitazione all'accesso dei contenuti protetti diffusi senza autorizzazione.

YouTube basò la propria difesa sul ruolo meramente tecnico del *provider*, il quale si limiterebbe a fornire un mero servizio di *hosting*, non operando un controllo di sorveglianza generale sui contenuti caricati dagli utenti. Infine YouTube asserì come una siffatta inibitoria comporterebbe, sul campo pratico, un'impossibilità materiale di rimozione di tutti i contenuti, nonché una sorveglianza indiscriminata e generalizzata per poterli individuare, contraria alle norme europee.

Tuttavia la difesa di YouTube non fu accolta, rilevando un ruolo attivo qualora il *provider* avesse posto in essere attività di *caching* o *hosting* e, consapevole dell'illiceità dei contenuti, fosse rimasto inerte circa una pronta rimozione. Il tribunale infatti riscontrò tale attività nella condotta di YouTube rilevando i sistemi di gestione video e programmazione delle relative visioni, nonché la mancata considerazione delle ripetute diffide circa i contenuti illeciti inviate da RTI.

Tutto ciò portò dunque alla conclusione per cui YouTube, relativamente al caso di specie, non operasse quale *provider* che pone in essere mere attività tecniche, ma quale *provider* attivo che interviene e gestisce i contenuti caricati dagli utenti. Aiutarono a propendere per tale posizione gli stessi Termini d'Uso che (al tempo) YouTube sottoponeva agli utenti che volevano usufruire dei suoi servizi, accordi che prevedevano una marcata ingerenza del *provi-*

[246] Tribunale di Roma, Sezione IX civile, Ordinanza 15-16 dicembre 2009.

*der* sui contenuti di questi. La giurisprudenza tende dunque a separare le due ipotesi di *providers* passivi e attivi: esistono infatti *providers* che sembrano porsi in un livello intermedio tra *hosting* e *content*, prevedendo non solo la messa a disposizione di piattaforme ove gli utenti possono caricare e diffondere contenuti, ma anche altre attività quali associazioni pubblicitarie, organizzazione dei contenuti caricati da terzi, gestione degli stessi.
Tale impostazione fu tendenzialmente accolta positivamente dalla dottrina: si può scorgere un tentativo della giurisprudenza di far fronte a quei casi, ineluttabilmente rilevanti a pari passo con l'evoluzione tecnologica, in cui un *provider* sia coinvolto ma il suo operato non si limiti a questioni meramente tecniche e che, tuttavia, non possa definirsi *content provider*.
Un nuovo tipo di *provider* insomma, a metà strada tra il *content* e l'*hosting* (definito *host provider*), che non pare poter trovare tutela nelle esenzioni previste a livello legislativo in quanto non operatore meramente tecnico. Sebbene tuttavia tale impostazione risolva, in parte, un aspetto problematico concernente tali tipologie di *providers*, non può negarsi la pericolosità e i rischi intrinseci a tale posizione: l'incertezza che già prima del decreto dominava imperante e che ora si riaffaccia sul panorama giuridico. L'altro problematico aspetto riguarda l'inibitoria avente ad oggetto, *de facto*, un controllo *pro futuro* sui contenuti caricati dagli utenti che, come già rilevato da YouTube nelle proprie difese, non solo appare impossibile dal punto di vista tecnico, ma contrasterebbe con il divieto di imporre un obbligo di sorveglianza generale ex art. 15 della direttiva europea.

### 2.5.3 Il caso *Sky Italia*

Particolarmente interessante risulta anche la pronuncia resa dal Tribunale di Milano il 20 marzo 2010 nel caso Sky Italia contro Tvgratis e Telecom Italia[247]. Tale pronuncia si inserisce all'interno di quel filone giurisprudenziale che tende a distinguere *providers* attivi e passivi, prevedendo l'applicabilità delle esenzioni prevista dalla normativa europea e nazionale solo nelle ipotesi in cui questi pongano in essere attività meramente tecnica. La controversia nasce dalla condivisione (senza autorizzazione) di Tvgratis di *link* a siti cinesi i quali consentivano la visione di partite calcistiche i cui diritti spettavano a Sky Italia. Tale sito non si limitava a fornire detti *link*: forniva istruzioni a chi vi accedeva volte a indirizzare circa la visione delle partite di calcio nonché altre informazioni per il *download* di *software* P2P. Sky Italia dunque decise di evocare in giudizio Tvgratis per la diffusione di materiale protetto sen-

[247] Tribunale di Milano, 20 marzo 2010.

za previa autorizzazione e Telecom Italia a titolo di concorso nella condotta illecita di Tvgratis quale *access provider*. Il Tribunale di Milano accolse la richiesta cautelare.
Molti furono però i dubbi sollevati da tale decisione: sembra infatti che il *provider* italiano si limitasse a consentire il reindirizzamento e l'accesso ai *link* cinesi tramite operazioni meramente tecniche. Il 3 giugno 2006 i giudici milanesi disposero l'inibizione della messa a disposizione del pubblico di collegamenti ipertestuali idonei a reindirizzare a materiale oggetto del diritto esclusivo della ricorrente e la «messa a disposizione di *software* strumentali a detta fruizione», mentre fu riconosciuto il ruolo di *access provider* di Telecom, e dunque le fu applicata la relativa esenzione.
La successiva sentenza del 20 marzo 2010 conferma solo in parte il contenuto dell'ordinanza: la corte, richiamando un'impostazione tipica della giurisprudenza penale che ritiene che la condotta agevolativa dell'illecito può rilevare come contributo concorsuale, rileva come tale condotta possa essere identificata in capo al gestore del sito *web*. Si esclude inoltre la mancata consapevolezza dell'illiceità dei contenuti in base alle istruzioni presenti per la visualizzazione delle partite e l'utilizzo di *software* dedicati, nonché sulla nota subordinazione della visione delle stesse al pagamento di un corrispettivo, qui mancante.
La decisione dunque propende per una agevolazione dell'illecito altrui posto in essere da Tvgratis, rilevando la condotta attiva del *provider* e dunque la non applicabilità delle esenzioni di cui al d.lgs. 70/2003. Fermo invece il ruolo di *mere conduit* in capo a Telecom Italia in quanto avrebbe svolto «un servizio delimitato al mero accesso alla rete ed al trasporto delle informazioni […] senza rivestire alcun ruolo nell'origine della trasmissione e nella selezione sia del destinatario che delle informazioni immesse nella rete».

### 2.5.4 Il caso *About Elly*

Il caso *About Elly* tratta del requisito della effettiva conoscenza dell'illecito in capo al *provider* per potersi escludere l'applicazione delle esenzioni di cui al d.lgs. 70/2003.
Il caso, in particolare, mette in evidenza i rischi che si possono correre lasciando un significativo vuoto normativo relativamente una procedura disciplinata quale quella di *notice and take down*, che possa chiarire come e quando il *provider* può essere considerato a conoscenza dell'illecito. La PFA Films S.n.c., società titolare dei diritti di distribuzione del film iraniano "About Elly" (presentato al festival di Berlino ed elogiato dalla critica) aveva notato come, mediante semplice digitazione del titolo del film sui più noti motori di ricerca, molti dei *link*

apparsi tra i risultati reindirizzavano a siti che consentivano lo *streaming* o il *download* illegale del film in questione. La società si attivò dunque diffidando i più noti gestori dei motori di ricerca Yahoo! Italia s.r.l., Google Italy s.r.l. e Microsoft s.r.l., chiedendo la rimozione o la disabilitazione dell'accesso ai siti incriminati. I tre motori di ricerca si resero disponibili alla rimozione dei siti in questione, previa indicazione, da parte della società, degli URL coinvolti.

Di fronte a tale risposta, la società decise di adire il Tribunale di Roma per richiedere in via cautelare la cessazione dell'illecito e l'inibitoria dalla prosecuzione delle violazioni, nonché una sanzione pecuniaria pari a 1000 euro per ogni minuto e 10000 euro per ogni giorno di ritardo nella esecuzione del provvedimento. Google e Microsoft tuttavia eccepiscono il proprio difetto di legittimazione passiva non essendo essi i gestori dei motori di ricerca oggetto delle domande della parte attrice, nonché il difetto di legittimazione attiva della PFA ritenendola non titolare dei diritti d'autore sul film. Sulla legittimazione attiva della ricorrente l'eccezione delle parti resistenti viene considerata infondata: la PFA aveva infatti dimostrato, attraverso copia del contratto, di essere licenziataria esclusiva da parte della DreamLab per l'Italia e altri territori del film oggetto dei diritti di sfruttamento economico, ed è dunque legittimata ad agire in giudizio a tutela dei diritti licenziati.

L'eccezione concernente la mancanza di legittimazione passiva in capo a Google viene invece accolta in quanto *Google Web Search* è gestito dalla società statunitense "Google Inc", con sede legale negli USA. Viene accolta inoltre l'eccezione di Microsoft in quanto ha dato documentata prova del fatto che essa non gestisce motori di ricerca. Unica parte resistente dunque risulta essere Yahoo.

La corte passa poi a un'analisi della normativa vigente e della giurisprudenza nazionale e comunitaria, ripercorrendo le norme interne e la loro interpretazione. Nell'analisi del funzionamento di un motore di ricerca la corte riconosce come tendenzialmente esso, in quanto considerato dalla corte paragonabile ad un *caching provider*, mantiene la sua neutralità e caratterizzazione tecnica nel suo operato: la digitazione da parte degli utenti di parole chiave (dalla corte definiti *meta tags*[248]), vengono offerti come risultato *link* di collegamento ai siti

[248] Erroneamente, peraltro: un *meta tag* è un tag inserito nel codice sorgente di un sito *web* per inserire dei meta dati (informazioni descrittive concernenti i contenuti) ad una pagina su internet. Queste informazioni contenute nei *meta tag* non appaiono quando una pagina web viene visualizzata mediante un browser, ma i motori di ricerca generalmente indicizzano questo tipo di informazioni, cfr. F. GIOVANELLA, *La responsabilità per linking a files audiovisivi contraffatti e l'incerta natura del motore di ricerca*, *TRIBUNALE DI ROMA, 22 marzo 2011, ord. - Giud. Muscolo - PFA Films s.r.l. c. Yahoo! Italia s.r.l.*, in *Diritto e Responsabilità*, 8-9/2011; vedi anche voce "*Metatag*", High Definition: A-Z Guide to Personal Technology, Boston, 2006. Il termine corretto è *query*.

*web*, reperiti automaticamente attraverso l'impiego di algoritmi e formule matematiche. In questa fase e in questa sua funzionalità dunque il motore di ricerca non è a conoscenza dei contenuti a cui offre il collegamento e nemmeno può esercitare un controllo preventivo su tutti i contenuti in quanto contrario alle normative nazionali ed europee.

L'analogia della posizione del motore di ricerca a un *caching provider* sembrò sollevare numerose critiche in dottrina, per lo più concentrate sul fatto che le due posizioni differirebbero sotto plurimi aspetti[249], ma sicuramente si escluse la qualificazione di *hosting provider*.

Tuttavia poi la corte sottolineò come nel momento della ricezione della diffida, il *provider* possa dirsi a conoscenza dell'illiceità di alcuni contenuti a cui reindirizza e pertanto non possa vedersi applicare l'esenzione da responsabilità di cui alla relativa normativa. Infatti la riconosciuta precedente inconsapevolezza e passività del *provider* nello svolgimento dell'attività tecnica propria a un funzionamento di un motore di ricerca viene meno alla ricezione della segnalazione, in quanto reso edotto degli illeciti e messo nella condizione di esercitare il suo controllo successivo.

In conclusione il giudice inibì a Yahoo «la prosecuzione e la ripetizione della violazione dei diritti di sfruttamento economico della PFA Films s.r.l. sul film "About Elly" mediante il collegamento a mezzo dell'omonimo motore di ricerca ai siti riproducesti in tutto o in parte l'opera diversi dal sito ufficiale del film», respingendo invece le domande relative alle penali per il ritardo nell'adempimento all'ordinanza.

Occorre ora soffermarsi su alcune osservazioni concernenti tale presa di posizione. Innanzitutto appare anomalo come l'identificazione del motore di ricerca quale *caching provider* si veda poi applicare dal giudice l'art. 16, la disciplina prevista invece per gli *hosting providers*. Altrettando stridente appare l'applicazione dell'art. 15 lett. e) in quanto non risulta che Yahoo fosse venuto a conoscenza della rimozione delle informazioni o della disabilitazione delle stesse. La norma non impone al *provider* la rimozione dei contenuti in seguito a qualsivoglia segnalazione, anche non qualificata.

Tuttavia il Tribunale arriva a conclusioni diverse, offrendo un'errata interpretazione della

---

[249] S veda, ad esempio, quanto sostenuto da G.M. RICCIO, *Alla ricerca della responsabilità dei motori di ricerca*, in *Danno e responsabilità*, 2011, 758 ss., per cui sarebbe più corretto identificare il motore di ricerca come *mere conduit* piuttosto che come *caching provider*. Infatti il motore di ricerca non serve a "rendere più efficace il successivo inoltro ad altri destinatari a loro richiesta", come richiesto dall'articolo 15 comma 1. Secondo l'autore «la richiesta formulata ad un motore di ricerca, non è successivamente inoltrata ad altri soggetti, atteso che gli utenti scelgono, tra una serie di risultati della ricerca, il *link* (ossia il sito internet) verso il quale vogliono essere indirizzati». Diversamente invece MULA, *Responsabilità del motore di ricerca nel caso About Elly: fraintendimenti informatici a base di un'ordinanza (revocata) dal contenuto anomalo*, in Quaderni, Anno III, n. 2, Aprile/Giugno 2013, 149 s (*dimt.it*) e F. GIOVANELLA, *La responsabilità per linking a files audiovisivi contraffatti e l'incerta natura del motore di ricerca*, in *Danno e responsabilità,* 2011, 847.

normativa nazionale. L'unico dovere del *provider* nel caso di specie sarebbe stato quello di informare l'autorità competente circa la presenza di materiali illeciti non appena venutone a conoscenza. Tuttavia il giudice romano identifica la conoscenza del *provider* quale concorso nell'illecito, applicandogli non già l'art. 15 bensì l'art. 16, relativo però agli *hosting providers*, nel cui caso comunque si richiederebbe una segnalazione qualificata.

Un secondo elemento criticabile concerne il requisito dell'effettiva conoscenza in capo al *provider*: questa soluzione appare molto rischiosa, in quanto non imporrebbe al *provider* di ricercare e rimuovere esclusivamente le pagine specificamente indicate e individuate, ma tutti i contenuti presuntivamente lesivi concernenti il materiale protetto. Rischioso come dunque gli intermediari possano essere messi nella posizione di giudicare l'illiceità delle informazioni trasmesse senza averne però le competenze, con evidenti rischi per la tutela della libertà di espressione. Sistemi di filtraggio preventivi non solo non garantirebbero il risultato sotto un profilo prettamente tecnico, ma nemmeno potrebbero garantirlo sotto un profilo giuridico: già è gravemente incerto il grado di rimozione di tutti i contenuti lesivi, ancor più incerta è la corretta applicazione della disciplina del diritto d'autore utilizzando algoritmi non in grado di cogliere tutte le situazioni e possibili sfumature di questa materia. Infine, un'ultima perplessità concernente l'ordine del giudice, manchevole di chiarezza e specificità circa i collegamenti da rimuovere. Inoltre la corte dispone «l'inibitoria della continuazione o della ripetizione della violazione dei diritti di sfruttamento economico […] mediante il collegamento a mezzo del motore di ricerca ai siti che lo riproducono, diversi da quello ufficiale del film»[250] nei confronti del *provider* Yahoo!, con l'enorme rischio di andare così a coinvolgere non solo siti che diffondono il contenuto protetto ma anche altri siti che per altri scopi (leciti) richiamano il film in questione[251].

Di tali perplessità prende atto il giudice di seconda istanza[252]. In questa sede il giudice richiede che la ricorrente fornisca «indicazioni circa i contenuti *web* dei quali richiede in via cautelare e urgente la rimozione». Non avendolo fatto la diffida non viene considerata idonea a creare in capo al motore di ricerca quel grado di conoscenza atto a escludere l'applicazione dell'esonero da responsabilità. Infatti si sottolinea come la ricorrente avrebbe

---

[250] Tribunale di Roma, 22 marzo 2011, in *Giurisprudenza commerciale*, 2012, 900.

[251] Sull'argomento vedi anche E. TOSI, *La responsabilità civile per fatto illecito degli Internet Service Provider e dei motori di ricerca a margine dei recenti casi "Google Suggest" per errata programmazione del software di ricerca e "Yahoo! Italia" per "link" illecito in violazione dei diritti di proprietà intellettuale,* in *Rivista di diritto industriale*, 2012, 44; G. SCORZA, *Yahoo: la legge è uguale per tutti (anche per Elly!),* in *Leggioggi*, 14 luglio, 2011; G. SCORZA, *Yahoo libera Google da RTI?,* in *Leggioggi.it,* 19 luglio 2011.

[252] Tribunale di Roma, 11 luglio 2011, in *Rivista di diritto industriale*, 2012, 19

dovuto «fornire l'indicazione dell'indirizzo internet (URL) in cui è disponibile il filmato contestato; viceversa la P.F.A. Films s.r.l. si è limitata ad una generica denuncia della possibilità di rintracciare *online* soggetti che commettono violazioni». Si sancisce dunque, fornendo maggior chiarezza in materia, come una mera generica segnalazione dei contenuti lesivi non sia sufficiente: occorre specificare gli URLs di riferimento. Poi si sottolinea come non è sufficiente che la ricorrente dimostri di essere titolare del diritto per cui agisce in giudizio, ma che dimostri anche che il terzo che ha caricato il contenuto non lo era a sua volta. Infine si ricorda come «la preventiva individuazione dei contenuti *web* di carattere illecito costituisce un'attività che non può certamente essere rimessa al *provider*, essendo viceversa tale attività il risultato di una valutazione rimessa in primo luogo al titolare del diritto che si afferma leso».

### 2.5.5 Il caso *RTI c. Italia On Line*

La sentenza relativa al caso *RTI c. Italia On Line*[253] rileva ai fini della trattazione della tematica concernente la conoscenza in capo al *provider*.

Il caso di specie vede coinvolte Reti Televisive Italiane S.p.a. e Italia On Line S.r.l., titolare di una piattaforma *online* che permetteva la condivisione di video tra i vari utenti. In particolare RTI, all'interno della sezione dedicata ai video della piattaforma coinvolta, aveva rinvenuto alcuni spezzoni di video di materiale protetto del quale RTI deteneva i diritti di sfruttamento economico. In seguito inviò una diffida a Italia On Line, indicandovi i titoli delle opere protette coinvolte. Non ricevendo alcun riscontro da parte della piattaforma, decise di intentare causa civile per far valere i propri diritti. Il giudice, nel corso dell'analisi degli elementi del caso, individua in IOL un *provider* che non si limita a svolgere un ruolo meramente tecnico e passivo tale da potersi avere esenzione da responsabilità di cui alla direttiva e-commerce e relativo decreto di recepimento.

Veniva identificata IOL come *host* attivo alla luce di alcuni elementi: *in primis* il *provider* associava messaggi pubblicitari e promozionali ai video degli utenti, alcuni contratti che gli utenti dovevano sottoscrivere attraverso i quali concedevano in licenza non esclusiva al *provider* stesso i diritti di riproduzione dei video caricati nonché il diritto di rimozione dei con-

[253] Tribunale di Milano, 7 giugno 2011.

tenti illeciti, la predisposizione di un sistema di segnalazione degli abusi e del materiale illecito messo a disposizione degli utenti, e infine un servizio automatico che ricercava automaticamente video correlati a quello visualizzato dall'utente. Il Tribunale procede dunque all'analisi dei singoli punti: per quanto concerne gli elementi pubblicitari, appura come ciò avvenga automaticamente, per cui il *provider* non conosce, attraverso questo procedimento tecnico, i contenuti coinvolti.

Circa gli altri elementi, ciò non viene considerato sufficiente a identificare un livello di conoscenza adeguato in capo al *provider* in quanto, nonostante i servizi offerti, occorre comunque una diffida o una comunicazione idonea per far sorgere in capo all'intermediario l'obbligo di provvedere al controllo successivo e eventuale rimozione del contenuto. Sul punto trova applicazione l'art. 17 del d.lgs. 70/2003, considerando sufficiente la diffida inoltrata da RTI a IOL, in quanto la mancata specificazione dei filmati lesivi poteva facilmente essere compensata mediante una ricerca attiva del *provider* per mezzo dei suoi motori di ricerca.

L'art. 17 ai commi 2 e 3, secondo una dottrina, prevede due gradi diversi di intensità di conoscenza del *provider*: nei casi di cui al comma 2 il *provider* ha a che fare con un contenuto solo presuntivamente lesivo, da cui l'obbligo di comunicazione alle autorità. Nell'ipotesi di cui al comma 3, l'illiceità del contenuto è accertata e pertanto il *provider* ha l'obbligo di rimuovere il materiale lesivo, pena responsabilità in capo all'intermediario. Nel caso di specie la diffida di RTI è stata dal giudice ritenuta sufficiente ai fini dell'applicazione del terzo comma, soluzione che tuttavia appare criticabile. La mera indicazione dei titoli non appare sufficiente a ricreare quel grado di certezza richiesto dal terzo comma, ma piuttosto quella presuntività di cui al secondo comma, comportando, in seconda battuta, una ulteriore ricerca da parte del *provider* ai fini dell'individuazione del materiale. Inoltre, per la ricerca di tali materiali mediante i servizi di motore di ricerca da IOL offerti, il *provider* comunque dovrebbe operare una distinzione tra materiale lecito e non, comportando non solo un enorme dispendio di forza lavoro, ma anche una valutazione circa la liceità dei contenuti posta in essere dal *provider* stesso. Il caso spinge dunque a riflettere sulla necessità di ricorrere alla nozione di *host provider* attivo quando ci sono elementi tali da indicare una netta attività dell'intermediario nei confronti dei contenuti caricati dagli utenti, e non anche quando questo offre servizi ulteriori a prescindere da una loro effettiva incidenza sui contenuti o meno.

### 2.5.6 Il caso *Delta TV c. YouTube*

La Delta TV è titolare esclusiva dei diritti di sfruttamento economico di alcune *telenovelas* di produzione sudamericana. Essa è venuta a conoscenza che alcuni episodi delle *telenovelas* in questione sono stati caricati, in lingua italiana, sui siti internet youtube.com e youtube.it, e che sono accessibili direttamente e gratuitamente da tutti gli utenti internet. Tali video sono preceduti o accompagnati da spot o banner pubblicitari, che variano in base agli aggiornamenti di YouTube stessa. Digitando sul motore di ricerca di Google il titolo delle *telenovelas* tra i primi risultati comparivano i *link* che reindirizzavano al sito di YouTube e in particolare ai video contenenti la riproduzione del materiale protetto.

Alla luce di ciò Delta TV inviò una diffida a YouTube indicando i titoli delle *telenovelas* coinvolte, chiedendo la rimozione dei contenuti o la disabilitazione dell'accesso agli stessi, nonché la condanna al pagamento di una penale.

Le parti convenute, Google Inc e YouTube LLC, hanno per contro chiesto la reiezione di tutte le domande avanzate dalla parte attrice per cessazione della materia del contendere: in particolare YouTube affermava che solo una volta ricevuto la notifica del ricorso (e dunque avendo avuto accesso per la prima volta alla documentazione prodotta con l'atto di citazione) aveva potuto visionare gli URL relativi ai filmati oggetto della controversia, e che non appena avuto notizia di ciò ha provveduto tempestivamente a rimuoverli. Le controparti poi richiamano i regimi di esenzione da responsabilità di cui alla direttiva e-commerce: la diffida loro inviata non conteneva gli URL di cui sono venute a conoscenza solo in un momento successivo e non era possibile per loro provvedere all'individuazione dei contenuti mediante sistemi di filtraggio preventivi in quanto vietato dalla normativa comunitaria e nazionale.

Si ricorda poi che principio ormai assodato è quello per cui la preventiva individuazione dei contenuti *web* di carattere illecito costituisce un'attività che non può gravare sul *provider* ma, piuttosto, sul titolare del diritto che si afferma leso. Con ordinanza del 5 maggio 2014, il Tribunale di Torino in composizione monocratica aveva rigettato le domande cautelari avanzate da Delta TV per cessazione della materia del contendere. Inoltre, per la richiesta inibitoria per il futuro nuovo caricamento da parte di soggetti terzi, non era possibile prefigurare un obbligo di sorveglianza preventiva in capo alle convenute. Oltre a ciò si rinviene un accettabile punto di equilibrio anche nella predisposizione da parte di YouTube di una procedura (il c.d. "Content Id") a cui il titolare dei diritti può aderire «mediante la trasmissione dell'opera da tutelare da cui trarre i c.d. *reference files*, idonea ad intercettare preventi-

vamente il caricamento di files violativi del diritto d'autore»[254]. L'ordinanza precisa tuttavia che quanto deciso parte dall'assunto che YouTube fornisca un servizio di c.d. "*hosting* passivo" e non "attivo", in quanto non era stato provato, in sede cautelare, che il *provider* fosse qualificabile invece come *hosting* attivo.

In sede di reclamo tale decisione viene ribaltata: viene ordinato a YouTube di rimuovere i contenuti lesivi e di impedire l'ulteriore circolazione dei materiali rimossi, ciò non comportando una violazione del divieto dell'obbligo generale di sorveglianza in quanto limitato agli specifici materiali già rimossi. Così, tramite il servizio di Content ID, viene ordinato a YouTube di procedere autonomamente (e a proprie spese) all'individuazione dei materiali segnalati[255].

Tale pronuncia, sebbene offra spunti di riflessione interessanti, non può non evidenziare l'incertezza circa gli orientamenti giurisprudenziali sul punto, specie con riferimento alla qualificazione o meno di *host* attivo con riferimento ad alcuni *providers*, nonché lo scottante tema del contenuto minimo che la diffida deve avere per essere considerata idonea a far sorgere in capo al *provider* la conoscenza dell'illecito. Il CTU nominato dal Tribunale ha rilevato che senza gli URL è impossibile individuare i filmati da rimuovere; infatti i titoli di molte delle varie *telenovelas* sono per lo più costituiti da termini generici che, utilizzati nella ricerca dei materiali da rimuovere, danno luogo a risultati falsati o a falsi positivi: solo dunque attraverso l'URL (che indica con certezza una localizzazione del video), è possibile procedere agevolmente alla successiva creazione del valore *hash* (MD5) costituente una fedele "impronta" del video, in modo che esso possa essere chiaramente identificato nel suo contenuto[256]. Una volta, tuttavia, conosciuti gli URL, l'operato di YouTube non è stato considerato soddisfacente: essa infatti si era limitata ad oscurare i video rendendoli inaccessibili sul territorio italiano. Tuttavia sono molti i modi per ovviare a tale restrizione riuscendo a prendere visione del video simulando l'appartenenza ad un territorio diverso da quello italiano (paradossale risulta poi, per il giudice, che le istruzioni per ottenere questo risultato siano indicate proprio da Google, proprietaria di YouTube). Era dunque necessaria l'eliminazione completa dei video incriminati, nonché il blocco degli *account* di quegli utenti che li avevano caricati, impedendo loro di proseguire nell'illecito.

---

[254] V. E. MARTINI, *Il Tribunale di Torino sulla responsabilità dell'Internet Service Provider*, in *Lexology*, 9 giugno 2014, disponibile al *link* www.lexology.com/library/detail.aspx?g=5adb6c7f-c306-4d19-b5b1-df51622eee66.

[255] Sentenza n. 1928/2017 pubbl. il 07/04/2017 RG n. 38112/2013.

[256] M.A. FUSCO, *Youtube condannata per violazione del copyright di alcune telenovelas*, in *Millecanali*, Leggi&Norme, 8 maggio 2017, disponibile al *link* www.millecanali.it/youtube-condannata-per-violazione-del-copyright-di-alcune-telenovelas.

### 2.5.7 Il caso *RTI c. Vimeo*

La rivendicazione del diritto d'autore ha fruttato a Mediaset un nuovo risarcimento. Il 10 gennaio 2018 il Tribunale di Roma si è pronunciato ancora una volta in favore di Reti Televisive Italiane S.p.a. nel caso *RTI c. Vimeo*[257], ritenendo il fornitore di servizi di *hosting* responsabile di plurime violazioni del *copyright* e condannandolo a un risarcimento dei danni di un importo pari a 8.500.000 euro.

Nell'aprile 2012 RTI aveva citato in giudizio Vimeo, lamentando che la piattaforma gestita da quest'ultima aveva consentito la diffusione non autorizzata di numerose *clip video* di programmi trasmessi dalla ricorrente e protetti dal *copyright*. Il 14 luglio 2011 RTI aveva infatti inviato una lettera di diffida a Vimeo rendendolo edotto dell'esistenza dei contenuti oggetto della controversia sul portale www.vimeo.com, indicando anche alcuni URL a titolo esemplificativo. In risposta, Vimeo chiedeva a RTI l'indicazione specifica dei singoli contenuti e dei relativi URL per poter procedere alla rimozione. RTI replicava che tuttavia tutte le informazioni necessarie erano già state fornite nella precedente lettera di diffida, alla cui replica Vimeo rispose che i contenuti indicati erano stati rimossi.

Al gennaio 2012 ancora 230 video soggetti al *copyright* di RTI erano presenti sulla piattaforma Vimeo, motivo per cui RTI decise di agire in giudizio. Anche in questo caso il Tribunale di Roma ha confermato la sua ormai consolidata interpretazione restrittiva delle norme concernenti l'esenzione da responsabilità, abbracciando la tesi per cui i servizi gestiti da fornitori di *hosting* non possano più essere considerati di natura puramente neutrale, passiva e tecnica richiesta dal considerando 42 della direttiva e-commerce.

Tali nuovi *providers* devono essere considerati *hosting providers attivi* i quali, pur non soggiacendo ad alcun obbligo generale di sorveglianza, possono essere passibili di richieste aventi ad oggetto la rimozione di contenuti protetti a condizioni maggiormente restrittive (ad esempio non sarebbe necessaria una comunicazione proveniente dalle autorità competenti, ma sarebbe sufficiente una mera diffida proveniente anche dal soggetto leso).

Tra i vari requisiti indagati dalla corte, rileverebbero la natura attiva di Vimeo: a) la registrazione degli utenti per poter avere accesso alla comunità di Vimeo, b) la presenza di un motore di ricerca interno al portale, c) l'organizzazione, classificazione e indicizzazione dei contenuti pubblicati dagli utenti, d) la presenza di annunci pubblicitari correlati

[257] Tribunale di Roma, sez. XVII civile, sentenza del 10 gennaio 2019, n. 693.

all'inserimento di parole chiave da parte degli utenti. Queste funzionalità indicherebbero un grado di interazione con i contenuti tale da non rendere possibile l'applicazione dell'esenzione di responsabilità, non operando Vimeo in modo neutrale.
Anche in questo caso il Tribunale di Roma conferma che non è necessaria l'indicazione degli URL ai fini di rendere la diffida idonea a far sorgere in capo al *provider* il requisito della conoscenza dei contenuti illeciti e il successivo dovere di attivarsi per la loro rimozione: la diffida generica (che non menzionava infatti tutti gli URL dei contenuti oggetto della violazione) è da ritenersi sufficiente a determinare l'obbligo di rimozione dei contenuti pubblicati da terzi senza l'autorizzazione di RTI[258].

2.5.8 Il caso *RTI c. Facebook*

Il 15 febbraio 2019 il Tribunale di Roma ha condannato Facebook[259] per violazione del *copyright* e diffamazione, anticipando l'impostazione adottata nella nuova direttiva sul *copyright*.
Su Facebook era presente una pagina intitolata "Valentina Ponzone nei panni di Kilari è assolutamente ridicola", contenente foto, video e commenti di insulto rivolti alla Ponzone, attrice che interpreta la sigla della serie animata *Kilari* in onda su Italia 1. La pagina si scagliava anche contro Mediaset per aver scelto l'attrice, considerata dagli utenti inadeguata. Erano presenti, inoltre, dei *link* che rimandavano a degli spezzoni della serie presenti su YouTube. Reti e Televisioni Italiane (RTI) inviò cinque lettere di diffida a Facebook (nel periodo che va da febbraio ad aprile 2010) chiedendo la rimozione dei contenuti pubblicati senza l'autorizzazione necessaria, ma la pagina fu eliminata solo due anni dopo, nel 2012.
RTI e l'attrice agivano nei confronti di Facebook Inc. e Facebook Ireland Limited, quali titolari dell'omonimo *social network* e del relativo portale telematico, per contestare, oltre alla violazione del diritto all'onore, alla reputazione e al decoro, la violazione dei diritti esclusivi di utilizzazione economica sui contenuti audiovisivi della serie animata di titolarità di RTI nonché la violazione al diritto d'immagine, al nome e alla voce dell'artista.

---

[258] Cfr. M. BASSINI, *Il Tribunale di Roma ordina a Vimeo di pagare 8,5 milioni di euro per violazione del diritto d'autore*, in *MediaLaws*, 4 aprile 2019, disponibile al *link* www.medialaws.eu/il-tribunale-di-roma-ordina-a-vimeo-di-pagare-85-milioni-di-euro-per-violazione-del-diritto-dautore/; F. FRIGERIO, *Attivo, anche se inconsapevole. Il Tribunale di Roma sanziona Vimeo e conferma i caratteri della responsabilità dell'hosting provider attivo per violazione del diritto d'autore altrui*, in *MediaLaws*, 23 luglio 2019, disponibile al *link* www.medialaws.eu/attivo-anche-se-inconsapevole-il-tribunale-di-roma-sanziona-vimeo-e-conferma-i-caratteri-della-responsabilita-dellhosting-provider-attivo-per-violazione-del-diritto-dautore-altrui/; E. BASSOLI, *Il caso RTI vs. Vimeo e la responsabilità civile dell'hosting provider attivo: sentenza n. 693/2019 del Tribunale di Roma*, in Rivista scientifica *DirittoMercatoTecnologia*, 26 febbraio 2019, disponibile al *link* www.dimt.it/index.php/it/notizie/17386-il-caso-rti-vs-vimeo-e-la-responsabilita-civile-dell-hosting-provider-attivo-sentenza-n-693-2019-del-tribunale-di-roma.
[259] Tribunale di Roma, sez. Specializzata in materia di imprese, sentenza 15/02/2019, n. 3512.

Facebook si difese eccependo, in via preliminare, il difetto di giurisdizione del giudice italiano, la propria natura di *hosting provider* passivo, la mancanza di un ordine di rimozione proveniente da un'autorità pubblica e il fatto che i *link* avrebbero rinviato a materiale già accessibile pubblicamente. Infine, nei confronti dell'attrice, Facebook negava la natura illecita delle condotte contestate invocando il diritto di critica e di satira.

I giudici capitolini, in forza del criterio del *forum commissi delicti*, riconobbero innanzitutto la giurisdizione italiana. Successivamente il Tribunale ricordò l'assenza di un obbligo generale di sorveglianza in capo agli ISP, recepì integralmente il *decisium* della giurisprudenza europea dei casi *Filmspeler*[260] e *Renckhoff*[261]: l'attività di *linking* costituisce comunicazione al pubblico che richiede, dunque, l'autorizzazione da parte del titolare dei diritti. Ne consegue che la conoscenza del materiale illecito, comunque acquisita, fa sorgere l'obbligo del *provider* alla rimozione dei contenuti. L'inerzia protratta ingiustificatamente è fonte di responsabilità: «La dimostrazione dell'effettiva conoscenza dei contenuti illeciti da parte del *provider* rende altresì del tutto irrilevante verificare se l'attività svolta da quest'ultimo sia riconducibile alla figura dell'*hosting provider* attivo (ossia a quella del *provider* che opera forme di intervento volte a sfruttare i contenuti dei singoli materiali caricati dagli utenti e memorizzati sui propri *server*: c.d. *content provider*) ovvero a quella dell'*hosting provider* passivo che, invece, assume una posizione del tutto neutrale rispetto alle informazioni immesse dagli utenti. Ed infatti anche il cd. *hosting provider* passivo non appena ricevuta la notizia dell'illecito commesso dai fruitori del suo servizio, deve attivarsi al fine di consentire la pronta rimozione delle informazioni illecite immesse sul sito o per impedire l'accesso ad esse, in quanto egli è tenuto a svolgere la propria attività economica nel rispetto di quella diligenza che è ragionevole attendersi per individuare e prevenire le attività illecite specificamente denunciate»[262].

Si esclude dunque l'applicazione dell'esenzione di responsabilità di cui all'art. 14 della direttiva e-commerce. Il Collegio inoltre specifica che «l'indicazione dell'URL costituisce un dato tecnico che non coincide con i singoli contenuti lesivi presenti sulla piattaforma digitale, ma rappresenta soltanto il "luogo" dove i contenuti sono reperibili e, quindi, non costituisce un presupposto indispensabile per la loro individuazione»[263].

---

[260] Sentenza della Corte di Giustizia, *Stichting Brein c. Jack Frederik Wullems*, C-527/15, 26 aprile 2017.

[261] Sentenza della Corte di Giustizia, *Land Nordrhein-Westfalen c. Dirk Renckhoff*, C-161/17, 7 agosto 2018.

[262] Trib. Roma, sent. n. 3512/2019, cit.

[263] *ibid.* v. anche M. IASELLI, *Linking a contenuti non autorizzati: Facebook condannata*, in Altalex, 22 febbraio 2019, disponibile al *link* www.altalex.com/documents/news/2019/02/22/linking-a-contenuti-non-autorizzati-facebook-condannata; A. DE FELICE, *Linking e violazione del diritto d'autore da parte degli ISP: la sentenza del Tribunale di Roma nel caso RTI/Facebook*, in *MediaLaws*, 30 ottobre 2019, disponibile al *link* www.medialaws.eu/linking-e-violazione-del-diritto-dautore-da-parte-degli-isp-la-sentenza-del-tribunale-di-

2.5.9 Il caso *RTI c. Yahoo! Italia s.r.l.*

Il caso merita di essere menzionato in quanto la corte arriva a raggiungere inizialmente una posizione opposta a quella del caso precedente.

I fatti sono i medesimi del caso appena discusso: RTI individua all'interno della sezione video di Yahoo alcune sequenze di trasmissioni i cui diritti di sfruttamento economico spettavano a RTI, a cui fece seguito la diffida da parte della stessa a Yahoo! Italia S.r.l. indicando i titoli dei programmi oggetto della violazione. Come nel caso precedente, non avendo ricevuto alcuna risposta intenta causa giudiziaria davanti al Tribunale di Milano[264].

Anche in questo caso il Tribunale riconosce il ruolo di *host provider* attivo in capo all'intermediario: con la sentenza n. 10893/2011 il Tribunale di Milano ha parzialmente accolto le domande di RTI nei confronti di Yahoo! Italia S.r.l., accertando la violazione da parte di quest'ultima degli articoli 78 *ter* e 79 della legge sul diritto d'autore. Con tale sentenza si ribadisce l'orientamento della Sezione specializzata per la proprietà industriale e intellettuale del Tribunale Milano che si era espressa nel medesimo senso nell'ambito della causa tra RTI S.p.a. e Italia Online S.r.l. Anche qui Yahoo non viene considerata quale mero prestatore passivo di servizi tecnici e automatici, in quanto:

I. il soggetto in questione trae profitto dalla messa a disposizione dei contenuti, tra cui quelli illeciti caricati dagli utenti, attraverso la vendita di servizi pubblicitari collegati ai contenuti stessi;
II. in base alle condizioni generali del servizio Yahoo! Italia può riprodurre e distribuire i contenuti e intervenire su di essi, adattandoli e modificandoli e utilizzandoli per finalità pubblicitarie;
III. le medesime condizioni generali prevedono una clausola in favore di Yahoo! Italia per qualsiasi danno arrecato a terzi derivante dalla pubblicazione di contenuti caricati dall'utente. Yahoo! Italia si riserva, inoltre, il diritto di rimuovere, a propria discrezione, i contenuti caricati dagli utenti. Anche qui il *provider* ha posto in essere un sistema di segnalazione degli abusi col fine di rimuovere eventuali contenuti illeciti;
IV. Anche Yahoo! Italia ha messo a disposizione un servizio ulteriore che consente

roma-nel-caso-rtifacebook/#prettyPhoto/0/.

[264] Tribunale di Milano, 9 settembre 2011, in *Rivista di diritto industriale*, 2011, 364.

all'utente i c.d. "video correlati".[265]

Secondo il giudice, tale offerta sarebbe incompatibile con il ruolo "meramente tecnico, automatico e passivo" di cui al considerando 42 della direttiva per l'applicabilità delle esenzioni di responsabilità. Ribadita poi l'applicazione, in ogni caso, dell'art. 17, la corte ritiene di dover applicare le regole ordinarie in materia di responsabilità civile.

Circa il requisito della conoscenza, anche qui il giudice ritiene sufficiente la diffida ai fini dell'applicazione del comma 3 dell'art. 17. Questa sentenza di fatto ripropone le conclusioni (criticabili e criticate) raggiunte anche per il caso RTI c. Italia On Line.

La vicenda giudiziaria non finisce qui. Avverso tale pronuncia è stato proposto appello: con la sentenza n. 29/2015 del 7 gennaio 2015 la Corte d'Appello di Milano ha affermato che «(A) i "servizi di ospitalità di dati (*hosting*)" consistono nel fornire "un servizio di accesso a un sito" o "un servizio di accesso a Internet"; (B) il servizio "Yahoo! Video" oggetto di causa, fornito da Yahoo! Italia, consiste unicamente in un servizio di "ospitalità di dati (*hosting*)" ed è assente ("senza proporre") qualsiasi "altro servizio di elaborazione dati"». Sostanzialmente per i giudici il regime della responsabilità di Yahoo! Italia va inquadrato nel «regime di responsabilità del prestatore di servizi di ospitalità di dati (*hosting*) », qualificando tale operatore come colui «che procura ai propri clienti un servizio di accesso a un sito, senza proporre altri servizi di elaborazione dei dati» ed altresì ha qualificato l'*hosting provider* come un servizio di accesso ad una rete: «l'attività di *hosting provider* che fornisce ai suoi utenti un servizio di accesso a Internet»[266].

In sintesi, secondo la Corte di Appello di Milano, un *hosting provider* non è responsabile per i contenuti caricati dagli utenti (nemmeno quando questi vengano indicizzati e organizzati). È inoltre tenuto a rimuovere tali contenuti solo a seguito di richieste che li indichino con precisione. Secondo la corte, la presenza di tecniche di intercettazione del contenuto dei *file* caricati, di diverse modalità di amministrazione del sito e di un interesse economico del gestore non sono sufficienti a far sì che si possa inquadrare Yahoo Italia quale *hosting provider* attivo piuttosto che come mero *hosting provider*. La corte richiama, nell'analisi del caso, anche alcune pronunce della CGUE, tra cui la causa C-324/09 *L'Oreal – eBay*, ove ben più servizi

---

[265] G. VECCHI, *Alcune considerazioni relative alla sentenza del Tribunale di Milano sul caso RTI v. Yahoo! Italia*, in *MediaLaws*, 28 settembre 2011, disponibile al *link* www.medialaws.eu/alcune-considerazioni-relative-alla-sentenza-del-tribunale-di-milano-sul-caso-rti-v-yahoo-italia-2/.

[266] Così N. LOFRANCO, *Corte di Appello Milano (Rti/Yahoo) versus Corte di Giustizia (Papasavvas/Filelefteros). Sulla effettiva portata delle deroghe all'ordinario regime di responsabilità del provider*, in *Diritto.it*, Giurisprudenza europea, 18 febbraio 2015, disponibile al *link* www.diritto.it/corte-di-appello-milano-rtiyahoo-versus-corte-di-giustizia-papasavvasfileleftheros-sulla-effettiva-portata-delle-deroghe-all-ordinario-regime-di-responsabilita-del-provider/.

venivano offerte dal *provider* e nonostante ciò si trovò applicabile l'esenzione di cui alla direttiva e-commerce. Inoltre secondo la corte la diffida inoltrata da RTI non era caratterizzata da indicazioni sufficientemente esaustive da far sorgere l'obbligo del *provider*: a tal fine non basta l'indicazione dei meri titoli dei programmi in questione, ma occorre anche l'indicazione dei vari URLs che rimandano al materiale protetto. In appello dunque la corte sembra ribaltare la decisione presa in primo grado[267].

RTI espresse fin da subito la volontà di ricorrere avverso tale pronuncia, e lo fece: sul punto si è pronunciata recentemente la Cassazione civile[268], accogliendo in parte il ricorso di RTI e sfruttando l'occasione per stabilire alcune specificazioni in tema di responsabilità degli *Internet Service Providers*. La Suprema Corte richiama la giurisprudenza europea, la quale avrebbe accolto la figura dell'*hosting provider* attivo per quei casi in cui si esula da un'attività dei prestatori di servizi della società dell'informazione che sia di ordine meramente tecnico, automatico e passivo[269]. Si ricorda quanto specificato dalla CGUE per cui la direttiva deve essere «interpretata non soltanto in considerazione del suo tenore letterale, ma anche del suo contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte»[270].

La Cassazione dunque accoglie l'ormai consolidata distinzione tra *hosting provider* attivo e passivo, stabilendo che un *provider* possa essere considerato attivo in seguito allo svolgimento di alcune attività quali: «attività di filtro, selezione, indicizzazione, organizzazione, catalogazione, aggregazione, valutazione, uso, modifica, estrazione o promozione dei contenuti, operate mediante una gestione imprenditoriale del servizio, come pure l'adozione di una tecnica di valutazione comportamentale degli utenti per aumentarne la fidelizzazione» (c.d. indici di interferenza), se attuate nel contesto di una gestione imprenditoriale del servizio. In questi casi il *provider* non potrebbe giovarsi dell'esenzione di responsabilità previsto dal decreto di recepimento della direttiva e-commerce, ma si dovrà vedere applicate le regole ordinarie in materia di responsabilità civile. La Corte sul punto concorda con quanto ricostruito in appello circa l'errata qualificazione di Yahoo quale *hosting provider* attivo. Dunque secondo la Cassazione Yahoo, nel caso di specie, deve essere qualificato come *provider* passi-

---

[267] SOCIETÀ ITALIANA BREVETTI, *Caso RTI – Yahoo! Italia: perché la corte d'appello ha ribaltato la sentenza di I grado*, in *SIB Intellectual Property since 1882*, Diritto d'autore e Internet, 10 febbraio 2015, disponibile al *link*: www.sib.it/flash-news/caso-rti-yahoo-italia-perche-la-corte-appello-ha-ribaltato-la-sentenza-di-primo-grado.

[268] Cassazione civile sez. I, 19/03/2019, (ud. 21/02/2019, dep. 19/03/2019), n.7708.

[269] v. Corte di giustizia UE 7 agosto 2018, Cooperatieve Vereniging SNB-REACT U.A. c. Deepak Mehta, C-521/17; Corte di giustizia UE 11 settembre 2014, C-291/13, Sotiris Papasavvas, spec. p. 44; Corte di giustizia UE 12 luglio 2011, C-324/09, L'Orèal c. eBay; Corte di giustizia UE 23 marzo 2010, da C-236/08 a C-238/08, Google c. Luis Vuitton.

[270] *Google France SARL and Google Inc. v Louis Vuitton Malletier SA* (C-236/08).

vo.

L'*hosting provider* passivo, stando alla Corte, risponde dell'illecito, pur se passivo, se non ha provveduto tempestivamente a rimuovere il contenuto lesivo, purché fosse a conoscenza di tale illecito (una illiceità ragionevolmente constatabile, ottenuta dal soggetto leso o *aliunde*) o che non agisca prontamente alla rimozione purché sia messo nelle condizioni di attivarsi utilmente, ad esempio mediante specifica indicazione dei materiali da rimuovere. In altri termini, la responsabilità dell'*hosting provider* passivo si basa su due elementi: l'illiceità del contenuto ospitato e l'effettiva conoscenza di essa, in modo da potersi inquadrare il *provider* come responsabile qualora questo trascuri colpevolmente di identificare l'informazione e ne impedisca la prosecuzione della violazione.

La Cassazione ricorda come *hosting provider* attivo e passivo sono due fattispecie diverse: non si ha a che fare con una responsabilità oggettiva del *provider*, ma con una responsabilità per fatto proprio colpevole mediante omissione (ossia non aver rimosso i contenuti lesivi). Il *provider* ha conoscenza effettiva quando esiste una comunicazione circa la lesione del diritto (da notare che la Corte specifica che tale comunicazione non deve necessariamente essere una diffida in senso tecnico).

Il termine "manifesta" di cui alla relativa normativa circoscrive la responsabilità del prestatore alle sole fattispecie di colpa grave o dolo. Se manifesta non dovesse essere l'illiceità, il prestatore del servizio ha il solo obbligo di informare le competenti autorità *ex* art. 17 comma 2 D.Lgs. 70/2003. La conoscenza può essere acquisita *aliunde* e non solo dalle autorità competenti per aversi un'interpretazione più conforme alla direttiva europea ove tale locuzione non era presente.

La Corte ha inoltre affermato che la responsabilità omissiva del *provider* richiede la previa verifica che gli fosse possibile attivarsi utilmente ed in modo efficiente, in quanto dotato di adeguati e idonei strumenti conoscitivi nonché dei poteri per impedire l'altrui illecito. Il contenuto della comunicazione proveniente dal soggetto leso (o, appunto, *aliunde*) deve essere idoneo a consentire al destinatario la comprensione e l'identificazione dei contenuti illeciti (il giudice di merito valuta se le indicazioni fornite erano esaustive o se vi era la necessità di indicare anche gli URLs). Con ciò la Corte cassa la sentenza impugnata e rimette la causa avanti alla Corte di Appello di Milano affinché tenga conto della responsabilità del *provider* alla luce della idoneità della comunicazione inviatagli da RTI[271].

[271] Cfr. G. GUSMINI; L. MANNA, *La Corte di Cassazione mette un punto fermo sulla responsabilità dell'hosting provider: Cass. n. 7708/2019*, in *Martini Manna Blog*,16 maggio 2019, disponibile al *link* www.martinimanna.it/la-corte-

Alla luce di tale recente pronuncia sembra consolidarsi un orientamento giurisprudenziale nazionale e comunitario volto a riconsiderare il ruolo dell'*hosting provider*, nella sua ottica di *provider* attivo, restringendo le ipotesi di applicazione delle esenzioni di responsabilità.

### 2.5.10 Il caso *RTI c. Dailymotion*

Nel recente caso *RTI c. Dailymotion*[272] il Tribunale di Roma interviene nuovamente sulla responsabilità dell'*hosting provider*. Con questa sentenza il Tribunale di Roma ha accolto le domande avanzate da RTI e condannato Dailymotion SA (società francese di *videosharing*) a un risarcimento di circa 5,5 milioni di euro per i danni cagionati in seguito alla violazione della normativa posta a tutela del diritto d'autore. Il Tribunale ha inoltre inibito la società francese a ogni ulteriore violazione dei diritti oggetto della causa, fissando ulteriori 5.000 euro per ogni violazione successiva constatata.

Nel 2012 Reti Televisive Italiane S.p.a. aveva evocato in giudizio Dailymotion chiedendone la condanna per la violazione della legge sul *copyright*, con particolare riferimento ai 995 video presenti dal 2006, senza la relativa necessaria autorizzazione, sulla piattaforma del noto servizio *online* per la condivisione di video, contenenti opere su cui RTI ha sostenuto di vantare i diritti esclusivi di sfruttamento economico. In via preliminare Dailymotion ha eccepito la carenza di giurisdizione del Tribunale di Roma, sostenendo poi la sua natura di *hosting provider* e della possibilità di beneficiare dell'esenzione di responsabilità di cui all'art. 14 della direttiva 2000/31/CE.

Il Tribunale di Roma ha respinto l'eccezione di carenza di giurisdizione alla luce dell'art. 5 del Regolamento Bruxelles I, e degli artt. 78 *ter* e 79 della l. 633/1941. Ha poi esaminato alcuni precedenti europei rilevanti in materia (*Google/Louis Vuitton*, *L'Oréal/eBay*, *Stichting/Ziggo*, *SNB-REACT*[273]), nonché la recente pronuncia n. 7708/2019 della Corte di Cassazione nel caso *RTI c. Yahoo!*, da cui emerge un'interpretazione della direttiva e-commerce molto restrittiva. Il Tribunale ha infatti statuito che l'art. 14 della direttiva 2000/31/CE è applicabile ai soli *hosting providers* passivi, ossia coloro che svolgono un'attività di ordine me-

---

di-cassazione-mette-un-punto-fermo-sulla-responsabilita-dell
hosting-provider-cass-n-7708-2019; F. FRIGERIO, *Responsabilità dell'hosting provider: la Cassazione conferma la distinzione tra attivo e passivo*, in *Filodiritto. Approfondisci sempre*, 18 aprile 2019, disponibile al *link* www.filodiritto.com/responsabilita-dellhosting-provider-la-cassazione-conferma-la-distinzione-tra-attivo-e-passivo.

[272] Tribunale di Roma, sentenza n. 14757 del 12 luglio 2019, *RTI c. Dailymotion*.

[273] Sentenza della Corte di Giustizia, *Coöperatieve Vereniging SNB-REACT U.A. c. Deepak Mehta*, Causa C-521/17, 7 agosto 2018.

ramente tecnico, automatico e passivo, esattamente come previsto dal considerando 42 della medesima direttiva. Nel caso di specie invece si sarebbe di fronte ad un *hosting provider attivo*, che pertanto non può beneficiare dell'esenzione in questione, e dunque dovranno applicarsi le regole ordinarie.

Il Collegio si pronuncia poi sul regime probatorio, statuendo che nel caso di specie l'onere di dimostrare il carattere attivo o passivo del *provider* spetta al *provider* stesso in ragione del principio della vicinanza dell'onere della prova. La particolarità del caso sta nella specificazione della possibilità che un *provider* possa essere considerato attivo per talune funzioni e passivo per altre: occorre dunque guardare alla specifica attività oggetto della controversia ai fini dell'individuazione della sussistenza o meno dell'applicabilità dell'esenzione di cui all'art. 14 direttiva e-commerce.

Alla luce delle prove presentate da Dailymotion, il Collegio ritiene le stesse non dirimenti e pertanto conclude per il ruolo attivo svolto dalla convenuta. Spiega inoltre che la profilazione operata tramite *cookies* automatici non esclude la natura attiva del *provider* (anche se ciò non viene corroborato da un'esaustiva spiegazione).

La decisione non pare aderire a quanto sostenuto nel caso *RTI c. Yahoo!* su esaminato, ove la Cassazione richiede una condotta attiva di manipolazione dei dati immessi, che tuttavia nel caso di specie non si rinviene. Per quanto concerne la conoscenza in capo al *provider* del materiale illecito, RTI aveva segnalato il materiale mediante una diffida priva dell'indicazione degli URL idonei a individuare i contenuti lesivi, a cui non era seguita la rimozione degli stessi da parte di Dailymotion. Sul punto il Tribunale conferma l'orientamento giurisprudenziale per cui non è indispensabile l'indicazione di URL: sarebbe sufficiente una segnalazione sufficientemente circostanziata contente almeno la specificazione del materiale ritenuto illecito per far sorgere in capo al *provider* il dovere di attivarsi[274]. Il Tribunale dunque sembra allinearsi alla nuova direttiva sul *copyright*, la quale, anche se non ancora recepita con apposito provvedimento normativo, costituisce comunque fonte interpretativa del diritto interno.

---

[274] Cfr. F. FRIGERIO, *RTI v. Dailymotion: il Tribunale di Roma interviene nuovamente sulla responsabilità dell'hosting provider sulla scia della sentenza della Cassazione nel caso RTI v. Yahoo!*, in *Filodiritto. Approfondisci sempre*, Diritto (d)e(i) nuova media, 2 settembre 2019, disponibile al *link* https://www.filodiritto.com/rti-v-dailymotion-il-tribunale-di-roma-interviene-nuovamente-sulla-responsabilita-dellhosting; G. CRIMI, *Il Tribunale di Roma riconosce a RTI un risarcimento di oltre 5 milioni di euro per la violazione del diritto d'autore*, in *DirittoDautore.it*, 25 luglio 2019, disponibile al *link* https://www.dirittodautore.it/news/sentenzenews/il-tribunale-di-roma-riconosce-a-rti-un-risarcimento-di-oltre-5-milioni-di-euro-per-violazione-del-diritto-dautore/; M. IASELLI, *Video-sharing: condannata la piattaforma Dailymotion*, in Altalex, 31 luglio 2019, disponibile al *link* https://www.altalex.com/documents/news/2019/07/31/video-sharing-piattaforma-dailymotion.

### 2.5.11 Il caso *RTI c. Bit Kitchen*

Il Tribunale delle Imprese di Roma si è nuovamente pronunciato sulla pubblicazione illecita di contenuti audiovisivi nel caso *RTI c. Bitkitchen*[275].

Il provvedimento, in linea con l'ormai consolidato orientamento del Tribunale delle Imprese di Roma, ha accolto le domande di Reti Televisive Italiane S.p.a. condannando la piattaforma *Vid.me* (della società statunitense *Bit Kitchen Inc.*) al risarcimento del danno pari a 1.765.995,00 euro, confermando i principi già enucleati nelle precedenti pronunce in materia (*RTI c. Vimeo*, *RTI c. Facebook*, *RTI c. Dailymotion*, *RTI c. Yahoo!*). RTI ha contestato che i gestori del portale interagissero direttamente con i contenuti pubblicati, svolgendo attività di promozione e ottimizzazione, catalogazione e predisponendo un sofisticato motore di ricerca per la loro ricerca. La Corte ha così rilevato la natura attiva dell'*hosting provider*.

Questo rappresenta l'ennesimo caso deciso partendo dalle conclusioni statuite dalla Cassazione con la sentenza 7708/2019, ormai diventata un punto di riferimento. Tale sentenza avrebbe potuto costituire un momento di svolta, chiarendo la responsabilità dell'*hosting provider* mediante una formulazione più aderente all'impianto normativo, che non lascia traccia in alcuna disposizione della figura del *provider attivo*. Sebbene sia pacifica la differenza che svolgono alcuni *provider* nel loro modello più "evoluto" di fornitori di servizi, sarebbe stato più opportuno provvedere senza invasive manipolazioni del regime giuridico rilevante.

La Cassazione, confermando la propria impostazione, ha invece contribuito a irrobustire un filone giurisprudenziale preoccupante: dalla idoneità di una notifica generica alla qualificazione della natura attiva partendo da elementi che, nonostante comportino un coinvolgimento, difficilmente sono tali da ingenerare una conoscenza effettiva in capo al *provider*. *Mala tempora currunt*: pare che tale indirizzo restrittivo sia espressivo di una tendenziale aderenza alla recente approvazione della nuova direttiva 790/2019, nonostante le numerose criticità.

[275] Tribunale delle Imprese di Roma, sentenza n. 18727 del 3 ottobre 2019.

# CAPITOLO III

## La direttiva 790/2019: soluzione o problema?

### 3.1 La proposta di direttiva

#### 3.1.1 *Digital Single Market strategy*

Il 7 febbraio 1986 fu firmato l'Atto Unico Europeo (AUE), in vigore dal primo luglio 1987, concernente la realizzazione del Mercato interno a partire dal primo gennaio 1993. Tale passo rappresentò il fulcro dell'unificazione economica, abbattendo barriere doganali e commerciali.

All'interno del mercato unico dell'Unione Europea si possono individuare quattro libertà fondamentali: la libera circolazione di merci, servizi, capitali e persone. Ai sensi dell'art. 26 TFUE infatti «1. L'Unione adotta le misure destinate all'instaurazione o al funzionamento del mercato interno, conformemente alle disposizioni pertinenti dei trattati.2. Il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni dei trattati.3. Il Consiglio, su proposta della Commissione, definisce gli orientamenti e le condizioni necessari per garantire un progresso equilibrato nell'insieme dei settori considerati».

Oggi tuttavia occorre prendere atto di un quinto elemento che si diversifica dagli altri quattro per la sua spiccata trasversalità: il mercato unico digitale[276]. Con tale locuzione si identifica la strategia adottata dalla Commissione europea nel 2015 volta ad incentivare l'attività digitale in capo a privati ed aziende, nonché a promuovere il ruolo europeo e la posizione dell'Unione quale *leader* dell'economia digitale[277].

---

[276] Per maggiori dettagli sull'argomento si rinvia a O. POLLICINO; T. FROSINI; E. APA; M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Milano, 2017; G. ALPA, *Towards the Completion of the Digital Single Market: The Proposal of a Regulation on a Common European Sales Law*, in *European Business Law Review,* 2014, 347 ss.; S. MONTALDO,*Internet governance and the European Union: between net neutrality and the implementation of the digital single market*, in *Diritto dell'economia*, 2015, 601 ss.

[277] Come fatto notare da E. PEDILARCO, *Il mercato unico digitale per l'integrazione europea. La prospettiva del FinTech*, in *Media Laws*, 24 ottobre 2018, disponibile al *link* http://www.medialaws.eu/il-mercato-unico-digitale-per-lintegrazione-europea-la-prospettiva-del-fintech/, il segno distintivo di cambiamento di strategia dalla precedente (concernente il commercio elettronico) e la nuova (appunto il mercato unico digitale) è rappresentato dalla Risoluzione 2014/2973(RSP) del Parlamento europeo del 27 novembre 2014 sul sostegno ai diritti dei

Forte movente è dato forse anche dall'arretratezza del contesto europeo in materia, infatti solo il 4% dei servizi *online* all'interno della Ue è transfrontaliero, mentre la maggior parte è invece basata negli Stati Uniti (54%) ed il 42% riguarda servizi su base esclusivamente nazionale. Meno del 20% dei consumatori effettua acquisti *online* da un altro stato membro e solo il 7% delle piccole e medie imprese vende oltre i confini nazionali. Sulla scia di tale consapevolezza il 6 maggio 2015 il presidente della Commissione Jean Claude Juncker, il commissario Guenther Oettinger (Commissario per l'Economia e la società digitale) e Andrus Ansip (Vicepresidente responsabile per il Mercato unico digitale) hanno presentato la nuova strategia per il mercato unico digitale della Commissione Ue[278]. Con questa nuova strategia sono stati fissati nuovi e importanti obiettivi, quali lo sviluppo del commercio elettronico, ripensamento e adeguamento delle leggi europee sul *copyright*, modernizzazione della normativa sulle telecomunicazioni, maggiore attenzione e rafforzamento dei sistemi di *cyber security*, facilitazione del *free flow* di informazioni, miglioramento delle condizioni di connessione, dell'*e-privacy* relativamente al nuovo contesto e perseguire lo sviluppo imprenditoriale digitale, nonché le abilità digitali dei lavoratori. In aggiunta, l'innegabile incidenza del mondo digitale non solo sul mondo della telecomunicazione e dell'informatica, ma anche su settori economici considerati più tradizionali, cambiando metodologie di vendita e di acquisto, le filiere produttive e lo stesso comportamento dei consumatori.

Per perseguire tali obiettivi la commissione ha previsto tre fondamentali pilastri di riferimento: un più agevole ed efficiente accesso a servizi e prodotti *online*, un miglior contesto normativo che possa favorire detti servizi digitali, per infine raggiungere una crescita dell'economia europea in ambito digitale (apportando diversi miliardi di euro all'economia dell'Unione Europea, creando nuovi posti di lavoro, favorendo la crescita, la competizione, gli investimenti, contribuendo all'espansione del mercato e incoraggiando l'offerta di servizi

---

consumatori nel mercato unico digitale. Egli sottolinea come «Con tale risoluzione il Parlamento (i) invitava gli Stati membri e la Commissione a eliminare, attraverso sforzi volti ad attuare le regolamentazioni in vigore e a garantirne il rispetto nel quadro di una strategia globale, tutti gli ostacoli esistenti che si frappongono allo sviluppo del mercato unico digitale, garantendo nel contempo che tutte le misure siano valutate sotto il profilo dell'impatto, siano valide per le esigenze future e adeguate ai fini dell'era digitale; ritiene che tali sforzi debbano essere al centro degli sforzi profusi dall'Unione europea per generare crescita economica e occupazione e rafforzare la sua competitività e resilienza all'interno dell'economia globale e (ii) sottolineava che eventuali proposte legislative relative al mercato unico digitale avrebbero dovuto rispettare la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in modo tale da garantire la piena tutela dei diritti in essa sanciti nel settore digitale».

[278] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Comitato delle regioni, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa* (COM 2015 192), 6 maggio 2015, disponibile al *link* https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52015DC0192.

migliori)[279].

Partendo dal primo pilastro, esso si pone come obiettivo un miglioramento dell'accesso a beni e servizi digitali per privati e imprese. Rappresenta sicuramente l'obiettivo principe, verso il quale l'Unione tende gli sforzi maggiori. Esso si costituisce di otto punti:

*i)* semplificare l'e-commerce transfrontaliero mediante l'armonizzazione delle norme UE in materia di contratti. Si scrive infatti: «Uno dei motivi per cui i consumatori e le imprese più piccole non sfruttano maggiormente il commercio elettronico transfrontaliero è che le norme applicabili alle operazioni possono essere complesse, poco chiare e eventualmente diverse da uno Stato membro all'altro. La prospettiva di doversi adattare a 28 normative nazionali diverse in materia di tutela dei consumatori e di contratti scoraggia le imprese dal lanciarsi nel commercio transfrontaliero e impedisce ai consumatori di profittare delle offerte più convenienti e dell'intera gamma d'offerta *online*»[280];

*ii)* garantire un più celere ed efficace accesso ai diritti dei consumatori, rivedendo il regolamento sulla cooperazione per la tutela dei consumatori: si ritiene infatti «necessario anche garantirne il rispetto con maggiore rapidità, agilità e omogeneità», prevedendo interventi volti ad ottenere una rilevazione più rapida delle infrazioni e un coordinamento migliore delle loro attività di monitoraggio del mercato e dei meccanismi di allerta;

*iii)* accessibilità economica e qualità della consegna transfrontaliera dei pacchi, ossia rendere i servizi di consegna a domicilio dei prodotti compravenduti *online* più semplici e convenienti per le aziende. Si ritiene infatti che «La disponibilità di servizi di consegna transfrontaliera dei pacchi a costo accessibile e di qualità elevata può rafforzare la fiducia dei consumatori nelle vendite *online* attraverso le frontiere»;

*iv)* contrastare il fenomeno del c.d. *geo-blocking*[281];

---

[279] V.G. SIMEONE, voce *Mercato Unico Digitale*, in www.treccani.it.

[280] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Comitato delle regioni, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, cit., par. 2.1.

[281] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Comitato delle regioni, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, *cit.*, par. 2.3: «L'espressione "blocco geografico" (o geoblocco) fa riferimento a pratiche, attuate da venditori *online* per motivi commerciali, che impediscono al consumatore di accedere a siti web basati in altri Stati membri ovvero che, sebbene il consumatore possa accedere al sito, gli impediscono di compiervi acquisti di prodotti o servizi. Può succedere anche che il consumatore sia ridiretto al sito locale della stessa società, sul quale sono proposti prezzi diversi o una gamma diversa di prodotti o servizi. In altri casi, seppur la vendita sia possibile, sono usate pratiche di geolocalizzazione che determinano l'applicazione automatica di prezzi diversi in funzione dell'ubicazione geografica, per esempio nel caso in cui, a parità di luogo del noleggio e di veicolo, il cliente di un autonoleggio paga *online* in uno Stato membro di più del cliente *online* di un altro Stato membro. Il geoblocco è uno dei vari mezzi cui le imprese ricorrono per segmentare i mercati lungo i confini nazionali (restrizioni territoriali); limitando le possibilità e la scelta ai consumatori, è anche un'importante causa di insoddisfazione del consumatore e di frammentazione del mercato interno».

*v)* implementare il sistema europeo *antitrust* per identificare potenziali problematiche di tipo concorrenziale che interessano i mercati europei dell'e-commerce;

*vi)* perseguire la c.d. *net neutrality*;

*vii)* revisionare il sistema di trasmissione di dati via satellite e via cavo per valutare se la sua portata debba essere potenziata per emittenti di trasmissioni *online* anche al fine di facilitare l'accesso transfrontaliero alle emittenti di servizi *online* in Europa;

*viii)* armonizzare le aliquote IVA e impostare diversi regimi di IVA in base alle dimensioni e al tipo di soggetto su cui grava l'imposta[282].

Il secondo pilastro ha come obiettivo l'incoraggiamento dell'innovazione digitale e la crescita economica. Si cerca di rendere più organica la disciplina dei vari settori del mercato digitale favorendo così investimenti delle società di telecomunicazione operanti nel settore della connessione a banda larga ad alta velocità.

«Il mercato unico digitale deve poggiare su reti e servizi ad alta velocità efficienti, affidabili e economicamente accessibili che tutelino il consumatore nei diritti fondamentali di rispetto della vita privata e di protezione dei dati personali promuovendo nel contempo l'innovazione. Questo implica l'esistenza di un settore delle telecomunicazioni forte, competitivo e dinamico che sia in grado di effettuare i necessari investimenti e di sfruttare innovazioni quali le nuvole informatiche, i sistemi di megadati o l'internet delle cose. Potrebbe destare preoccupazione il potere di mercato di cui godono alcune piattaforme *online*, soprattutto quelle più influenti che vanno assumendo un'importanza dilagante nei confronti degli altri operatori di mercato». Gli *step* individuati per intraprendere questo percorso si possono così riassumere:

*i)* raggiungere un'idoneità delle norme nel settore delle telecomunicazioni, infatti «Gli operatori delle telecomunicazioni si ritrovano a competere con servizi che sono sempre più usati dagli utenti finali al posto dei tradizionali servizi di comunicazione elettronica quali la telefonia vocale, ma che non sono sottoposti alla stessa regolamentazione»;

*ii)* riesaminare il quadro dei media audiovisivi per adeguarlo al XXI secolo, mettendo in rilievo il ruolo dei diversi operatori del mercato nella promozione delle opere europee (emittenti televisive, fornitori di servizi audiovisivi a richiesta, ecc.), per poter aversi un mercato dinamico e al passo con l'evoluzione tecnologica e del mercato stesso;

*iii)* effettuare un'analisi dettagliata sul ruolo delle piattaforme *online* (motori di ricerca, *social*

[282] G. SIMEONE, voce *Mercato Unico Digitale*, cit.

*media*, *app store*, ecc.) nel mercato, con particolare riferimento alla consapevolezza del ruolo preminente assunto da alcune di queste e delle difficoltà nel contrasto alla diffusione di contenuti illeciti su internet;

*iv)* rafforzare la fiducia nei servizi digitali e la sicurezza degli stessi, in particolare per quanto riguarda il trattamento dei dati personali, essendo le minacce informatiche insensibili alle frontiere;

*v)* proporre un partenariato con l'industria sulla sicurezza informatica nell'ambito delle tecnologie e delle soluzioni per la sicurezza delle reti.

L'ultimo pilastro si concentra sulla massimizzazione del potenziale di crescita dell'economia digitale, procedendo verso la digitalizzazione di tutti i settori e favorendo misure che permettano alle industrie europee di mantenersi all'avanguardia nello sviluppo e sfruttamento delle TIC, nell'automazione e nelle tecnologie di produzione e trasformazione sostenibili per poter rispondere alle esigenze dei mercati del futuro.

L'obiettivo è anche quello di garantire standard adatti per la sicurezza nella condivisione dei dati nel territorio della UE. Gli *step* principali volti al perseguimento di quest'ultimo obiettivo sono:

*i)* proporre un'iniziativa europea per il libero flusso dei dati, per promuoverne la libera circolazione nel territorio europeo: «I dati sono spesso considerati un catalizzatore di crescita economica, d'innovazione e di digitalizzazione in tutti i settori economici, per le PMI (e le start-up) in particolare e per la società tutta. I megadati e il calcolo ad alte prestazioni stanno inoltre cambiando il modo di fare ricerca e di condividere il sapere, inserendosi nella transizione verso una "scienza aperta" più efficiente e reattiva", ma "A causa della frammentazione del mercato, le nuvole informatiche, i megadati, la scienza induttiva (*data-driven*) e l'internet delle cose non raggiungono una scala sufficiente per liberare in Europa tutte le loro potenzialità»;

*ii)* individuare le priorità per l'elaborazione di norme e l'interoperabilità in settori fondamentali per il mercato unico digitale, quali la sanità elettronica, la pianificazione dei trasporti o l'energia (contatori intelligenti): «I servizi di pubblica amministrazione in rete che si vanno sviluppando nei diversi Stati membri dovrebbero poter comunicare tra loro e non evolvere in isolamento»;

*iii)* promuovere una società digitale inclusiva in cui i cittadini dispongano delle competenze necessarie per sfruttare le opportunità offerte da Internet e aumentare le possibilità di trovare un lavoro, nonché cambiare il modo in cui i sistemi d'istruzione e di forma-

zione si adeguano alla rivoluzione digitale.

Il 10 maggio 2017 la Commissione ha pubblicato la revisione intermedia della sua strategia per il mercato unico digitale, facendo un punto sui progressi compiuti e sollecitando i vari legislatori nazionali a esprimere il proprio parere sul punto. In particolare da tale revisione emerge la necessità di focalizzarsi maggiormente sulla c.d. *data economy*, sulla sicurezza informatica e sulla promozione delle piattaforme *online* quali protagoniste del mondo digitale e responsabili di un contesto digitale equo.

In particolare la Commissione ha avviato con tale strategia un tentativo di pianificazione relativamente alla necessità di prevedere e adattare la disciplina degli *Internet service providers* con riferimento ai contenuti caricati da terze parti. È stata sentita l'esigenza di individuare e riformare l'impianto legislativo riferito a tali realtà, con particolare attenzione a quei casi in cui tali *providers* trattano con materiale illecito quale materiale pedopornografico, terroristico e lesivo di diritti di proprietà intellettuale.

Si è percepita sempre più l'importanza di tali *providers* e l'effettiva imponenza di alcuni di essi all'interno del mercato europeo (se non internazionale), da ciò ne consegue la sentita necessità di individuare in capo a tali realtà maggiori responsabilità e una disciplina più rigoristica circa la loro responsabilità nell'agevolare e trarre profitto (anche) da materiale illecito.

Con ciò la Commissione mosse i primi passi con la *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, and the Economic and Social Committee, and the Committee of the Regions, Towards a Modern More European Copyright Framework*[283] con lo scopo di adattare il regime normativo relativo alla responsabilità dei *providers*, i diritti di esclusiva, incluso il precedentemente dimenticato tema del *linking* e aggregatori di notizie, nonché strategie volte a garantire un *enforcement* effettivo, inclusive di c.d. "*follow the money strategies*", violazioni su scala commerciale, l'applicazione di misure inibitorie, cautelari e ingiuntive. Un altro punto su cui si vuole prestare attenzione riguarda il meccanismo di "*notice and action*", con lo scopo di mantenere tale risultato duraturo nel tempo (principio del "*take down and stay down*"[284]).

Nel frattempo la Commissione lanciò una *Public Consultation on the Evaluation and Modernisation of the Legal Framework for the Enforcement of Intellectual Property Rights* (9 dicembre 2015), che tratta anche del Digital Single Market e della responsabilità dei fornitori di servizi *online*, che sollevò molte questioni circa l'insufficienza delle definizioni contenute nella direttiva e-commerce. I risultati, pervenuti e resi pubblici l'anno successivo, sembrarono sollevare un

[283] COM (2015) 260 Final, at 22-23 (Dicembre 9, 2015).
[284] v. A. BRIDY, *Internet Payment Blockades*, 67 Florida L. Rev. 1523 (2015).

generalizzato consenso circa l'adeguatezza dell'esistente regime in materia, tuttavia la Commissione sottolineò come alcune specifiche questioni concernenti le attività *online* illecite e dannose debbano essere riviste. L'OP&DSM Communication tuttavia non accennava, come invece faceva la Consultation, ad altre e diverse categorie di *providers*. Ciononostante l'OP&DSM Communication si incentra sull'idea che «*the responsability of online platforms is a key and cross-cutting issue*»[285].

### 3.1.2 *Value Gap*

L'OP&DSM *communication* anticipò le modifiche all'equilibrio normativo in ambito *copyright* in favore degli *rightholders* con lo scopo di ottenere una più giusta allocazione del valore generato dalla distribuzione di contenuti protetti da *copyright* da parte delle piattaforme *online*. Il passaggio successivo vide, come già anticipato, oltre due anni di dibattiti circa la Proposta di direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale, la quale si inserisce in un più ampio contesto di riforma volto a modernizzare la disciplina in materia di *copyright* all'interno dell'UE. La proposta di direttiva si prefigge lo scopo (tra gli altri) di diminuire il c.d. *value gap* tra piattaforme *online* e *copyright holders*. Ciò che si vuole assicurare ai titolari dei diritti dunque è il controllo sulle loro opere circolanti in *internet* nonché un'adeguata remunerazione per il loro utilizzo. Secondo la Commissione inoltre il mercato del diritto d'autore sarebbe ostacolato nel suo corretto funzionamento (comportando anche una iniqua ripartizione del valore generato dalla diffusione dei contenuti da parte delle piattaforme *online*) da una incerta definizione di comunicazione al pubblico e di messa a disposizione e dalla responsabilità dei *provider* delineata dalla direttiva e-commerce.

Analizzando *in primis* dunque l'aspetto problematico del *value gap* che si cerca di contrastare, occorre anzitutto introdurre all'argomento prendendo coscienza del repentino cambiamento che è avvenuto negli ultimi anni relativamente al comportamento dei consumatori e conseguentemente, del mercato. In particolare, se si prende come esempio il mercato musicale, si scorge con facilità come l'acquisto di cd musicali sia un'attività oramai tutt'altro che diffusa. Nostalgici e ferrati appassionati si accingono ad attendere l'uscita del nuovo album del loro gruppo preferito, gustando l'attesa e il momento di acquisto del cd che ascolteranno ripetutamente e riporranno con cura all'interno della loro collezione. Sebbene questo sem-

[285] v. la *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, and the Economic and Social Committee, and the Committee of the Regions, Online Platforms and the Digital Single Market: Opportunities and Challenges for Europe*, COM (2016) 288 Final, at 9 (maggio 25, 2016).

bri quasi rievocare i momenti di gioia nell'esplorare mercati e negozi musicali alla ricerca di vinili di gruppi anni Settanta e Ottanta, la realtà è che oramai anche i cd sembrano quasi rappresentare un elemento del passato, che si vuole conservare per nostalgia più che per praticità. Si può quasi arrivare a concludere che CD, cassette e vinili ora «*constitute cultural artefacts with considerable symbolic meaning and value*»[286].

La maggiore velocità delle connessioni a internet e i numerosi servizi offerti direttamente in rete hanno cambiato le abitudini dei consumatori. Sempre più spesso all'acquisto del cd fisico si preferisce l'ascolto in *streaming* dei brani, più veloce, più comodo e disponibile su qualsiasi dispositivo senza la necessità di *device* appositi per l'ascolto dei brani. Anche l'acquisto dei singoli pezzi musicali o raccolte musicali *online* non sembra più rappresentare l'abitudine per eccellenza tra i consumatori: in fondo perché spendere per un brano quando c'è la possibilità, mediante pagamento mensile a prezzo ridotto, di ascoltare tutto? E poi c'è il *download* illegale dei brani musicali. Ma questa è tutta un'altra storia.

Così come per la musica, il discorso può essere allargato, pur sempre generalizzando, al mondo cinematografico. Perché acquistare un dvd quando allo stesso prezzo è possibile vedere una mole imparagonabile di film, serie TV, documentari e così via in *streaming*? L'evoluzione tecnologica condiziona le persone, e le persone condizionano il mercato. I servizi di *streaming* in particolare, per la facilità di reperimento, comodità di visualizzazione/ascolto su tutti i *device*, prezzi ridotti accessibili a chiunque, si sono radicati nelle vite del consumatore medio, diventando un'abitudine dura a morire. Ma occorre chiedersi se sia giusto che debba morire. Come già anticipato, il perseguimento del progresso è ciò a cui la società ambisce, e il progresso è proprio questo: è il digitale e le sue potenzialità. Chiaramente con esso arrivano anche i problemi, problemi che non possono portare a preferire un sistema ormai obsoleto, che non rispecchia più la volontà dei consumatori né è più in grado di soddisfarli, a un sistema che accoglie il cambiamento, accettando la necessità di cambiare anche se stesso. Da qui prende avvio il tema relativo al *value gap*: *quid iuris* di quei servizi che, ospitando contenuti caricati da terzi, riproducono (anche) materiale protetto dal diritto d'autore e tramite (anche) essi ricavano enormi guadagni? Prendiamo un esempio (o per meglio dire, L'esempio) per comprendere appieno uno degli scopi della nuova direttiva *copyright*: YouTube. Occorre partire da alcune statistiche riportate in numerosi studi[287].

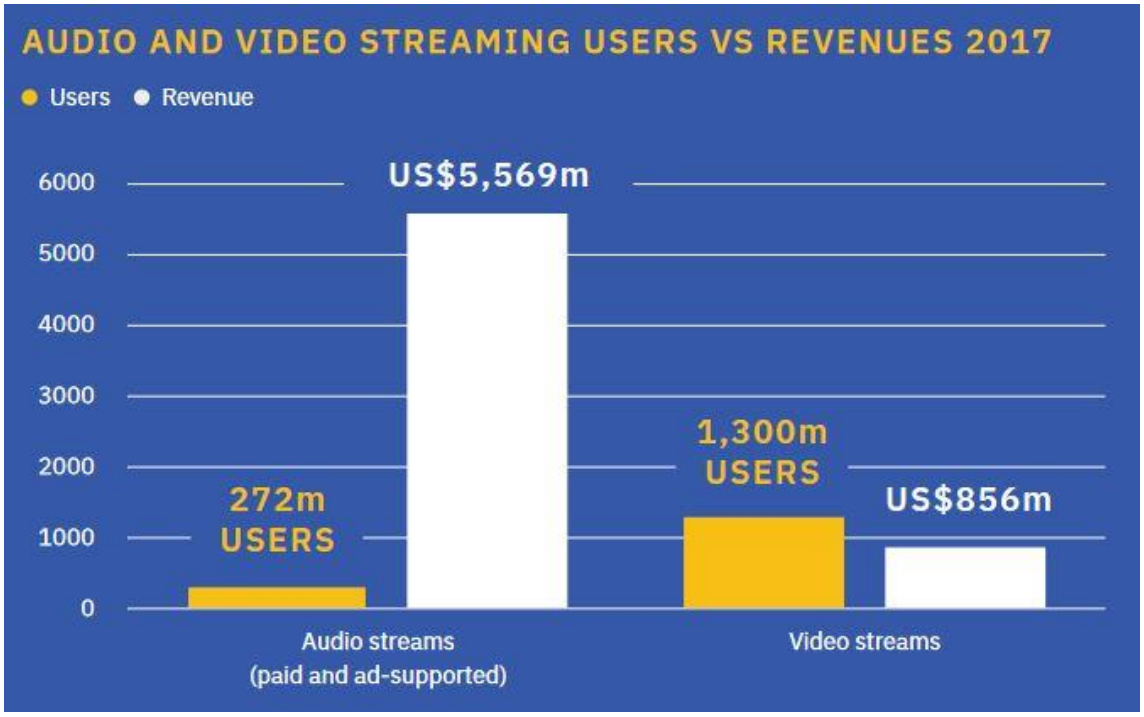
---

[286] v. C. ANDERTON, A. DUBBER & M. JAMES., 2012. Chapter 5: Music Distribution. In: 1, ed. *Understanding the Music Industries*. Thousand Oaks: Sage Publications Ltd, pp. 84 - 99.

[287] v. Global Music Report 2018 – State of the Industry, *Fixing the value gap*, disponibile al *link*: https://www.ifpi.org/downloads/GMR2018_ValueGap.pdf

Secondo il *Music Consumer Insight Report 2018*[288] il consumatore medio spende quasi 17.8 ore a settimana ascoltando musica, ossia circa 2.30 ore al giorno.

L'ascolto non è più limitato entro le mura di casa: la facilità di accesso alla musica aumenta l'ascolto della stessa: i consumatori più giovani (età 16 – 24 anni) tendono ad ascoltare musica durante molte attività, in particolare recandosi al lavoro o a scuola, studiando o lavorando e a casa. Ben il 94% dei giovani consumatori utilizza lo *smartphone* per ascoltare la musica, e stando ai dati raccolti il 38% dei consumatori interrogati ammette di aver acquisito i brani musicali attraverso violazioni del diritto d'autore (di cui il 32% attraverso *ripping*, il 23% attraverso *cyberlockers* o reti P2P, 17% utilizza i motori di ricerca per trovare il materiale protetto). I servizi di *streaming on demand* sono i più popolari, ma anche i servizi a pagamento di *audio streaming* riscuotono notevole successo.




[288] «*Based on research conducted by IFPI in 2018, this report provides a snapshot of how consumers across 18 of the world's leading music markets are engaging with recorded music.*
*IFPI conducted global research in April-May 2018 which explored the way consumers engage and access music across licensed and unlicensed services. The fieldwork was carried out by AudienceNet amongst a demographically representative sample of the online population aged 16-64 in the following territories: Argentina, Australia, Brazil, Canada, France, Germany, Italy, Japan, Mexico, Netherlands, Poland, Russia, South Africa, South Korea, Spain, Sweden, United Kingdom and United States. In addition, the study was also conducted in China and India but results from these two countries are not included in "global" figures. In each country, nationally representative quota samples of between 1,000-2,000 respondents were set in accordance with online population size and demographic structure, as determined by the latest respective census data in each territory. This ensured that a standard error of +/- 3% was achieved throughout the data, at a 95% confidence level. These twenty territories accounted for 91.3% of global recorded music market revenues in 2017. For more about IFPI visit* www.ifpi.org».

Tabella 1: *Audio and Video streaming users vs revenues 2017*. Fonte: *IFPI Global Music Report*, 2018

Del tempo speso ad ascoltare musica on demand, il 47% è speso proprio su YouTube. Il ricavo annuale stimato per utente di un servizio a pagamento quale Spotify è di circa 20 dollari, mentre quello di YouTube ammonta a 1 dollaro.

Il 35% degli intervistati, alla domanda del perché non usufruiscono di un servizio a pagamento per lo *streaming* musicale, risponde che la maggior parte di ciò che vogliono ascoltare è su YouTube. Infatti lo *streaming video* rappresenta più della metà del tempo di *streaming on-demand* (55%), di cui il 46% è rappresentato dal solo YouTube.

Tabella 2: *Video streaming makes up more than half of on-demand streaming time*. Fonte: *IFPI Global Music Report*, 2018

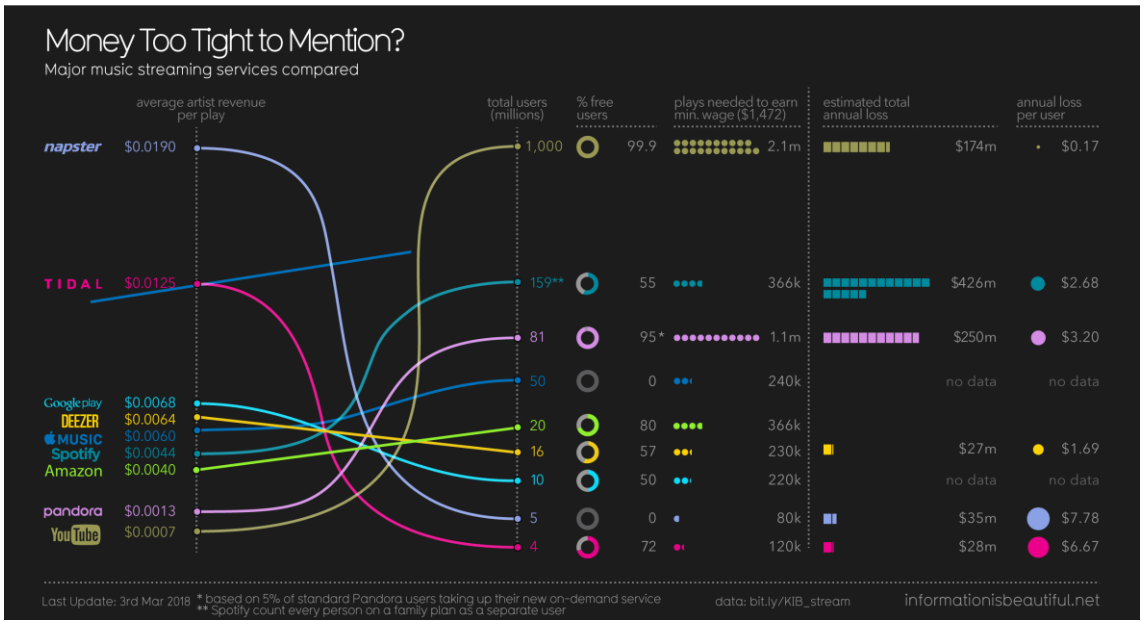



Tabella 3: *Major music streaming services compared*. Fonte: *Information is Beautiful*, 2018

Tuttavia il problema principale rimane la difficoltà di procedere ad una accurata analisi circa

i profitti persi in capo ai titolari dei diritti a causa delle grandi piattaforme (tendenzialmente, YouTube). Il motivo risiede nella imprevedibilità del comportamento dell'utente messo davanti alla scelta di spostarsi su servizi a pagamento o ricorrere alla classica pirateria. Lo *streaming* domina il mondo digitale e rappresenta la pratica pià facile e veloce di accesso ai contenuti; se tuttavia questa pratica diventa eccessivamente onerosa o macchinosa nulla impedisce all'utente (di fatto, nemmeno la legge sul *copyright*) di scaricare o accedere illegalmente al contenuto.

Un'ultima annotazione: in tempi recenti si è assistito al proliferare di servizi di *streaming on-demand* a pagamento. Sebbene inizialmente ciò abbia aiutato a contrastare pratiche illegali grazie ai costi ridotti degli abbonamenti e alla facilità nell'accesso ad una vasta quantità di contenuti, l'eccessiva frammentazione nella disponibilità delle varie opere tra diversi servizi richiede, di fatto, l'attivazione di numerosi abbonamenti. Questo può ritorcersi contro gli stessi titolari dei diritti: l'utente difficilmente accetterà di pagare tanti piccoli abbonamenti per accedere legalmente ai contenuti. Presumibilmente tornerà alla vecchia pratica del *download* o *streaming* illegale.

### 3.2 La proposta di direttiva sul diritto d'autore

Nella sua comunicazione del 6 maggio 2015 la Commissione Europea ha sottolineato l'importanza di migliorare l'accesso transfrontaliero ai servizi di contenuti protetti dal diritto d'autore, di facilitare nuovi usi nei settori della ricerca e dell'istruzione e chiarire il ruolo dei servizi *online* nella distribuzione di opere e altre materie rilevanti.

Il 14 settembre 2016 la Commissione Europea lanciò la sua nuova Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto d'autore nel mercato unico digitale. La proposta incarna la volontà di perseguire almeno due dei tre scopi su citati, tuttavia mancano aspetti criticabili. Presentata come il pilastro del pacchetto europeo che la Commissione Europea ha proposto, l'obiettivo era di raggiungere un accordo e arrivare alla definitiva approvazione entro la fine del mandato di Juncker, cioè prima della fine del 2019. E così è avvenuto.

Il presente capitolo intende trattare nello specifico due articoli della direttiva largamente criticati da giuristi e non, partendo dall'analisi della loro formulazione iniziale per concludere con le osservazioni concernenti la loro versione emendata e approvata. Gli articoli protagonisti della presente trattazione sono dunque gli (ex) artt. 11 e 13 della proposta di diretti-

va, ora artt. 15 e 17 nella versione approvata.

### 3.2.1 L'art. 13

Nel contesto descritto, l'articolo 13 della proposta e i considerando che lo sostengono cercano di introdurre misure che mirano a migliorare la posizione dei titolari dei diritti con lo scopo di introdurre la possibilità di negoziare ed essere remunerati per lo sfruttamento dei loro contenuti da parte di servizi *online* che danno accesso a contenuti caricati dall'utente. La disposizione è orientata a ciò che la proposta descrive come «*information society service providers that store and provide to the public access to large amounts of works or other subject-matter uploaded by their users*». Il testo dell'art. 13 si presentava nel seguente modo:

*Use of protected content by information society service providers storing and giving access to large amounts of works and other subject-matter uploaded by their users*

*1. Information society service providers that store and provide to the public access to large amounts of works or other subject-matter uploaded by their users shall, in cooperation with rightholders, take measures to ensure the functioning of agreements concluded with rightholders for the use of their works or other subject-matter or to prevent the availability on their services of works or other subject-matter identified by rightholders through the cooperation with the service providers. Those measures, such as the use of effective content recognition technologies, shall be appropriate and proportionate. The service providers shall provide rightholders with adequate information on the functioning and the deployment of the measures, as well as, when relevant, adequate reporting on the recognition and use of the works and other subject-matter.*
*2. Member States shall ensure that the service providers referred to in paragraph 1 put in place complaints and redress mechanisms that are available to users in case of disputes over the application of the measures referred to in paragraph 1.*
*3. Member States shall facilitate, where appropriate, the cooperation between the information society service providers and rightholders through stakeholder dialogues to define best practices, such as appropriate and proportionate content recognition technologies, taking into account, among others, the nature of the services, the availability of the technologies and their effectiveness in light of technological developments.*

Il presente articolo è sostenuto da tre considerando inseriti nel preambolo della proposta: i considerando 37, 38 e 39, i quali rappresentano il criterio di orientamento per l'interpretazione dell'art. 13 e la sua lettura alla luce del quadro normativo esistente.

Il considerando 37[289] sottolinea come, negli ultimi anni, i *providers online* che danno accesso a contenuti caricati dagli utenti senza il consenso e il coinvolgimento dei titolari dei diritti d'autore sono diventati la risorsa principale per l'accesso ai contenuti *online*. Secondo questo considerando, ciò inficerebbe la possibilità dei titolari dei diritti di controllare l'uso che viene fatto del loro materiale protetto, nonché la ricezione di un'appropriata remunerazione per il loro utilizzo.

Il considerando 38[290] prosegue affermando che ove i fornitori di servizi della società dell'informazione memorizzano e forniscono accesso al pubblico alle opere protette da *copyright* o ad altri contenuti caricati dai loro utenti, andando così oltre la semplice fornitura di strutture fisiche e l'esecuzione di un atto di comunicazione al pubblico, essi sono obbligati a concludere accordi di licenza con i titolari dei diritti.

Secondo il considerando, questo obbligo viene meno se il fornitore è idoneo a rientrare nel regime di esenzione da responsabilità di cui all'articolo 14 della direttiva sul commercio elettronico. Il considerando 38 suggerisce che, al fine di accertare se tale esenzione da responsabilità si applica o meno, è necessario verificare se il *provider* svolge un ruolo attivo, anche ottimizzando la presentazione delle opere o dei contenuti caricati, o promuovendole, indipendentemente dalla natura dei mezzi utilizzati. Sulla base di ciò il considerando si pone sulla stessa linea dell'art. 13, rilevando come, al fine di garantire l'efficacia di qualsiasi accordo di licenza, i *providers* coinvolti dovrebbero adottare misure adeguate e proporzionate per proteggere il diritto d'autore e i diritti connessi, ad esempio attraverso l'implementazione di tecnologie efficaci. Tuttavia il considerando non dà contenuto a tale

---

[289] «*Over the last years, the functioning of the online content marketplace has gained in complexity. Online services providing access to copyright protected content uploaded by their users without the involvement of right holders have flourished and have become main sources of access to content online. This affects rightholders' possibilities to determine whether, and under which conditions, their work and other subject-matter are used as well as their possibilities to get an appropriate remuneration for it*».

[290] «*Where information society service providers store and provide access to the public to copyright protected works or other subject-matter uploaded by their users, thereby going beyond the mere provision of physical facilities and performing an act of communication to the public, they are obliged to conclude licensing agreements with rightholders, unless they are eligible for the liability exemption provided in Article 14 of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council.*

*In respect of Article 14, it is necessary to verify whether the service provider plays an active role, including by optimising the presentation of the uploaded works or subject-matter or promoting them, irrespective of the nature of the means used therefor.*

*In order to ensure the functioning of any licensing agreement, information society service providers storing and providing access to the public to large amounts of copyright protected works or other subject-matter uploaded by their users should take appropriate and proportionate measures to ensure protection of works or other subject-matter, such as implementing effective technologies. This obligation should also apply when the information society service providers are eligible for the liability exemption provided in Article 14 of Directive 2000/31/EC*».

locuzione: a differenza dell'art. 13 e del considerando successivo, il considerando 38 non parla esplicitamente di tecnologie di riconoscimento dei contenuti. In chiusura, il considerando ritiene tali misure idonee anche qualora il *provider* possa inserirsi nell'ambito dell'esenzione da responsabilità di cui all'art. 14 della direttiva e-commerce.

Infine il considerando 39[291] della proposta sottolinea l'importanza, per il successo della soluzione avanzata dalla medesima, della collaborazione tra i *providers* e i titolari di diritti di *copyright* e diritti connessi. Come viene fatto notare, tale collaborazione è necessaria per il funzionamento delle tecnologie di riconoscimento dei contenuti di cui all'articolo 13. A tal fine, il considerando 39 afferma che i titolari dei diritti dovrebbero fornire i dati necessari per consentire ai fornitori di identificare il contenuto che ritengono essere protetto da *copyright*. Da parte loro, anche i *providers* dovrebbero essere trasparenti verso i titolari dei diritti per quanto riguarda le tecnologie che implementano ai fini dell'applicazione del diritto d'autore. Questa trasparenza ha lo scopo di consentire la valutazione dell'adeguatezza di queste tecnologie. Secondo il Considerando 39, i fornitori dovrebbero in particolare fornire ai titolari dei diritti informazioni sul tipo di tecnologie utilizzate, il modo in cui queste vengono gestite e il loro tasso di successo per il riconoscimento del contenuto dei titolari dei diritti. Queste tecnologie dovrebbero inoltre consentire ai titolari dei diritti di acquisire informazioni dai *providers* sull'uso dei loro contenuti oggetto di accordo con il fornitore.

Alla luce del contesto normativo esaminato nel capitolo precedente, i problemi che sorgono da tali disposizioni si manifestano almeno sotto quattro profili: a) compatibilità della proposta con il panorama normativo europeo concernente il *copyright*; b) in particolare, la compatibilità della proposta con l'articolo 14 della direttiva sul commercio elettronico; c) la compatibilità con l'articolo 15 della direttiva e-commerce; e d) la compatibilità della proposta con la Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

### 3.2.2 Compatibilità della proposta con il panorama normativo europeo concernente il *copyright*

[291] «*Collaboration between information society service providers storing and providing access to the public to large amounts of copyright protected works or other subject-matter uploaded by their users and rightholders is essential for the functioning of technologies, such as content recognition technologies. In such cases, rightholders should provide the necessary data to allow the services to identify their content and the services should be transparent towards rightholders with regard to the deployed technologies, to allow the assessment of their appropriateness. The services should in particular provide rightholders with information on the type of technologies used, the way they are operated and their success rate for the recognition of rightholders' content. Those technologies should also allow rightholders to get information from the information society service providers on the use of their content covered by an agreement*».

Il primo problema di incompatibilità che si pone tra la proposta e il quadro giuridico esistente è quello relativo all'attuale legge sul *copyright* dell'UE. La questione è incentrata principalmente sul paragrafo 1 del considerando 38 della proposta. Come visto, tale considerando prevede che, quando i fornitori di servizi della società dell'informazione memorizzano e forniscono accesso al pubblico di opere protette da *copyright* o di altri contenuti caricati dai loro utenti, «Andando così oltre la semplice fornitura di strutture fisiche ed eseguendo un atto di comunicazione al pubblico», purché non siano protetti dall'esenzione di responsabilità, sono obbligati a stipulare accordi di licenza con i titolari dei diritti.

Questa formulazione implica che tali fornitori, in base al servizio che forniscono, violano direttamente il diritto di comunicazione dei proprietari dei diritti d'autore. Tale affermazione, il cui principio è stato a lungo rifiutato dalla giurisprudenza e dall'impianto legislativo europeo, si appresta ad essere un principio di base pericoloso, che rischia di vedere i *providers* imputabili di una responsabilità oggettiva. Altrettanto inadeguato pare essere l'inserimento di un principio di tale portata in un mero considerando. Come già segnalato circa la nozione di comunicazione al pubblico, la direttiva InfoSoc, circa i *providers*, non dà specifiche dettagliate, mentre la Corte di Giustizia ha nel tempo pian piano ampliato tale nozione, sottolineando tuttavia come sia sempre necessaria una valutazione individuale di ogni caso[292]. Sicuramente, nei casi in cui opere protette che non erano state precedentemente rese disponibili gratuitamente su Internet, sono pubblicate su una piattaforma di *hosting* senza l'autorizzazione del titolare dei diritti, può arrivare a dirsi che un nuovo pubblico sia stato raggiunto. Discutibile appare tuttavia la responsabilità del *provider* in tale contesto.

Il *leading case* sul tema ad oggi è probabilmente rappresentato dal caso *GS Media*. Sebbene ciò concernesse collegamenti ipertestuali, potrebbe essere riletto anche alla luce del ruolo svolto dai *providers* di *hosting*, rilevando un coinvolgimento "indiretto" di un fornitore con una violazione di terze parti: mentre gli *host* archiviano contenuti caricati da altri sulle loro piattaforme, i collegamenti ipertestuali indicano la posizione di tali contenuti altrove su Internet. Il giudizio di *GS Media* ha concluso che, quando viene creato un collegamento ipertestuale a scopo di lucro, ci si può aspettare che la persona che lo ha pubblicato effettui i controlli necessari per garantire che l'opera in questione non sia pubblicata illegalmente sul sito *web* a cui portano tali collegamenti. Di conseguenza, in tali casi, si crea una presunzione per cui vi erano le conoscenze necessarie e che, pertanto, si è verificata una violazione. A questo punto ci si chiede se tale principio possa essere esteso al di fuori dell'ambito con-

[292] v. C-160/15, cit.

cernente i collegamenti ipertestuali.

In una tale eventualità, si potrebbe forse sostenere che la presunzione delle conoscenze necessarie esisterà sempre per le società a scopo di lucro coinvolte in qualsiasi possibilità di violazioni da parte di terzi.

Tuttavia, anche questo approccio radicale lascerebbe ancora la necessità di riscontrare un "intervento". Probabilmente, al contrario di quanto accade per i collegamenti ipertestuali, con l'*hosting* non è il *provider* stesso che interviene per comunicare il lavoro al pubblico, ma l'utente che ha approfittato dei servizi offerti dal fornitore. La piattaforma stessa, nella peggiore delle ipotesi, sta semplicemente fornendo i mezzi utilizzati da qualcun altro per raggiungere una comunicazione al pubblico. Infatti, anche nelle ipotesi in cui gli *hosting providers* creano, quale parte del supporto che forniscono ai propri utenti, *link* generati automaticamente a contenuti, un intervento potrebbe sì esistere, ma non può pacificamente dirsi volontario.

Si ricorda, nondimeno, che nel caso *GS Media* i titolari del sito *web* agirono deliberatamente per la pubblicazione di collegamenti a contenuti protetti. Arrivare dunque a estendere tale principio a casi in cui i *link* sono generati automaticamente e senza consapevolezza comporterebbe una interpretazione eccessivamente estensiva[293]. Infine va tenuto presente che non tutte le comunicazioni al pubblico aventi ad oggetto contenuti protetti da *copyright* e diritti connessi che si riscontrano su un sito *web* di *hosting* violano tali diritti. Devono essere considerate anche le eccezioni e limitazioni. A tale proposito, non è solo il considerando 38, ma anche il considerando 37 della proposta a presentare problemi: secondo questo, il caricamento da parte degli utenti di contenuti protetti da *copyright* senza il coinvolgimento dei titolari dei diritti influisce sulle possibilità per tali titolari di determinare se, e a quali condizioni, tali contenuti vengono utilizzati, nonché le loro possibilità di ricevere una remunerazione adeguata. Sebbene ciò sia certamente vero, non ne consegue automaticamente che, in tutti questi casi, i titolari dei diritti abbiano diritto a tali possibilità.

In conclusione, le condizioni legali per ritenere un intermediario responsabile per le violazioni dei suoi utenti non sono stabilite a livello UE e si pongono in conflitto su quello nazionale. Questa realtà sembra essere completamente scontata nel facile approccio adottato dalla nuova proposta. Certamente, la Commissione sembra avere dubbi sull'attuale definizione in Europa della nozione di comunicazione al pubblico, come indicato dalla sua co-

[293] Vale la pena notare che la proposta sembra comunque porsi in contrasto con conclusioni raggiunte dalla CGUE in tema: secondo il considerando 33 della proposta, il collegamento ipertestuale non costituisce un atto di comunicazione al pubblico.

municazione del 2015 *Communication on a Modern, more European Copyright Framework*. Tuttavia, se l'UE deve armonizzare le norme sostanziali in materia di responsabilità degli intermediari di internet, dovrebbe farlo nel testo principale di un testo legislativo e non nei suoi considerando. Inoltre, se una tale armonizzazione dovesse effettivamente avvenire, il diritto comparato porta a concludere come l'approccio migliore sarebbe non la responsabilità diretta attraverso un'interpretazione estensiva del diritto di comunicazione, ma la creazione di un regime di responsabilità secondaria dell'UE in materia di diritti d'autore, ricollegabile alla partecipazione del *provider* alle infrazioni di terzi. Osserva Yen «*It is one thing to distribute technology that could be used to infringe in the hope that others will use it legitimately. It is something else to distribute the same technology in the hope that others will use it to infringe*»[294].

È interessante notare che questa è esattamente la direzione in cui sembrava che la giurisprudenza della CGUE si stesse dirigendo. L'introduzione del requisito della "neutralità" come condizione per l'applicazione delle esenzioni da responsabilità in *Google France* e *L'Oréal* e la dipendenza di questo dalla conoscenza e dal controllo parlano proprio della pertinenza della conoscenza dell'intermediario all'accertamento della propria responsabilità. Il caso *GS Media* si è inserito nella stessa direzione, attraverso la nuova introduzione di un elemento di soggettività alla nozione di comunicazione al pubblico nella questione della responsabilità indiretta del collegamento ipertestuale.

### 3.2.3 Compatibilità con l'art. 14 della direttiva e-commerce

In questo caso i problemi sorgono su due fronti: i paragrafi 1 e 2 del considerando 38 della proposta di direttiva e l'art. 13 della stessa. In via preliminare, si deve rilevare che tali incompatibilità non sono rilevate dall'articolo 1, paragrafo 2, della Proposta, che include un elenco di direttive esistenti che la proposta intende lasciare intatte, poiché tale elenco non menziona la direttiva sul commercio elettronico. È necessario innanzitutto notare che la nozione «*information society service providers that store and provide access to the public to large amounts*

[294] «*An expansion of the right of communication to the public would risk obscuring the distinction between infringers and non-infringers, thereby necessitating – as the example of French copyright law has shown – the safe harbours to ex post negate their broad reach. By contrast, an 'accessory liability' approach, along what is found in both the UK and Germany, as well as in France outside of the area of copyright, would allow for the introduction of a separate regime adjusted to the peculiarities of those supporting third party infringements. In this way, direct infringers can receive different treatment to indirect infringers, overexpansion is avoided and indirect infringers can be held liable only where appropriate*», C. ANGELOPOULOS, *On Online Platforms and the Commission's New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market*, Centre for Intellectual Property and Information Law (CIPIL) University of Cambridge, Gennaio 2017, 33, disponibile al *link* https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2947800.

*of works or other subject matter uploaded by their users*» deve essere intesa come *provider* di *hosting* ai sensi dell'articolo 14 della Direttiva sul commercio elettronico.

Tuttavia la nozione di quest'ultima («*providers of an information society service that consists of the storage of information provided by a recipient of the service*») ha portata diversa e più ampia rispetto a quella della proposta. In particolare, la proposta si rivolge solo ai fornitori di "grandi quantità" di materiale, nonché ai fornitori che oltre a conservare il materiale, ne forniscono anche accesso pubblico. Tuttavia l'esenzione di cui all'art. 14 non dipende né dalla mole di contenuti messi a disposizione né dalla loro comunicazione al pubblico. Infatti come già stabilito dalla Corte di Giustizia nel celebre caso *Netlog*[295], i servizi che archiviano contenuti con lo scopo di renderli disponibili al pubblico (come ad esempio i *social networks*) rientrano nella definizione di *hosting provider*. La scelta lessicale adottata dal legislatore europeo nella scrittura dell'art. 13 sembra dunque distanziarsi dall'assetto fino ad ora definito.

Salta subito all'occhio come alcune lacune già pongano delle questioni: cosa si intende per grandi quantità di materiale? E cosa integra fornitura di accesso al pubblico? Ciò che sembrava certo era l'inclusione di tali soggetti sotto l'ala dell'art. 14 della direttiva e-commerce. Si concludeva che la nuova categoria di *provider* della proposta, purché rispettino le condizioni dell'articolo 14 della direttiva sul commercio elettronico e il requisito di "neutralità" introdotto dalla CGUE,

potessero beneficiare della protezione del *safe harbor* di cui all'art. 14.

Alla luce di ciò emerge una prima incompatibilità tra la proposta e l'art. 14 che concerne l'interpretazione della nozione di "neutralità". Il paragrafo 2 del considerando 38 della proposta suggerisce che gli *hosting providers* perderanno la protezione del *safe harbor* laddove svolgono un ruolo attivo, «*including by optimising the presentation of the uploaded works or subject matter or promoting them, irrespective of the means used therefor*». Questo è chiaramente un tentativo di integrare nella proposta la giurisprudenza della CGUE sulla nozione di "neutralità" (ma interpretando erroneamente tale giurisprudenza). La frase "*irrespective of the means used therefof*" è particolarmente problematica. Come fatto notare, la CGUE ha basato la propria interpretazione del concetto di neutralità sul considerando 42 ECD[296], per cui neutro è quel *provider* che offre servizi di carattere puramente tecnico, automatico e passivo, tale che non

[295] C-360/10, cit.

[296] «*The exemptions from liability established in this Directive cover only cases where the activity of the information society service provider is limited to the technical process of operating and giving access to a communication network over which information made available by third parties is transmitted or temporarily stored, for the sole purpose of making the transmission more efficient; this activity is of a mere technical, automatic and passive nature, which implies that the information society service provider has neither knowledge of nor control over the information which is transmitted or stored*».

ha conoscenza né controllo delle informazioni trasmesse o archiviate.

In *L'Oréal v eBay* la Corte ha portato un esempio di attività che portano alla perdita di quella caratteristica di neutralità, quali l'ottimizzazione della presentazione dei contenuti e la loro promozione. Il contesto del caso porta tuttavia a concludere che solo delle misure adottate *ad hoc* porterebbero a questa conseguenza, diversamente dai casi di una mera generica e automatizzata assistenza. In effetti, ciò ha senso in considerazione dell'attenzione del considerando 42 ai requisiti della conoscenza e del controllo: l'offerta di prodotti generici e il supporto automatizzato a tutti gli utenti non fornisce conoscenza e, senza conoscenza, è escluso un controllo reale. Di conseguenza, contrariamente a quanto affermato dal considerando 38 della proposta, "la natura dei mezzi utilizzati" è in effetti cruciale per decidere se un servizio è "neutro". L'inclusione di questo nuovo elemento nella nozione di neutralità mette in conflitto la proposta sia con il considerando 42 della ECD che con la giurisprudenza esplicativa della CGUE.

Il secondo problema che sorge dalla proposta di direttiva relativamente all'art. 14 della direttiva sul commercio elettronico riguarda l'articolo 13 della proposta stessa. Come visto, l'articolo 13 propone l'imposizione di una coppia di obblighi alternativi agli intermediari interessati:

a) adottare misure per garantire il funzionamento degli accordi conclusi con i titolari dei diritti per l'utilizzo delle loro opere o altro materiale; oppure

b) adottare misure per impedire la disponibilità sui propri servizi di opere o altro materiale identificato dai titolari dei diritti attraverso la cooperazione con i fornitori di servizi.

Sicuramente il fatto che un *provider* possa godere del *safe harbor* non comporta necessariamente che non gli possano essere imposti degli obblighi volti a una maggiore responsabilizzazione del fornitore del servizio circa la presenza e la prevenzione di certe attività lesive. Tuttavia bisogna anche prendere atto dei limiti che presenta tale possibilità. In particolare occorre ricordare il testo del considerando 48 ECD[297], il quale indica che tali doveri devono essere ragionevoli e specificati nella legge e possono concentrarsi solo sul rilevamento e la prevenzione di attività illegali. Sulla base di ciò non possono non sorgere dubbi sulla formulazione dell'art. 13 della proposta di direttiva: mentre il secondo obbligo elencato sembra effettivamente riguardare l'obiettivo preciso di cui al considerando 48 della direttiva ECD, non appare chiaro invece il primo obbligo consistente nella implementazione di mi-

[297] «*This Directive does not affect the possibility for Member States of requiring service providers, who host information provided by recipients of their service, to apply duties of care, which can reasonably be expected from them and which are specified by national law, in order to detect and prevent certain types of illegal activities*».

sure volte a garantire il funzionamento degli accordi conclusi con i titolari dei diritti per l'utilizzo dei contenuti. Non aiuta a questo proposito il fatto che parti diverse della proposta usano un linguaggio diverso per descrivere il medesimo obbligo: l'articolo 13 parla di misure per garantire il funzionamento degli accordi conclusi con i titolari dei diritti per l'utilizzo dei contenuti, mentre il paragrafo 1 del considerando 38 menziona un obbligo di conclusione di accordi di licenza con i titolari dei diritti. Non è chiaro se queste due frasi si riferiscono allo stesso obbligo.

Una possibile interpretazione è che il considerando 38 intendesse semplicemente dichiarare l'ovvio in modo esplicativo: solo i fornitori che comunicano opere al pubblico sono tenuti a concludere accordi di licenza. Questa dichiarazione avrebbe potuto quindi essere interpretata come la base legislativa dell'obbligo introdotto dall'articolo 13: solo i fornitori che hanno l'obbligo di concludere accordi di licenza hanno anche l'obbligo di adottare misure per garantire il funzionamento di tali accordi. Tuttavia, anche questo sembra stridere, poiché una corretta interpretazione della legge sul *copyright* concluderebbe che, dove i fornitori comunicano opere al pubblico senza autorizzazione, la conseguenza sarà che loro possono essere ritenuti responsabili per le loro violazioni. Non viene creato alcun obbligo di stipulare accordi di licenza in quanto tale. Inoltre, il paragrafo 3 del considerando 38 parla dell'obbligo di "garantire la protezione di opere o altri contenuti". Rispetto alla formulazione del paragrafo 1 del considerando 38, questa formulazione sembra coordinarsi meglio con quella dell'articolo 13 supponendo che sarebbe attraverso atti volti a «garantire la protezione di opere o altri contenuti che un fornitore assicurerebbe il funzionamento degli accordi conclusi titolari dei diritti per l'utilizzo dei contenuti stessi». In alternativa, forse sarebbe attraverso il secondo obbligo dell'art. 13 che la protezione di tali materiali può essere "assicurata". Ancora una volta, tuttavia, la formulazione delle due disposizioni è leggermente diversa creando confusione sul punto.

Infine, il *memorandum* esplicativo della proposta suggerisce che l'articolo 13 «favorisce la conclusione di accordi con i titolari dei diritti». Ancora una volta, viene utilizzata una formulazione divergente, questa volta tornando al significato suggerito dal paragrafo 1 del considerando 38. Tuttavia, nello stesso paragrafo, l'EM suggerisce anche che il meccanismo adottato nella proposta è quello che è stato etichettato "Opzione 2" nella valutazione d'impatto. Anche questo fa sorgere perplessità poiché sotto tale voce, la valutazione d'impatto parla solo dell'imposizione di un obbligo molto più mite di introdurre tecnologie adeguate e proporzionate e di aumentare la trasparenza nei confronti dei titolari dei diritti.

In conclusione, la proposta sembra oscillare in modo irregolare tra due possibili tipi di servizio per le piattaforme di *hosting*: uno in linea con l'ECD e uno no. Senza alcuna reale chiarezza su quale sia il primo obbligo proposto dall'art. 13 risulta impossibile valutare, in modo reale, la sua compatibilità con l'articolo 14 della direttiva sul commercio elettronico. Se si tratta solo di misure per rilevare e prevenire l'illegalità, come consentito dal considerando 48 della Direttiva sul commercio elettronico, probabilmente la compatibilità può essere recuperata. Se, tuttavia, comporta l'obbligo di firmare accordi di licenza sorgono problemi: se un fornitore di servizi *host* è protetto dall'articolo 14 e quindi non è responsabile per le infrazioni, perché dovrebbe firmare un accordo di licenza con i titolari dei diritti?
D'altra parte, se si intende invece semplicemente un obbligo di prevenzione delle infrazioni in linea con il considerando 48 della DCE, qual è la differenza tra tale obbligo e il secondo obbligo alternativo introdotto dall'articolo 13?

### 3.2.4 Compatibilità con l'art. 15 della direttiva e-commerce

Una delle maggiori incompatibilità presentate dall'allora versione della proposta è quella che nasce dall'articolo 15 della direttiva sul commercio.
Nell'introdurre gli obblighi su citati, l'articolo 13, paragrafo 1, della proposta di direttiva accenna in modo superficiale al rispetto degli altri interessi in gioco limitandosi a prevedere che eventuali misure adottate devono essere appropriate e proporzionate. Il considerando 38 della proposta ripete il concetto.
Tuttavia il testo dell'articolo 13, paragrafo 1, mina questi (esili) sforzi suggerendo invece che le misure rilevanti possono includere "tecnologie di riconoscimento dei contenuti efficaci". Lo stesso riferimento viene fatto anche dal considerando 39. L'uso di questo esempio rende la disposizione immediatamente in contrasto con l'articolo 15 della direttiva sul commercio elettronico, nonché con la Carta dei diritti fondamentali dell'UE (artt. 7, 8, 10, 11, 13, 16 e 47). Ancora una volta, come nel caso della sezione precedente, le incompatibilità della proposta con l'articolo 15 non sono risolte dall'articolo 1 paragrafo 2 della proposta, che non menziona la direttiva sul commercio elettronico tra le direttive destinate a rimanere inalterate dalla proposta.
L'articolo 15 della direttiva e-commerce vieta agli Stati membri di imporre ai fornitori obblighi generali di controllo anche delle informazioni che trasmettono o archiviano, come ad esempio obblighi generali di ricerca attiva di fatti o circostanze indicanti attività illegali.

Questo presenta un problema per la proposta, poiché le "tecnologie di riconoscimento dei contenuti efficaci" richiedono, per definizione, proprio questa tipologia di monitoraggio: diversamente, come sarebbe possibile "riconoscere efficacemente" i contenuti in violazione su una piattaforma tramite uno strumento tecnologico senza la supervisione della totalità dei contenuti su quella piattaforma? Al fine di "riconoscere" l'indesiderato contenuto all'interno di una più vasta raccolta di contenuti si deve, logicamente, esaminare ogni contenuto di quella raccolta.

Questa realtà è chiarita dall'Allegato 12A dell'*Impact Assessment* a supporto della proposta "*General Information on and Examples of Content Idetification Technologies*"[298]. Come evidenziato, esistono due principali tipi di tecnologie di riconoscimento dei contenuti: "*fingerprinting*" e "*watermarking*". Le tecnologie "*Fingerprinting*" si basano sulla creazione di una rappresentazione digitale unica di ciascun contenuto protetto (un'"impronta digitale" di tale contenuto) e la compilazione di tali rappresentazioni in un *database* di riferimento (un "*database* di impronte digitali"). Questo *database* è quindi utilizzato per controllare ogni contenuto che un utente finale tenta di caricare sul servizio. Se una corrispondenza è rilevata, il contenuto viene rimosso o l'accesso ad esso viene bloccato. Le tecnologie "*Watermarking*" funzionano al contrario: alterando le caratteristiche dell'immagine in maniera più o meno impercettibile all'utente, l'algoritmo di *watermarking* ne modifica il contenuto permettendo di inserire una firma (stringa o immagine) al suo interno[299].

In entrambi i casi, per essere efficace, la tecnologia deve essere applicata allo stesso modo ai contenuti che violano e non violano. Comunemente la tecnologia viene applicata alla totalità dei contenuti sulla piattaforma dell'intermediario o, almeno, a tutti quelli nuovi. L'allegato fornisce l'esempio del *Content ID* di YouTube, sottolineando come questo *software* gestito da YouTube agisce su ogni nuovo video caricato sulla sua piattaforma. Ne risulta che la totalità dei contenuti caricati viene coinvolta.

Questo chiarisce perché, nel caso *Netlog*, la CGUE abbia concluso che l'imposizione di un'ingiunzione al fornitore di servizi di *hosting* che preveda l'installazione di un sistema di filtraggio comporterebbe l'attivo monitoraggio di quasi tutti i dati relativi a tutti i suoi utenti e pertanto sarebbe incompatibile con l'articolo 15 della direttiva sul commercio elettronico.

Va fatto notare che sono state avanzate argomentazioni in base alle quali le tecnologie di

---

[298] Impact Assessment, pp. 164-165.

[299] Per una più dettagliata trattazione sulle tecnologie in esame v. D. PIERGIGLI, *Social network e watermarking: alcuni risultati preliminari*, Corso di laurea triennale in Informatica, Università di Bologna, Anno Accademico 2015-2016.

riconoscimento dei contenuti non sarebbero incompatibili con l'articolo 15 della direttiva sul commercio elettronico a causa della concessione fatta dal considerando 47 della direttiva e-commerce «*this does not concern monitoring obligations in a specific case*» sulla scia del caso tedesco *Störerhaftung*[300].

La differenza tra il monitoraggio "generale" e "specifico" non è esplicitamente chiarita dal testo della direttiva. Il fatto che la sentenza Netlog riguardasse un meccanismo di filtraggio particolarmente ampio (che comporterebbe il monitoraggio della maggior parte delle informazioni archiviate sui *server* della piattaforma, per tutti i suoi clienti, in astratto e in maniera preventiva, a proprie spese e per un periodo illimitato) sembra lasciare aperta la possibilità che un ordine meno impegnativo sia stato ritenuto ammissibile[301].

Tuttavia, nella sua pronuncia, la CGUE ha ignorato l'ampiezza dell'ingiunzione in termini ad esempio di periodo di tempo per cui doveva essere applicata e si è focalizzata esclusivamente sull'ampiezza del materiale monitorato. Ciò chiarisce che è l'ampiezza dell'oggetto del monitoraggio che rappresenta il discrimine tra monitoraggio generale e specifico. Anche filtrare le violazioni di una sola parte di contenuto protetto da *copyright* da una piattaforma richiede di esaminare tutti i contenuti su tale piattaforma al fine di scoprire tali infrazioni.

È quindi molto difficile vedere una compatibilità dell'interpretazione tedesca con la sentenza Netlog. Ne consegue che il riferimento di cui al considerando 47 circa il monitoraggio in casi specifici dovrebbe essere interpretato alla lettera, per cui ad esempio potrebbe essere consentito il monitoraggio di un utente o un gruppo di utenti preidentificati. Occorre inoltre sottolineare che sebbene quell'orientamento tedesco possa stridere con la normativa europea, comunque questo diverge dalla soluzione adottata dalla proposta di direttiva in quanto questa prescinde da un ordine del tribunale.

Infine è utile osservare come la proposta si atteggi quale soluzione per proteggere le piccole e medie imprese dall'implementazione di queste tecnologie di riconoscimento, limitando tale obbligo ai soli *providers* legati a una grande mole di contenuti.

Tuttavia è stato evidenziato come il fatto che i *providers* di grandi dimensioni implementino tali tecnologie pone le piccole e medie imprese in netto svantaggio[302]. Inutile infatti ricorda-

---

[300] I tribunali tedeschi hanno concluso che, fintanto che il contenuto che il sistema di monitoraggio deve rilevare è specifico, così sarà anche l'obbligo di monitoraggio.

[301] S. KULK; F. BORGESIUS, '*Filtering for Copyright Enforcement in Europe after the Sabam Cases*' (2012) 34(11) EIPR 791.

[302] v. J. URBAN, J. KARAGANIS; B. SCHOFIELD, '*Notice and Takedown in Everyday Practice*' (March 2016) UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2755628, disponibile su SSRN: ssrn.com/abstract=2755628, p. 64-65.

re come già i protagonisti del mondo digitale siano dotati di *software* analoghi, che consentono ai titolari dei diritti diverse opzioni, quali ad esempio quelle di mantenere il contenuto visualizzabile e monetizzarlo attraverso pubblicità, opportunità che i piccoli operatori non potrebbero permettersi alla luce di un meccanismo di *notice and take down*. «Non paradossalmente né sorprendentemente Alphabet, che controlla Google, ha già prodotto e reso disponibile sul mercato un sistema di filtri di caricamento per chi non desidera acquistare quello offerto da Audible Magic, la quale a sua volta ha fatto lobbying a favore dell'ex articolo 13 ora 17» osserva acutamente M.C. Pievatolo[303].

Occorre poi sottolineare un altro non irrilevante corollario economico: l'implementazione di siffatte tecnologie risulta avere un costo non indifferente, un costo che le piccole e medie imprese non possono sopportare. E sebbene la normativa si rivolga ai *provider* di grandi dimensioni, è chiaro come imporre l'adozione di tali *software* comporti una barriera in entrata al mercato per quelle piccole realtà che vogliono crescere ma che non possono sostenere i costi di *software* efficaci per il riconoscimento dei contenuti. La deriva paradossale di tale iniziativa sarebbe quella, quindi, di favorire chi già nel mercato digitale domina, a scapito di altre piccole realtà e di una salutare e paritaria concorrenza. Occorre, infine, ricordare come non tutti i *providers* di grandi dimensioni agiscono con scopo di lucro (si pensi ad esempio a Wikipedia), di conseguenza si troverebbero nella situazione di non poter comunque sostenere i costi di un sistema si siffatto genere[304].

### 3.2.5 Compatibilità con la Carta dei diritti fondamentali dell'UE

L'introduzione dei sistemi di filtraggio summenzionati non pone problematicità con le sole altre direttive europee, ma anche con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Occorre infatti ricordare che in *Netlog* l'imposizione di un obbligo di filtraggio è stata vista come incompatibile non solo con l'art. 15 ECD, ma anche con l'idea di un "giusto equilibrio" tra diritti fondamentali contrapposti. Nel raggiungere questa conclusione, la CGUE ha visto la protezione del diritto d'autore ai sensi dell'articolo 17 paragrafo 2 della Carta in conflitto con tre diritti fondamentali delle altre parti interessate: la libertà degli stessi inter-

---

[303] M.C. PIEVATOLO, *L'età del privilegio: il diritto d'autore nel mercato unico digitale europeo*, in *Archivio Marini*, 2019, www.rivistailmulino.it/news/newsitem/index/Item/News:NEWS_ITEM:4675

[304] Sui costi dei sistemi di filtraggio v. J. URBAN, J. KARAGANIS; B. SCHOFIELD, 'Notice and Takedown in Everyday Practice', cit., 64 and M. HUSOVEC; R. LEENES, 'Study on the Role of *Online* Intermediaries – Summary of the Public Consultation', study prepared for the European Commission, SMART number 2015/0084/, pp. 47-48.

mediari di condurre i propri affari (articolo 16 della Carta) e i diritti degli utenti dell'intermediario alla libertà di espressione e informazione (articolo 11 della Carta) e alla protezione dei loro dati personali (articolo 8 della Carta).

Naturalmente, la semplice esistenza di un conflitto con altri diritti fondamentali non inficia automaticamente la validità della proposta di direttiva. Tuttavia ciò che risulta fondamentale è che, nel tentativo di trovare un equilibrio tra i vari interessi in gioco, l'essenza dei vari diritti fondamentali non ne esca indebolita.

A questo proposito va notato che, probabilmente, l'impatto dell'obbligo di adottare "efficaci tecnologie di riconoscimento dei contenuti" sulla libertà degli intermediari di condurre un'impresa può essere in qualche modo mitigato dal confinamento, come richiesto dall'articolo 13 proposto, di tale obbligo solo per l'oggetto identificato dai titolari dei diritti. Questa limitazione comporterà che i *providers* non devono indagare sulle loro piattaforme per violazioni di tutte le opere protette esistenti. Allevierebbe considerevolmente l'onere che grava su di loro e quindi inciderebbe positivamente sulla loro libertà di condurre gli affari. La valutazione d'impatto sostiene che la questione che l'articolo 13 pone circa la libertà di condurre un'impresa è contemplata dalla formulazione aperta della disposizione, che lascia ai fornitori la scelta delle tecnologie precise che devono implementare, consentendo loro di tenere meglio conto delle dimensioni e della natura del loro servizio. In effetti, questa è un'interpretazione che è stata approvata dalla sentenza *Telekabel* della CGUE, anche se criticata dalla dottrina.

Tuttavia, se da una parte il problema può essere risolto argomentando in tal modo, dall'altra i rischi persistono in capo agli utenti: inutile soffermarsi sul grado di imprecisione che tali *software* di riconoscimento hanno nell'individuazione e distinzione del materiale protetto da quello che non lo è. La situazione si complica ulteriormente quando del materiale protetto può poi essere utilizzato rientrando nelle varie ipotesi di eccezioni e limitazioni le quali già sono difficilmente scindibili in un giudizio di legalità *ex post*, men che meno potranno essere decise con certezza da algoritmi automatici che agiscono *ex ante*. Il rischio è quello di sfociare non solo nella rimozione di contenuti in realtà leciti, ma anche nell'impossibilità di caricare contenuti leciti in seguito al vaglio preventivo di tali *software*, con gravi ripercussioni sulle libertà di informazione ed espressione di cui all'art. 11 della Carta.

L'Allegato 12A della valutazione d'impatto riconosce in tali tecnologie un grado di accuratezza molto alto, ma ciò che di fatto significa è che i rischi di falsi negativi (ossia i casi in cui contenuti protetti da *copyright* non vengono individuati dal *software*) scarseggiano, mentre i

falsi positivi continuano ad essere comuni. Ed è questo il rischio maggiore, che tuttavia non viene preso in considerazione: i sistemi automatizzati non sono adatti per affrontare e dirimere un processo legale complesso che a stento gli umani riescono a risolvere, e generalmente *ex post*.

La valutazione d'impatto sostiene che questo problema può essere ovviato attraverso la predisposizione di garanzie procedurali per gli utenti. In linea con questo suggerimento, l'articolo 13 paragrafo 2 della proposta stabilisce che gli Stati membri devono garantire che i *provider* coinvolti istituiscano meccanismi di ricorso e reclamo da rendersi disponibili agli utenti in caso di controversie sui risultati del sistema di filtraggio. Tuttavia questa vaga prescrizione non fornisce sufficienti dettagli procedurali.

Ciò è rilevante in quanto alcuni studi indicano che, ove impropriamente realizzati, tali meccanismi, sebbene utili, non affrontano il problema c.d. "*chilling effect*" che il blocco o la rimozione errati dei contenuti esercita sugli utenti finali[305]. Oltre a quanto finora detto, la valutazione d'impatto pecca nuovamente quando indica che i problemi per libertà di espressione nascenti dall'imposizione di un obbligo di applicare la tecnologia di riconoscimento dei contenuti non saranno significativi, considerando che i principali servizi di contenuti caricati dagli utenti utilizzano già tali misure. Questa affermazione sembra non solo fraintendere il significato dei diritti fondamentali, ma girare il capo dall'altra parte con noncuranza considerando tali principi in balia degli usi privati, quando le autorità e gli organi statali ne dovrebbero essere i primi promotori.

Infine l'art. 8 della Carta sulla protezione dei dati personali: il riconoscimento del contenuto da parte di queste tecnologie per definizione opera mediante "identificazione, analisi sistematica ed elaborazione" di tutti i contenuti caricati dagli utenti su una piattaforma. Ciò include i contenuti non illeciti, come i contenuti realmente creati dagli utenti. In particolare, mentre si può dire che (come mostrato sopra) sono stati fatti tentativi per tenere conto degli articoli 16 e 11 durante la stesura della proposta, la sua incompatibilità con l'articolo 8 rimane del tutto irrisolta nel testo.

Questo non è un problema che può essere risolto attraverso i meccanismi di reclamo e ricorso di cui all'articolo 13 paragrafo 2 della proposta. Inoltre, non è nemmeno un problema che può essere influenzato dalla limitazione degli obblighi di filtraggio solo a piattaforme che forniscono accesso pubblico ai contenuti. Anche la valutazione d'impatto, nella sua analisi dei diritti fondamentali e delle implicazioni dell'articolo 13 proposto non menziona

[305] J. URBAN; J. KARAGANIS; B. SCHOFIELD, '*Notice and Takedown in Everyday Practice*', cit., 44-46.

affatto la protezione dei dati personali. Sembra quasi che l'articolo 8 non sia stato affatto considerato nella stesura della proposta. Come per l'articolo 15 ECD, le tecnologie di riconoscimento dei contenuti sono per loro stessa natura incompatibili con l'articolo 8.
A questo proposito, si evidenzia una scarsa coordinazione tra i vari settori in cui può operare l'UE nella valutazione delle varie conseguenze, poiché esiste una connessione tra la protezione dei dati personali degli utenti e il complesso delle libertà di espressione all'interno di una società: probabilmente la consapevolezza che le proprie attività *online* sono monitorate può avere un effetto inibitorio sull'esercizio della libertà di espressione, incentivando così un eccesso di conformità da parte dei non trasgressori che desiderano evitare l'attenzione.
Apparentemente imperturbato da queste carenze, il considerando 45 della proposta sostiene ostinatamente che la proposta rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti in particolare dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, rilevando che le sue disposizioni dovrebbero essere interpretate e applicate conformemente a detti diritti e principi.
Il considerando 46 avverte inoltre che qualsiasi trattamento di dati personali ai sensi della direttiva proposta dovrebbe rispettare il diritto al rispetto della vita privata e familiare e il diritto alla protezione dei dati personali ai sensi degli artt. 7 e 8 della Carta. Certamente l'articolo 13 paragrafo 2 della proposta garantisce "reclami e meccanismi di ricorso" che dovrebbero essere messi a disposizione degli utenti in caso di controversie. Tuttavia, ciò rappresenta una completa inversione della posizione dei diritti degli utenti: secondo la CGUE la libertà di espressione degli utenti finali e la protezione dei loro dati personali richiedono che non siano imposti obblighi di filtraggio agli intermediari, e non che agli utenti sia concesso *ex post* un diritto di opposizione alla rimozione dei contenuti. In effetti, tali sistemi non farebbero nulla per evitare il monitoraggio generale imposto dallo Stato a cui il contenuto degli utenti sarebbe soggetto, o i *chilling effects* sulla libertà di espressione. Se ne conclude che la menzione delle tecnologie di riconoscimento dei contenuti di cui all'articolo 13 paragrafo 1 dovrebbe essere completamente rimossa.

### 3.2.6 Art. 11: cenni

Sebbene non rappresenti tema centrale della presente trattazione, è opportuno spendere due parole anche sul tanto controverso art. 11 (ora art. 15) rubricato "*Protection of press publications concerning digital uses*".

Dall'avvento del digitale la stampa ha sicuramente sofferto un'incontestabile crisi dovuta all'utilizzo diffuso di Internet per accedere alle notizie. Sicuramente il ruolo dell'antagonista è incarnato dal celebre *Google News*, che tendenzialmente si limita a fornire agli utenti non il testo degli articoli completi ma brevi estratti (*snippet*) indicando anche titolo e collegamento. Il primo paese che ha preso posizione contro il servizio di Google fu il Belgio: nel 2006 Copiepress (organizzazione che aiuta a far rispettare i diritti d'autore di alcuni dei giornali più noti del Belgio) citò in giudizio Google per aver pubblicato riassunti di articoli di alcuni giornali accompagnati al *link* che reindirizzava ai siti *web* dei giornali stessi[306]. La Corte condannò Google al pagamento di un'ammenda per ogni mancata rimozione degli articoli; tuttavia tale soluzione portò a un calo di accesso ai siti *web* dei redattori e la causa si risolse nel 2013[307].

Sempre nel 2013 la Germania introdusse il *Leistungsschutzrecht für Presseverleger*, che ha fornito un nuovo diritto agli editori rispetto alle notizie condivise *online* da terzi. Tale legge fu approvata dal parlamento tedesco nel marzo 2013 e introdusse quella che venne definita "*a quotation tax*", per cui sarebbe stato introdotto un nuovo diritto per gli editori di stampa che di fatto costringeva gli aggregatori di notizie e i motori di ricerca a pagare una certa somma di denaro per poter citare le notizie degli editori tedeschi. La *ratio* alla base di tale legislazione è quella su citata: Google genera profitto utilizzando illegalmente il lavoro altrui. L'LSR contiene delle eccezioni: è possibile la citazione di piccoli estratti di testo ("*kleinsten Textausschnitte*") che *prima facie* sembrano incarnare i servizi già offerti da Google. Tuttavia la vaghezza della norma lasciò spazio a diverse interpretazioni: una definizione di *snippet* venne data dal *Copyright Arbitration Board of the German Patent and Trade Mark Office* (DPMA) nel contesto di una controversia sorta tra Google e VG Media, società rappresentativa di alcuni autori tedeschi. Il DPMA ha dovuto decidere sulla tariffa applicabile che il motore di ricerca avrebbe dovuto riconoscere agli editori, ma per farlo è stato *in primis* necessario definire il termine *snippet*: il risultato fu che questi possono essere composti da massimo sette parole[308], sicché ogni frammento che superi questo limite richiede la preventiva autorizzazione da parte del titolare del diritto.

---

306 *Belgian Court Tells Google to Drop Newspaper Excerpts*, www.nytimes.com/2006/09/19/technology/19google.html.

307 *Belgian Newspapers Agree To Drop Lawsuit Over Google News After Google Promises To Show Them How To Make Money Online*, www.techdirt.com/articles/20121213/08013521375/belgian-newspapers-agree-to-drop-lawsuit-over-google-news-after-google-promises-to-show-them-how-to-make-money-online.shtml.

308 v. S. KARAPAPA, *The press publishers' right in the European Union: an overreaching proposal and the future of new online*, in E. BONADIO; N. LUCCHI (a cura di), *Non-Conventional Copyright. Do New and Atypical Works Deserve Protection?*, 2018, 325, disponibile al *link* www.e-elgar.com/shop/eep/preview/book/isbn/9781786434074/.

La risposta del mercato dimostrò presto come tale soluzione non fosse la migliore: Google si rifiutò di pagare per avere le relative licenze necessarie alla pubblicazione dei vari *snippet*, estromettendo i vari editori dal suo servizio e costringendoli a rinunciare al loro compenso nel caso in cui volessero essere riammessi. Così VG Media decise di citare in giudizio Google, ma alla fine VG Media cedette concedendo gratuitamente in licenza i propri articoli a Google in seguito alla riduzione del 40% del traffico internet generato dai motori di ricerca sui loro siti *web*.

Nel novembre 2014 la Spagna adottò un regolamento simile, andando però oltre: si escludeva la possibilità per l'editore di scegliere di non ricevere un compenso da parte dell'aggregatore e dunque era impossibile optare per la via seguita dai tedeschi: le licenze gratuite[309].

La risposta di Goggle fu devastante: nel novembre 2014 Google News annunciò la chiusura del proprio servizio in Spagna, rimuovendo tutti gli articoli spagnoli dal proprio *database*. Le conseguenze economiche per l'industria editoriale furono drammatiche[310].

Nel 2016 la Proposta di Direttiva, nonostante tali precedenti, decise di muoversi nella stessa direzione: l'art. 11 prevedeva un diritto esclusivo a favore degli editori di giornali per gli utilizzi *online* delle loro pubblicazioni di carattere giornalistico, della durata di 20 anni. Il testo europeo non si limita agli aggregatori di notizie o alle pubblicazioni periodiche. Al contrario, la definizione di pubblicazione per la stampa fornita nell'articolo 2, paragrafo 4, della stessa bozza non aiuta a definire quale tipo di opere saranno protette dai diritti d'autore, portando alcuni autori ad affermare che potrebbe accadere che anche i titoli delle notizie possano affrontare restrizioni nel loro utilizzo.

Quel che è certo è che il campo di applicazione di questo articolo è particolarmente ampio e quindi è di conseguenza altamente a rischio la certezza del diritto. Analogamente all'LSR tedesco, la formulazione dell'articolo 11 nel progetto europeo non proibisce agli editori di concedere in licenza il loro contenuto gratuitamente: pertanto, l'autorizzazione può essere

---

[309] «*The making available to the public by electronic content providers of content aggregation of non-significant fragments of content, disclosed in periodical publications or on periodically updated websites and with informational purposes, the creation of public opinion or of entertainment, does not require authorization, without prejudice to the right of the editor or, where applicable, other right-holders to receive equitable compensation. This right will be irrevocable and will be made effective through the entities of management of the intellectual property rights. In any case, the making available to the public by third parties of any image, photographic work or mere photograph divulged in periodical publications or in websites of periodic update will be subject to authorization*», Article 32.2, Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las Disposiciones Legales Vigentes sobre la Materia (aprobado por el Real Decreto legislativo Nº 1/1996 de 12 de abril, y modificado por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre).

[310] NERA Economic Consulting, "Impacto del Nuevo Artículo 32.2 de la Ley de Propiedad Intelectual", luglio 2015.

concessa senza pagamento. Mentre questo sembra essere un aspetto positivo della proposta, occorre notare che d'altra parte probabilmente porterà a un diverso approccio degli editori nei confronti dei servizi *online*: è presumibile che essi troveranno un accordo gratuito con i grandi conducenti di traffico, mentre invece chiederanno un compenso quando saranno coinvolte piccole aziende. Ironia della sorte, la cosiddetta tassa di Google verrebbe applicata a tutti tranne che a Google[311].

Tale diritto avrebbe lo scopo di offrire agli editori tre vantaggi principalmente: a) aumentare i rendimenti dei loro investimenti, b) semplificare le licenze e c) facilitarne l'applicazione. Per quanto concerne il primo punto, l'iniziativa sembra basarsi su prove speculative: nulla infatti garantisce che la previsione di tale diritto gioverà agli editori. Anzi, esperienze analoghe quali quelle avute in Germania e in Spagna hanno portato a risultati negativi. Ciononostante l'Unione Europea ha deciso di correre il rischio, e tale scelta non può che far sorgere numerose perplessità. Per quanto concerne i punti b) e c), la proposta non menziona possibili strategie alternative per minimizzare gli impedimenti all'adozione e applicazione di licenze. Uno sguardo più generale porta dunque a concludere l'insensatezza di un assetto così vagamente delineato, che non può fare altro che rendere ancora più incerto il panorama giuridico sul punto.

Il considerando 31 così recitava: «Il contributo organizzativo e finanziario degli editori nel produrre pubblicazioni di carattere giornalistico va riconosciuto e ulteriormente incoraggiato per garantire la sostenibilità dell'editoria. È quindi necessario prevedere a livello di Unione una tutela giuridica armonizzata per gli utilizzi digitali delle pubblicazioni di carattere giornalistico. Tale protezione dovrebbe essere garantita in maniera efficace mediante l'introduzione nell'ordinamento dell'Unione di diritti connessi a quello d'autore per la riproduzione e la messa a disposizione del pubblico di pubblicazioni di carattere giornalistico nel quadro di utilizzi digitali». L'*Explanatory Memorandum* (p. 3) e l'*Impact Assessment* (p. 160) parlano poi della necessità di facilitare e semplificare il sistema delle licenze e della loro attuazione. Tuttavia, disegnata questa necessità, un'idea migliore sarebbe stata quella di focalizzarsi appunto sulle licenze e sulla loro applicazione, piuttosto che sulla creazione di un nuovo diritto. Alcuni autori hanno sostenuto, ad esempio, che una via migliore sarebbe stata quella di modificare l'art. 5 della direttiva Enforcement[312] così da creare una presunzione

[311] T. TANI, *The "Link tax" in the Experiences of Germany, Spain and the Article 11 of the EC Proposal for the New Copyright Directive*, 2018, in www.linkedin.com/pulse/*link*-tax-experiences-germany-spain-article-11-ec-proposal-tani.

[312] Direttiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di

per cui l'editore possa intentare un'azione legale per far valere il diritto di *copyright* per qualsiasi articolo o altro elemento che appaia in un giornale di cui è l'editore identificato. L'imputato potrebbe, in risposta, confutare la tesi dell'editore attore dimostrando che il materiale era in pubblico dominio. Tuttavia tale possibilità non è stata minimamente considerata. Viene fatto notare poi come la Commissione erri nel ritenere che gli editori non abbiano un diritto proprio, ricordando la Direttiva 96/9/CE la quale garantisce diritti a tutela degli investimenti degli editori[313].

Un ulteriore impatto negativo si ha in termini di accesso alle informazioni: l'attuazione del diritto degli editori avrebbe un forte impatto negativo sulle parti interessate, tra cui giornalisti, ricercatori, fornitori di servizi *online* e più in generale persone in cerca di informazioni. Ciò potrebbe comportare un aumento dei costi delle licenze per gli istituti di educazione per poter accedere ai siti e ai servizi di aggregazione dei contenuti, riducendone così la possibilità di accesso e di utilizzo.

Inoltre, gli utenti potrebbero potenzialmente incontrare maggiori vincoli nella citazione, nel collegamento o nella ricerca e nell'uso di altre opere. Molti utenti fanno affidamento su aggregatori di notizie come Google News o persino lettori RSS o altre *app* che riproducono frammenti di contenuto degli articoli. Occorre poi notare che se un servizio che facilita l'accesso a contenuti di notizie aggregate deve pagare canoni per poter aggregare *link* e *snippet*, può decidere di escludere dal proprio servizio alcuni collegamenti, siti *web* o intere categorie di punti vendita per evitare i costi. Di conseguenza alcune notizie potrebbero non essere disponibili agli utenti che fanno ricerche *online*, limitando il loro accesso alle informazioni.

Il considerando 33 poi afferma che «Tale protezione non si estende ai collegamenti ipertestuali, che non costituiscono comunicazione al pubblico», in netto contrasto con quanto stabilito dalla CGUE nel caso *GS Media*[314], ove chiarì che «*linking to freely available material placed on the internet without consent of the rights holder(s) constitutes a communication to the public (and thus possibly copyright infringement) if the person placing those links knew this consent was not given*». Pertanto il collegamento ipertestuale può essere messo in pericolo dal nuovo diritto per gli editori se la Corte rimane dell'idea che il collegamento costituisce una comunicazione al pubblico. Infine un'ultima critica merita menzione: la lunghezza del termine del nuovo di-

proprietà intellettuale.

[313] L. BENTLY; H. SMITH, *Call For Views: Modernising the European Copyright Framework*, in CIPIL (University of Cambridge), 5 dicembre 2016, disponibile al *link* www.cipil.law.cam.ac.uk/press/news/2016/12/cambridge-academics-respond-call-views-european-commissions-draft-legislation.

[314] C-160/15, cit.

ritto sarebbe di 20 anni dalla pubblicazione, un lasso di tempo molto più lungo della ragionevole sfruttabilità commerciale di quasi tutte le pubblicazioni di stampa. La maggior parte delle pubblicazioni *online* suscitano interesse negli spettatori per un periodo di tempo molto breve, non di certo decenni[315].

### 3.3 L'approvazione della direttiva 790/2019

La proposta di direttiva fu pubblicata nel settembre 2016 dalla Commissione. Fece seguito il procedimento legislativo ordinario. In sede di Consiglio, fu raggiunto un accordo il 25 maggio 2018 su una versione emendata della proposta[316]. Per quanto concerne il Parlamento europeo, cinque Comitati furono coinvolti nella discussione, per terminare con il *Legal Affairs Committee* (JURI), che votò sul compromesso il 20 giugno 2018[317]. Il 13 febbraio 2019 si concluse il trilogo di negoziazione e il testo uscente fu approvato dal Parlamento il 26 marzo[318]. Fu poi approvato dal Consiglio tra il 15 e il 17 aprile da una maggioranza qualificata[319]. Come anticipato nel primo capitolo, ben sei Stati membri votarono contro[320]. Il 17 maggio 2019 fu pubblicata la versione ufficiale della nuova Direttiva sul *copyright* e diritti connessi nel Mercato Unico Digitale (direttiva DSM)[321].

Questo passaggio va così a scrivere la parola fine su un lungo e controverso processo legislativo a livello europeo. Sembra utile però chiedersi se tale svolta rappresenti un punto di arrivo piuttosto che un punto di partenza, una vittoria clamorosa piuttosto che una sconfitta celata. Il testo definitivo approvato, nonostante alcuni aspetti positivi, contiene molte previsioni problematiche.

Il testo si presenta con numerosi problemi non solo dal punto di vista strettamente legale, ma anche lessicale, raccogliendo numerose ambiguità e rischiando di fallire l'obiettivo che

---

315 N. MILESZYK, *Commission's proposal on new rights for press publishers: A terrible solution good for no one*, in Communia, 14 dicembre 2016, disponibile al *link* www.communia-association.org/2016/12/14/commissions-proposal-new-rights-press-publishers-terrible-solution-good-no-one/.

316 *Proposal for a Directive of the EuropeanParliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market - Agreed negotiating mandate*, ST 9134 2018 INIT.

317 EDRi, 'Press release: MEPs ignore expert advice and vote for mass internet censorship' (20 June 2018) https://edri.org/press-release-meps-ignore-expert-advice-and-vote-for-mass-internet-censorship/.

318 CREATe, '*Copyright* Directive approved at plenary vote' (26 March 2019) https://www.create.ac.uk/copyright-directive-approved-at-plenary-vote.

319 Commission, "*Copyright reform clears final hurdle: Commission welcomes approval of modernised rules fit for digital age*" (15 April 2019), http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-2151_en.htm.

320 Per una chiara linea temporale dei vari passaggi che portarono all'approvazione della direttiva vedi CREATe, '*EU Copyright Reform*' (26 March 2019), https://www.create.ac.uk/policy-responses/eu-copyright-reform/.

321 Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market (DSM Directive).

ha guidato l'ideazione e la stesura di tale direttiva: l'armonizzazione e certezza del diritto nell'ambito del diritto d'autore, con particolare riferimento al mondo digitale. Particolarità di tale processo legislativo è che fu seguito, soprattutto nei suoi ultimi passi, da forti pressioni da tutte le parti[322], nonché da una notevole attenzione mediatica e politica, che coinvolse non solo gli esperti del settore ma anche cittadini comuni[323] che, spesso, tendono a disinteressarsi di questioni lontane e complesse quali quelle concernenti le iniziative legislative europee.

Come sottolineato, le critiche si concentrarono soprattutto sui due articoli su presentati: l'art. 11 sul nuovo dirittio degli editori e giornalisti (nel testo approvato: art. 15) e l'art. 13 (nel testo approvato: art. 17) sulla responsabilità degli ISP (anche chiamato *value gap* o *upload filter provision*). Sicuramente il testo approvato presenta dei passi avanti rispetto all'iniziale proposta della Commissione, come visto densa di problematicità. Occorre ciononostante ammettere come tale risultato non possa comunque ritenersi soddisfacente. Per comprendere appieno tale conclusione occorre anzitutto vagliare la direttiva, partendo dalla sua struttura e da una visione d'insieme dei contenuti, per poi concentrarsi sulle due norme più problematiche (con un particolare *focus* sull'art. 17) come approvate nella loro versione finale.

Circa la struttura della direttiva, torna utile la seguente tabella[324]:

***DSM Directive Structure***

| | | | **Recitals** |
|---|---|---|---|

[322] In particolare dai grandi titolari dei diritti d'autore, soprattutto editori, case discografiche e società di raccolte musicali, la cui influenza spesso sovvertì e vanificò chiare ricerche empiriche. Vedi CORPORATE EUROPE OBSERVATORY, "*Copyright* Directive: how competing big business lobbies drowned out critical voices" (10 December 2018), https://corporateeurope.org/en/2018/12/copyright-directive-how-competing-big-*business*-lobbies-drowned-out-critical-voices; M. KRETSCHMER, "European copyright reform: Is it possible?" (7 May 20.19), re:publica 2019 , https://www.youtube.com/watch?v=ZyujNlpxu9k; B. FARRAND, "Towards a modern, more European copyright framework", or, how to rebrand the same old approach? E.I.P.R. 2019, 41(2), 65-69.

[323] J. REDA, "*EU copyright reform: Our fight was not in vain*" (18 April 2019), https://juliareda.eu/2019/04/not-in-vain/; Liberties, "Article 13 Open letter –Monitoring and Filtering of Internet Content is Unacceptable" (16 October 2017) https://www.liberties.eu/en/news/delete-article-thirteen-open-letter/13194; CREATe, "*The Copyright Directive: Articles 11 and 13 must go - Statement from European Academics in advance of the Plenary Vote on 26 March 2019*" (24 March 2019) https://tinyurl.com/yxmudrdg.

[324] Contenuta in J.P. QUINTAIS, *The New Copyright in the Digital Single MarketDirective: A Critical Look*, in *European Intellectual Property Review 2020(1)*, ottobre 2019, disponibile al *link* https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3424770.

| Title | Chapter | Articles | (Indicative) |
|---|---|---|---|
| I. General provisions | - | 1, 2 | 1 - 4 |
| II. Measures to adapt exceptions and limitations to the digital and cross-border environment | - | 3 - 7 | 5 - 29 |
| III. Measures to improve licensibg practices and ensure wider access to content | 1. Out-of-commerce works and other subject matter<br>2. Measures to facilitate colective licensing<br>3. Access to and availability of audiovisual works on video-on-demand platforms<br>4. Works of visual art in the public domain | 8 – 11<br>12<br>13<br>14 | 30 – 43<br>44 – 50<br>51, 52<br>53 |
| IV. Measures to Achieve a Well-Functioning Marketplace for Copyright | 1. Rights in publications<br>2. Certain uses of protected content by online services<br>3. Fair remuneration in exploitations contracts of authors and performers | 15, 16<br>17<br>18 - 23 | 54 – 60<br>61 – 71<br>72 – 81 |
| V. Final Porvisions | - | 24 – 32 | 82 – 86 |

3.3.1 Breve illustrazione dei contenuti

Il Titolo I (Disposizioni generali) inquadra e chiarisce l'oggetto e la portata di questo strumento giuridico. La direttiva mira ad armonizzare la legislazione europea in materia di diritto d'autore con una particolare attenzione sugli utilizzi digitali e transfrontalieri di contenuti

protetti[325]. Mantiene inalterate le normative vigenti con alcune eccezioni, le quali sono indicate nell'art. 24, che prevede emendamenti alla *Database Directive* e alla direttiva InfoSoc[326].
Il Titolo I, all'art. 2 introduce alcune definizioni: "organismo di ricerca", "estrazione di testo e di dati", "istituto di tutela del patrimonio culturale", "pubblicazione di carattere giornalistico", "servizio della società dell'informazione" e "prestatore di servizi di condivisione di contenuti *online*".
Il Titolo II introduce misure miranti ad adeguare le eccezioni e le limitazioni all'ambiente digitale e al contesto transfrontaliero. Queste misure poggiano sul panorama già esistente a livello europeo, in particolare sulla direttiva InfoSoc. Il riferimento va in particolare all'art. 5 di quest'ultima, rubricato "Eccezioni e limitazioni"[327]. L'articolo si applica a tutte le questioni concernenti il *copyright*, fatta eccezione per i *software* e le banche dati. Al primo paragrafo dell'art. 5 si può trovare l'unica eccezione obbligatoria prevista dalla direttiva InfoSoc, applicabile alle copie transitorie o accidentali, con il chiaro scopo di facilitare l'attività degli ISP o l'uso legittimo di alcuni contenuti. I paragrafi dal 2 al 4 invece contengono un elenco tassativo di limitazioni facoltative applicabili ai diritti di riproduzione, distribuzione e comunicazione al pubblico[328]. La *Rental Directive*[329] contiene poi un altro elenco di limitazioni facoltative concernenti i diritti connessi al diritto d'autore, e la possibilità di applicarvi limitazioni identiche a quelle previste per gli autori[330]. Si ritiene comunque che l'art. 5 possa regolare anche i diritti connessi[331]. Rilevano infine le limitazioni previste dalle direttive *Software* e *Database*, *Orphan Works* e dal *Marrakesh Treaty Directive*. Si ritiene inoltre che la direttiva InfoSoc prediliga l'ordine privato a quello pubblico in quanto le limitazioni di cui all'art. 5 parr. 2 – 4 possono essere oggetto di disposizione contrattuale, con alcune eccezioni quali, ad esempio, disposizioni imperative a tutela dei consumatori. La direttiva InfoSoc si occupa

---

325 Art. 1 DSM Directive.
326 Directive 96/9 on the legal protection of*databases* [1996] OJ L77/20 (Database Directive); Directive 2001/29 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society [2001] OJ L166/10 (InfoSoc Directive).
327 Sebbene sia preferibile utilizzare il termine *limitazioni*. Sul punto cfr. J.P. QUINTAIS, *Copyright in the Age of Online Access: Alternative Compensation Systems in EU Law* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2017), pp. 191-197.
328 Sulla natura esaustiva dell'elenco di cui all'art. 5 vedi il considerando 32 direttiva InfoSoc.
329 Directive 2006/115/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on rental right andlending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property (codified version) (Rental Directive).
330 Art. 10 par. 1, 2 direttiva 2006/115/CE.
331 S. BECHTOLD, "Information Society Directive". In Thomas Dreier and Bernt Hugenholtz, "*Concise European Copyright Law"* (Kluwer Law International, 2016), p. 470; M.C. JANSSENS, "The issue of exceptions: reshaping the keys to the gates in the territory of literary, musical and artistic creation". In Estelle Derclaye, Research Handbook on the Future of EU Copyright (EdwardElgar, 2009), pp. 317–348.

inoltre del rapporto intercorrente tra eccezioni e misure tecnologiche di protezione[332].

Il Titolo II della Direttiva 790/2019 introduce una serie di nuove eccezioni e limitazioni che gli Stati membri devono recepire. Queste eccezioni sono previste come obbligatorie e non derogabili dall'autonomia contrattuale. Gli articoli 3 e 4 concernono eccezioni correlate al *text and data mining* (TDM)[333]. In particolare l'art. 3 prevede un'eccezione per le attività di TDM che hanno scopo di ricerca scientifica, comprendendo sia le scienze naturali che le scienze umane ai sensi del considerando 12, poste in essere da organizzazioni di ricerca e istituzioni per i beni culturali per le opere a cui hanno accesso legittimo. Una delle più recenti giustificazioni che sono state date alla previsione di tale eccezione è la necessità di supportare o comunque tenere conto del progresso della ricerca sull'intelligenza artificiale in Unione Europea. Tale disposizione dovrà essere letta in combinato disposto con l'art. 5 par. 3 lett. a) della direttiva InfoSoc, concernente alcune attività di TDM. Tra i destinatari beneficiari di questa eccezione vi sono le organizzazioni di ricerca (quali università e relative biblioteche, istituti di ricerca quali ad esempio ospedali, ogni altra entità che ha come scopo principale la ricerca senza scopo di lucro o viene supportata da reinvestimenti dei profitti ricavati dalla ricerca medesima, coloro che agiscono nell'ambito di una finalità di interesse pubblico riconosciuta dallo stato), e gli istituti di tutela del patrimonio. Il considerando 11 specifica come gli organismi di ricerca dovrebbero beneficiare di detta eccezione anche nel caso in cui le loro attività vengano svolte nel quadro di partenariati pubblico-privati, così da poter fare affidamento sui loro *partner* privati, avendo la possibilità anche di utilizzare i loro strumenti tecnologici. In sintesi, i beneficiari di detta eccezione posso riprodurre ed estrarre i contenuti a cui hanno legittimamente avuto accesso per scopi di TDM per scopi di ricerca scientifica. Come sottolineato dal considerando 14, l'accesso è legittimo anche per ciò che concerne contenuti resi disponibili in *open access* o attraverso altri accordi contrattuali. Infine i beneficiari possono conservare i risultati dell'estrazione a fini di ricerca scientifica e verifica dei risultati memorizzandole con un livello di sicurezza adeguato.

Nel corso del processo legislativo è stata introdotta un'eccezione aggiuntiva supportata in particolare dall'industria del *software*: l'art. 4 prevede un'eccezione per la riproduzione e estrazione da opere o altri materiali cui si abbia legalmente accesso ai fini dell'estrazione di testo e di dati, con lo scopo di fornire un assetto più certo per quelle attività che non po-

[332] Art. 6 parr. 1-3 direttiva InfoSoc.

[333] "Estrazione di testo e di dati (*text and data mining*): qualsiasi tecnica di analisi automatizzata dei testi e dei dati in formato digitale avente lo scopo di generare informazioni quali modelli, tendenze e correlazioni" art. 2 DSM Directive.

trebbero soddisfare le condizioni dell'eccezione per copia temporanea e transitoria di cui all'art. 5 par. 1 direttiva InfoSoc. È stato fatto notare da molti studiosi del settore che tuttavia tali previsioni soffrono di portata eccessivamente ristretta che potrebbe comportare l'esclusione di attività rilevanti dall'ambito di applicazioni dei due articoli descritti[334].

L'art. 5 della direttiva 790/2019 contiene un'eccezione per l'utilizzo di opere e altri materiali in attività didattiche digitali e transfrontaliere[335]. Anche in questo caso lo scopo è quelle di fornire maggiore certezza giuridica rispetto alle eccezioni di cui alla direttiva InfoSoc e alla direttiva Database per tali ambiti. Il tutto deve avvenire sotto la responsabilità dell'istituto di educazione, ad esempio utilizzando sistemi di sicurezza elettronica accessibile solo al personale dell'istituto.

Purtroppo anche in questo caso la disposizione pecca di eccessiva cautela, vedendo un campo di applicazione piuttosto limitato. Infatti la disposizione sembra fare salve solo le attività con scopo meramente illustrativo per l'insegnamento all'interno di istituti di istruzione, mantenendo al di fuori del raggio di applicazione della disposizione altri usi di tipo educativo eventualmente svolti da altre istituzioni. La disposizione pone poi ulteriori restrizioni quali l'obbligatorio utilizzo all'interno dei locali dell'istituto di istruzione e la citazione obbligatoria della fonte, ove ciò non sia inattuabile. Infine l'art. 5 consente agli stati membri di escludere la sua applicazione con riferimento a specifici usi o tipi di opere se esistono adeguate licenze sul mercato, ossia che coprono almeno gli stessi usi consentiti dall'eccezione: in breve, gli Stati membri possono dare priorità alle licenze rispetto all'eccezione. Questa previsione è stata criticata nella sua dimensione trascurante dell'interesse pubblico e dei diritti fondamentali che hanno ispirato l'eccezione stessa[336].

L'art. 6 prevede un'eccezione per la realizzazione, da parte di istituti di tutela del patrimonio culturale, di copie di qualunque opera o altri materiali presenti permanentemente nelle loro raccolte ai fini e nella misura della loro conservazione. Sono incluse le attività poste in essere da terze parti che agiscono per conto e sotto la responsabilità dell'istituzione. Sono

---

[334] v. R. DUCATO; A. STROWEL, "*Limitations to Text and Data Mining and Consumer Empowerment. Making the Case for a Right to 'Machine Legibility'*" (19 March 2019), Kluwer Copyright Blog, http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/03/19/limitations-to-text-and-data-mining-and-consumer-empowerment-making-the-case-for-a-right-to-machine-legibility/; P. SAMUELSON, "*The EU's Controversial Digital Single Market Directive - Part II: Why the Proposed Mandatory Text-and Data-Mining Exception Is Too Restrictive*"(12 July 2018) Kluwer Copyright Blog, http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2018/07/12/eus-controversial-digital-single-market-directive-part-ii-proposed-mandatory-text-data-mining-exception-restrictive/.

[335] Vedi BERND JUSTIN JÜTTE, "*The New Copyright Directive: Digital and Cross-border Teaching Exception (Article 5)*" (21 June 2019), Kluwer Copyright Blog, http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/06/21/the-new-copyright-directive-digital-and-cross-border-teaching-exception-article-5/.

[336] Vedi T. NOBRE, *'The education exception was gutted during the Trilogues'* (27 February 2019) COMMUNIA, https://www.communia-association.org/2019/02/27/education-exception-gutted-trilogues/.

escluse le possibilità di copia per scopi diversi da quello indicato, a meno che non intervengano altre eccezioni previste *aliunde*.

In sintesi, eccezion fatta per l'art. 4, queste eccezioni obbligatorie non possono essere oggetto di disposizioni di autonomia contrattuale che tendano ad escluderle. Tuttavia vi sono alcune disposizioni della direttiva InfoSoc che ne limitano l'ambito di applicazione: l'art. 5 par. 5 (TST: *three-step test*), e l'art. 4 parr. 1, 3 e 5[337].

Il Titolo III (Misure volte a migliorare le procedure di concessione delle licenze e a garantire un più ampio accesso ai contenuti) è strutturato in quattro capi concernenti: opere fuori commercio e altri materiali, misure per agevolare la concessione di licenze collettive, accesso e disponibilità di opere audiovisive su piattaforme di video a richiesta, opere delle arti visive di dominio pubblico.

Il primo capo stabilisce delle regole per la gestione collettiva di opere fuori commercio e altri materiali presenti in modo permanente nella raccolta di istituti a tutela del patrimonio culturale sulla base di licenze non esclusive per scopi non commerciali (art. 8). Prevede inoltre un'eccezione, per questi istituti, fine a rendere disponibili queste opere per scopi non commerciali, con alcune limitazioni ed esclusioni. La particolarità di tale eccezione è che trova applicazione solo qualora non siano soddisfatte le condizioni per la gestione collettiva: l'eccezione o la limitazione di cui al paragrafo 2 dell'art. 8 in esame si applica solo ai tipi di opere o altri materiali per i quali non esistono organismi di gestione collettiva che soddisfino le condizioni di cui al paragrafo 1, lettera a). Laddove sia concessa una licenza ai sensi del presente regime, le opere OOC possono essere utilizzate dagli istituti per la tutela del patrimonio culturale di qualsiasi Stato membro. Tuttavia se se ne fa uso sulla base della detta eccezione, rileva solo il paese di destinazione dell'istituto (art. 9). Infine, viene inserita una disposizione sulle misure pubblicitarie connesse a questo schema (art. 10).

Il Capo secondo prevede, al suo art. 12[338], una previsione volta a facilitare la concessione di licenze collettive con effetto esteso. Essa contempla tre possibili meccanismi di licenza. Il primo che prevede un'estensione della licenza collettiva (per cui un OCM stipula un accordo di licenza e questo viene esteso ai diritti dei titolari di diritti non rappresentati). Un se-

---

[337] Per maggiori dettagli e tabelle illustrative che chiarificano l'impianto fin qui illustrato v. QUINTAIS J.P., *The New Copyright in the Digital Single MarketDirective: A Critical Look*, *cit.*, 4-11.

[338] Per un approfondimento dell'articolo in esame vedi J. AXHAMN, "*The New Copyright Directive: Collective licensing as a way to strike a fair balance between creator and user interests in copyright legislation (Article 12)*" (25 June 2019), Kluwer Copyright Blog, http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/06/25/the-new-copyright-directive-collective-licensing-as-a-way-to-strike-a-fair-balance-between-creator-and-user-interests-in-copyright-legislation-article-12/.

condo meccanismo prevede l'OCM quale mandatario legale per la rappresentanza dei titolari dei diritti che non hanno autorizzato l'organizzazione a far ciò. Infine il terzo meccanismo concerne i casi i cui tale potere di rappresentanza deriva dalla ricorrenza di una presunzione legale. Questo tipo di licenza collettiva può essere gestita solo da CMO, all'interno di aree di utilizzo definite, in cui le licenze individuali dirette sono tipicamente onerose e difficilmente praticabili, in modo che si possa salvaguardare l'assetto di interessi dei titolari dei diritti. Per aversi poi tali tipologie di licenza occorre avere una rappresentanza sufficiente, un trattamento equo, la possibilità di *opt-out* e il rispetto di obblighi di informazione nei confronti dei titolari dei diritti. Della presente previsione, rimane poco chiaro il rapporto tra questa e i regimi preesistenti nei vari ordinamenti nazionali: una conseguenza potrebbe essere quella per cui ECL nazionali potrebbero coesistere con quelle sorte sotto il nuovo regime pur non restando sottoposte alla disciplina di cui all'art. 12.

Il terzo capo comprende esclusivamente l'art. 13, il quale dispone l'implementazione da parte degli Stati membri di un meccanismo di assistenza imparziale o di mediatori per quei casi in cui le parti incontrino difficoltà nella conclusione di una licenza sui servizi di *video-on-demand* al fine di mettere a disposizione opere audiovisive. Si tratta comunque di un meccanismo di negoziazione volontaria.

Infine il quarto capo, anch'esso composto da una sola previsione (l'art. 14[339]) prevede che qualsiasi materiale derivante dalla riproduzione di opere d'arte visive per le quali è scaduto il termine di protezione entra in pubblico dominio, non essendo più protetto da diritto d'autore o diritti connessi. Chiaro, a meno che tali opere risultanti da tale atto di riproduzione non integrino, autonomamente, i requisiti di originalità di cui alla l. 633/1941. Il considerando 53 chiarisce che «La scadenza della durata di protezione di un'opera comporta l'entrata di tale opera nel dominio pubblico e la scadenza dei diritti che il diritto d'autore dell'Unione conferisce a tale opera. Nel settore delle arti visive, la circolazione di riproduzioni fedeli di opere di dominio pubblico favorisce l'accesso alla cultura e la sua promozione e l'accesso al patrimonio culturale. Nell'ambiente digitale, la protezione di tali riproduzioni attraverso il diritto d'autore o diritti connessi è incompatibile con la scadenza della protezione del diritto d'autore delle opere. Inoltre, le differenze tra le legislazioni nazionali in materia di diritto d'autore che disciplinano la protezione di tali riproduzioni causano incertezza giuridica e incidono sulla diffusione transfrontaliera delle opere delle arti visive di

[339] Per maggiori dettagli v. P. KELLER, "*Implementing the Copyright Directive: Protecting the Public Domain with Article 14*" (25 June 2019) Communia, https://www.communia-association.org/2019/06/25/implementing-copyright-directive-protecting-public-domain-article-14/.

dominio pubblico. Alcune riproduzioni di opere delle arti visive di dominio pubblico non dovrebbero pertanto essere protette dal diritto d'autore o da diritti connessi. Tutto ciò non dovrebbe impedire agli istituti di tutela del patrimonio culturale di vendere riproduzioni, come ad esempio le cartoline». L'art. 14 sembra presentarsi come un'opera superflua, statuendo l'ovvio: quando il termine spira, un'opera non è più protetta dal diritto d'autore. Lo scopo dunque sembra quello di evitare che i titolari dei diritti estendano la durata di protezione del diritto d'autore creando opere non originali derivative del materiale originale. Occorre infine sottolineare come tale norma trovi applicazione limitatamente alle sole arti.

Il Titolo IV (Misure miranti a garantire il buon funzionamento del mercato per il diritto d'autore) si compone anch'esso di più capi: diritti sulle pubblicazioni, utilizzi specifici di contenuto protetti da parte di servizi *online* ed equa remunerazione di autori e artisti (interpreti o esecutori) nei contratti di sfruttamento. Il presente capo verrà analizzato nel paragrafo successivo in quanto oggetto principale della presente trattazione nonché fulcro delle maggiori criticità concernenti la direttiva in esame.

Infine il Titolo V, dedicato alle disposizioni finali, racchiude gli emendamenti alle direttive Database e InfoSoc ai fini dell'applicazione delle nuove eccezioni obbligatorie previste dalla nuova direttiva, nonché una disposizione disciplinante il rapporto con le altre eccezioni in altre direttive (artt. 24 e 25). Per quanto concerne l'applicazione nel tempo, la direttiva si applica a tutte le opere e altri materiali protetti dal diritto d'autore al 7 giugno 2021 o in data successiva, facendo salvi gli atti conclusi e i diritti acquisiti prima di tale data (art. 26). È previsto poi che, a partire da 7 giugno 2022, gli accordi di licenza o trasferimento dei diritti di autori e artisti siano soggetti all'obbligo di trasparenza di cui all'art. 19 (art. 27). Il trattamento dei dati personali effettuati ai sensi delle disposizioni della presente direttiva deve essere conforme alle norme della direttiva e-*privacy* e del regolamento GDPR (art. 28). Tale previsione rimane un punto critico soprattutto alla luce degli obblighi preventivi di cui all'art. 17. Si conclude prevedendo l'obbligo di recepimento da parte degli Stati membri della direttiva DSM entro il 7 giugno 2021 e una revisione obbligatoria da parte della Commissione della direttiva prima del 7 giugno 2026. Tuttavia, prima del 7 giugno 2024 dovrà effettuare una valutazione d'impatto del regime di responsabilità di cui all'art. 17.

### 3.3.2 Il Titolo IV: alcuni problemi irrisolti

Il Titolo IV contiene le norme più controverse della direttiva, in particolare il nuovo diritto

sulle pubblicazioni di carattere giornalistico e il nuovo regime di responsabilità per le piattaforme che ospitano contenuti caricati dagli utenti. Anche questo titolo si compone di più capi: diritti sulle pubblicazioni, utilizzi specifici di contenuti protetti da parte di servizi *online*, e infine equa remunerazione di autori e artisti (interpreti e esecutori) nei contratti di sfruttamento.

Il primo capo dedicato ai diritti sulle pubblicazioni costa di due disposizioni: l'art. 15 e l'art. 16.

L'art. 15 prevede il nuovo diritto sulle opere di natura giornalistica, come visto etichettato durante la fase del processo legislativo con il nome *link tax*[340]. La ragione per cui è previsto questo nuovo diritto risiede in particolare nei considerando 54 e 55[341]: il riutilizzo delle pubblicazioni di stampa è il cuore di un modello di business di alcuni *providers* della società dell'informazione, conosciuti anche come aggregatori di notizie *online* o servizi di monitoraggio dei media. Gli editori riscontrano difficoltà nel concedere in licenza i loro diritti a questi operatori del mercato. Ne consegue che hanno difficoltà a recuperare i loro investimenti, che rappresentano invece un elemento essenziale per sostenere l'industria editoriale e l'accesso a informazioni affidabili. Dunque per proteggere questi investimenti e facilitare

---

[340] Vedi J. REDA, "*Extra copyright for news sites ('Link tax')*" (2017) https://juliareda.eu/eu-copyright-reform/extra-copyright-for-news-sites/.

[341] (54) «Una stampa libera e pluralista è essenziale per garantire un giornalismo di qualità e l'accesso dei cittadini all'informazione e dà un contributo fondamentale al dibattito pubblico e al corretto funzionamento di una società democratica. L'ampia disponibilità di pubblicazioni di carattere giornalistico *online* ha comportato la nascita di nuovi servizi *online*, come gli aggregatori di notizie o i servizi di monitoraggio dei media, per i quali il riutilizzo di pubblicazioni di carattere giornalistico costituisce una parte importante dei loro modelli di *business* e una fonte di introiti. Gli editori di giornali incontrano una serie di problemi nel concedere licenze di utilizzo *online* delle loro pubblicazioni ai prestatori di questo tipo di servizi, redendo ancora più difficile per loro recuperare gli investimenti effettuati. In assenza del riconoscimento degli editori di giornali quali titolari di diritti, la concessione delle licenze e il rispetto dei diritti nelle pubblicazioni di carattere giornalistico riguardo agli utilizzi *online* da parte di prestatori di servizi della società dell'informazione nell'ambiente digitale sono spesso complessi e inefficaci».

(55) «Il contributo organizzativo e finanziario degli editori nel produrre pubblicazioni di carattere giornalistico va riconosciuto e ulteriormente incoraggiato per garantire la sostenibilità dell'editoria e favorire in tal modo la disponibilità di informazioni affidabili. È quindi necessario prevedere a livello di Unione una tutela giuridica armonizzata per gli utilizzi online delle pubblicazioni di carattere giornalistico da parte di prestatori di servizi della società dell'informazione, che lasci impregiudicate le vigenti norme sul diritto d'autore nell'ordinamento dell'Unione applicabili agli utilizzi privati o non commerciali delle pubblicazioni di carattere giornalistico da parte di singoli utenti, anche ove tali utenti condividano pubblicazioni di carattere giornalistico online. Tale protezione dovrebbe essere garantita in maniera efficace mediante l'introduzione nell'ordinamento dell'Unione di diritti connessi a quello d'autore per la riproduzione e la messa a disposizione del pubblico di pubblicazioni di carattere giornalistico da editori stabiliti in uno Stato membro nell'ambito di utilizzi digitali da parte di prestatori di servizi della società dell'informazione ai sensi della direttiva (UE) 2015/1535 del Parlamento europeo e del Consiglio. La tutela giuridica per le pubblicazioni di carattere giornalistico prevista dalla presente direttiva dovrebbe andare a beneficio degli editori stabiliti in uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno dell'Unione. Il concetto di editore di pubblicazioni di carattere giornalistico dovrebbe essere inteso nel senso che comprende i prestatori di servizi, quali gli editori di testate giornalistiche o le agenzie di stampa, quando pubblicano pubblicazioni di carattere giornalistico ai sensi della presente direttiva».

la concessione di licenze è stato pensato un nuovo diritto.

Innanzitutto una definizione di "pubblicazione di carattere giornalistico" si ritrova nel considerando 56: essa rappresenta pubblicazioni di tipo giornalistico su qualunque mezzo di comunicazione, anche su supporto cartaceo, nel contesto di un'attività economica lecita (vi rientrano, ad esempio, le riviste settimanali o mensili, tra cui quelle in abbonamento nonché i siti *web* d'informazione). In sintesi dunque rilevano quelle pubblicazioni che a) constano di un articolo all'interno di un periodico o comunque una pubblicazione, come un giornale o una rivista; b) hanno lo scopo di fornire alla generalità del pubblico informazioni relative a notizie o altri argomenti; e c) sono pubblicabili in ciascun media sotto l'iniziativa, la responsabilità editoriale e il controllo di un *service provider*.

I contenuti del testo definitivo dell'ex art. 11 (ora art. 15) risultano essere i seguenti: innanzitutto gli Stati membri riconoscono agli editori di giornali stabiliti in uno Stato membro i diritti di cui all'articolo 2 (diritto di riproduzione) e all'articolo 3 paragrafo 2 (diritto di comunicazione al pubblico), della direttiva InfoSoc per l'utilizzo *online* delle loro pubblicazioni di carattere giornalistico da parte di prestatori di servizi della società dell'informazione (fatte salve le eccezioni di cui all'art. 5 della medesima direttiva). Sono previste alcune limitazioni: i diritti di cui al primo comma dell'art. 15 non trovano applicazione per gli utilizzi privati o non commerciali delle pubblicazioni di carattere giornalistico da parte di singoli utilizzatori, né si applica ai collegamenti ipertestuali o all'utilizzo di singole parole o estratti molto brevi di pubblicazioni di carattere giornalistico. Tutti questi atti esclusi rimangono soggetti alla restante normativa vigente. Il considerando 58[342] specifica le ragioni di tali esclusioni: si ritiene che anche la pubblicazione di brevi estratti di pubblicazioni di carattere giornalistico abbia assunto rilevanza economica, ma è anche vero che l'utilizzo di questi da parte dei prestatori di servizi della società dell'informazione non compromette necessariamente gli investimenti effettuati dagli editori. Per questa ragione tali esclusioni dai diritti previsti dalla direttiva trovano giustificazione, purché a tale consapevolezza sia affiancata

[342] (58) «L'utilizzo di pubblicazioni di carattere giornalistico da parte di prestatori di servizi della società dell'informazione può consistere nell'utilizzo di intere pubblicazioni o di interi articoli, ma anche di parti di pubblicazioni di carattere giornalistico. Anche l'utilizzo di parti di pubblicazioni di carattere giornalistico ha acquisito una rilevanza economica. Al tempo stesso, l'utilizzo di singole parole o di estratti molto brevi di pubblicazioni di carattere giornalistico da parte di prestatori di servizi della società dell'informazione non compromette necessariamente gli investimenti effettuati dagli editori di pubblicazioni di carattere giornalistico nella produzione di contenuti. È pertanto opportuno prevedere che l'utilizzo di singole parole o di estratti molto brevi di pubblicazioni di carattere giornalistico non rientri nell'ambito dei diritti previsti dalla presente direttiva. Tenuto conto della forte aggregazione e dell'utilizzo di pubblicazioni di carattere giornalistico da parte di prestatori di servizi della società dell'informazione, è importante che l'esclusione degli estratti molto brevi sia interpretata in modo da non pregiudicare l'efficacia dei diritti previsti dalla presente direttiva».

una interpretazione rigorosa di "estratti molto brevi". Questo nuovo diritto si aggiunge a quelli esistenti in materia di contenuti protetti da altri diritti sulle pubblicazioni di stampa, non modificando né pregiudicando quelli previsti dal diritto dell'Unione per gli autori e gli altri titolari di diritti relativamente ad opere e altri materiali inclusi in una pubblicazione di carattere giornalistico.

Pertanto questo nuovo diritto non può essere invocato contro tali autori e altri titolari di diritti e, in particolare, non possono privarli del diritto di sfruttare le loro opere e altri materiali in modo indipendente dalla pubblicazione di carattere giornalistico in cui sono inclusi.

La durata prevista è di due anni che decorrono dal giorno della pubblicazione, conteggiato dal primo gennaio dell'anno successivo alla pubblicazione (e solo per le pubblicazioni pubblicate per la prima volta dopo il 6 giugno 2019). Infine si prevede che gli autori delle opere incluse in una pubblicazione di carattere giornalistico ricevano un'adeguata quota dei ricavi percepiti dagli editori, tuttavia non viene specificato nulla sul punto, né come tale quota possa essere considerata adeguata né come possa essere attualizzata.

Alla luce del nuovo testo, questo ne esce sicuramente stravolto. Sembra lecito dunque chiedersi se tali cambiamenti siano idonei a raggiungere l'obiettivo prefigurato. Sul punto una risposta positiva appare tuttavia ancora molto lontana: numerosi studi hanno dimostrato, partendo dalle esperienze negative avute in Germania e Spagna, che è altamente improbabile che tale nuovo diritto porterà benefici[343].

L'art. 16 introduce una richiesta di equo compenso per gli editori (in generale, non solo per gli editori a stampa, ma anche dunque per pubblicazioni scientifiche, musicali ecc.[344]). Tale previsione sembra rappresentare una presa di posizione del legislatore europeo nei confronti della sentenza *Reprobel*[345], la quale aveva negato agli editori il diritto a un equo compenso sotto le eccezioni di reprografia e copia privata. L'art. 16 ora esplicitamente consente agli Stati membri di riconoscere per gli editori la possibilità di richiedere una parte dei pro-

---

[343] Vedi CREATe, "*Article 11 Research*" (2017), www.create.ac.uk/policy-responses/eu-copyright-reform/article-11-research/. L. BENTLY, M. KRETSCHMER, T. DUDENBOSTEL, M. DEL CARMEN CLATRAVA MORENO; A. RADAUER, '*Strengthening the Position of Press Publishers and Authors and Performers in the Copyright Directive*' (10 September 2017) European Parliament, *Study for the JURI committee, Brussels* www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596810/IPOL _STU%282017%29596810_EN.pdf (2017); IViR, "*Academics Against Press Publishers' Right*" (24 April 2018), https://www.ivir.nl/academics-against-press-publishers-right/.

[344] v. considerando 60 direttiva DSM.

[345] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sezione IV, sentenza 12 Novembre 2015, causa C-572/13 *Hewlett-Packard Belgium SPRL v. ReprobelSCRL*. Vedi anche G.R. MIGLIOTTI, *Verso un "nuovo" diritto d'autore: profili di tutela ed esigenze di armonizzazione con la normativa comunitaria*, Nota a commento a Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sezione IV, sentenza 12 Novembre 2015, causa C-572/13 *Hewlett-Packard Belgium SPRL v. Reprobel-SCRL*, 2015.

venti a titolo di equo compenso, con una limitazione: tale compenso opera solo nei casi in cui gli autori hanno trasferito o licenziato agli editori il diritto su un'opera il cui utilizzo dà luogo a tale equo compenso.

La norma più controversa, che ha acceso il dibattito e che tutt'ora suscita numerose perplessità, è rappresentata dall'art. 17 (ex art. 13 della proposta), concernente gli utilizzi specifici di contenuti protetti da parte dei servizi *online*, cui è dedicato il capo secondo della direttiva DSM. L'art. 17 si occupa, in particolare, dell'utilizzo di contenuti protetti da parte di prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online*.

Come già sottolineato, questa disposizione fa parte di una più ampia strategia politica dell'UE volta a responsabilizzare maggiormente le piattaforme *online*, strategia che, nella sua attuazione, si è posta in netto contrasto con il divieto all'obbligo di monitoraggio di cu all'art. 15 direttiva e-commerce e con le libertà fondamentali delle persone[346].

Come anticipato, lo scopo di tale disposizione è quella di colmare il c.d. *value gap*, ossia la presunta discrepanza tra i ricavi conseguiti dalle piattaforme *online* di condivisione dei contenuti e le entrate dei detentori dei diritti d'autore[347], regolando gli *online content-sharing service providers* (la cui definizione si trova all'art. 2.6)[348].

Il considerando 64[349] intende chiarire la posizione di tali *providers* e l'attività da essi svolta,

---

[346] Vedi L. KUCZERAWY, "T*o Monitor or Not to Monitor? The Uncertain Future of Article 15 of the E-Commerce Directive*" (29 May 2019), Balkinization, https://balkin.blogspot.com/2019/05/to-monitor-or-not-to-monitor-uncertain.html

[347] Sul punto v. A. BRIDY, "*EU Copyright Reform: Grappling With the Google Effect*" (2019) Vanderbilt J. Entertainment & Tech. L., (Forthcoming). https://ssrn.com/abstract=3412249; N. ELKIN-KOREN; Y. NAHMIAS; M. PEREL (Filmar), "*Is It Time to Abolish Safe Harbor? When Rhetoric Clouds Policy Goals*" (2019) Stanford Law & Policy Review, (Forthcoming), https://ssrn.com/abstract=3344213.

[348] Sono escluse le realtà di cui al considerando 62: «[…] Tali servizi non dovrebbero comprendere i servizi che hanno uno scopo principale diverso da quello di consentire agli utenti di caricare e condividere una grande quantità di contenuti protetti dal diritto d'autore allo scopo di trarre profitto da questa attività. Si tratta, ad esempio, dei servizi di comunicazione elettronica ai sensi della direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio (14), nonché dei prestatori di servizi *cloud* da impresa a impresa e di servizi *cloud*, che consentono agli utenti di caricare contenuti per uso personale, come i *cyberlocker*, o di mercati *online* la cui attività principale è la vendita al dettaglio *online*, e che non danno accesso a contenuti protetti dal diritto d'autore. Dovrebbero altresì essere esclusi dalla definizione di prestatore di servizi di condivisione di contenuti *online* i prestatori di servizi quali le piattaforme di sviluppo e di condivisione di software open source, i repertori scientifici o didattici senza scopo di lucro e le enciclopedie *online* senza scopo di lucro. Infine, per garantire un elevato livello di protezione del diritto d'autore, il meccanismo di esenzione di responsabilità di cui alla presente direttiva non dovrebbe applicarsi ai prestatori di servizi il cui scopo principale è quello di attuare o facilitare la pirateria in materia di diritto d'autore».

[349] (64) «È opportuno chiarire nella presente direttiva che i prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online* effettuano un atto di comunicazione al pubblico o di messa a disposizione del pubblico quando danno l'accesso al pubblico a opere protette dal diritto d'autore o altri materiali protetti caricati dai loro utenti. Di conseguenza, i prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online* dovrebbero ottenere l'autorizzazione, anche attraverso un accordo di licenza, dai relativi titolari di diritti. Ciò non pregiudica il concetto di comunicazione al pubblico o di messa a disposizione del pubblico in altri ambiti del diritto dell'Unione, né l'eventuale applicazione dell'articolo 3, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2001/29/CE ad altri prestatori di servizi che utiliz-

tuttavia la norma sembra distorcere la legge esistente, specie con riferimento alla nozione di "comunicazione al pubblico". L'art. 17(1) infatti stabilisce che «Il prestatore di servizi di condivisione di contenuti *online* effettua un atto di comunicazione al pubblico o un atto di messa a disposizione del pubblico ai fini della presente direttiva quando concede l'accesso al pubblico a opere protette dal diritto d'autore o altri materiali protetti caricati dai suoi utenti», per cui per svolgere tale attività occorre l'autorizzazione dei titolari dei diritti.

Alla luce di tale disposizione le piattaforme sono collegate ai caricamenti effettuati dai vari utenti, escludendo l'operatività dell'esenzione di cui all'art. 14 direttiva e-commerce[350].

Alcuni studiosi inquadrano così l'art. 17 quale *lex specialis* rispetto alla direttiva e-commerce e all'art. 3 della direttiva InfoSoc[351].

Due sono le alternative che i *providers* hanno per non incorrere in responsabilità.

La prima è ottenere l'autorizzazione alla comunicazione al pubblico per i contenuti caricati dagli utenti (e ciò risulta di difficile applicazione alla luce dell'infinita mole di materiali generalmente caricati). Non solo: la piattaforma *online* dovrebbe cercare di ottenere una licenza per contenuti sconosciuti: anche se non è prevedibile quali contenuti verranno caricati dagli utenti, la licenza dovrebbe idealmente coprire l'intero spettro di potenziali opere protette. Le licenze inoltre limitano la possibilità dei caricamenti alla loro portata: la conseguenza è che i cittadini europei non potranno più caricare la stessa varietà di materiali di prima ma, anzi, potranno caricare solo ciò che entra nell'ambito di applicazione dell'accordo di licenza. Ne discende che tali piattaforme non offriranno più la diversità di contenuti a cui oggi siamo abituati. Tali realtà si avvicineranno molto al mondo televisivo, ove solo ciò che è licenziato viene trasmesso[352]. Ciò molto probabilmente ridurrà la partecipazione attiva dei cittadini dell'UE alla creazione di contenuti. Il rischio di una minore diversità nel campo degli *user generated contents* è duplice: non concerne solo la diversità dei materiali ma anche lo spettro dei fornitori di servizi. Infatti si può presumere che i grandi fornitori di contenuti non avranno difficoltà ad ottenere licenze nei vari Stati membri, acquisendo un vantaggio

---

zano contenuti protetti dal diritto d'autore».

[350] Vedi M. PEGUERA, "*The New Copyright Directive: Online Content-Sharing Service Providers lose eCommerce Directive immunity and are forced to monitor content uploaded by users (Article 17)*" (26 September 2019), *Kluwer Copyright Blog*, http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/09/26/the-new-copyright-directive-online-content-sharing-service-providers-lose-ecommerce-directive-immunity-and-are-forced-to-monitor-content-uploaded-by-users-article17/.

[351] v. M. HUSOVEC; J.P. QUINTAIS, "*How to license Article 17? Exploring the Implementation Options for the New EU Rules on Content-Sharing Platforms*" (Ottobre 1, 2019), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3463011.

[352] Cfr. M. SENFTLEBEN, *Bermuda Triangle – Licensing, Filtering and Privileging User-Generated Content Under the New Directive on Copyright in the Digital Single Market*, in SSRN, 4 aprile 2019, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3367219.

competitivo non indifferente.

La seconda opzione consiste nel soddisfare una serie di condizioni (cumulative) indicate dal paragrafo 4 dell'art. 17: «Qualora non sia concessa alcuna autorizzazione, i prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online* sono responsabili per atti non autorizzati di comunicazione al pubblico, compresa la messa a disposizione del pubblico, di opere e altri materiali protetti dal diritto d'autore, a meno che non dimostrino di: a) aver compiuto i massimi sforzi per ottenere un'autorizzazione, e b) aver compiuto, secondo elevati standard di diligenza professionale di settore, i massimi sforzi per assicurare che non siano disponibili opere e altri materiali specifici per i quali abbiano ricevuto le informazioni pertinenti e necessarie dai titolari dei diritti; e in ogni caso, c) aver agito tempestivamente, dopo aver ricevuto una segnalazione sufficientemente motivata dai titolari dei diritti, per disabilitare l'accesso o rimuovere dai loro siti *web* le opere o altri materiali oggetto di segnalazione e aver compiuto i massimi sforzi per impedirne il caricamento in futuro conformemente alla lettera b)».

Alla base di tale soluzione risiede il considerando 66. La lettera b) in particolare sembra aprire nuovamente alla problematica concernente i filtri di monitoraggio dei contenuti caricati dagli utenti, mentre la lettera c) impone un meccanismo di *notice and take-down*, nonché di *notice and stay-down*[353].

Abbastanza comprensibile risulta lo sforzo richiesto ai *providers* ai fini di soddisfare le condizioni elencate, sforzo che solo l'implementazione e l'utilizzo di tecnologie di riconoscimento dei contenuti (di *tutti* i contenuti) può integrare. Il paragrafo 8, tuttavia, sembra ripudiare tale soluzione[354]: ci si chiede allora come possa essere possibile soddisfare tali condizioni altrimenti[355].

Invece di fungere da motore trainante per la creazione e diffusione di contenuti, la legge sul *copyright* rischia di degenerare in uno strumento di filtro e censura. Coma ha sottolineato

---

[353] v. M. HUSOVEC, "*How Europe Wants to Redefine Global Online Copyright Enforcement*" (2019). In: Tatiana EleniSynodinou (ed.), Pluralism or Universalism in International Copyright Law (Kluwer law, Forthcoming), http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3372230.

[354] «L'applicazione del presente articolo non comporta alcun obbligo generale di sorveglianza. Gli Stati membri dispongono che i prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online* forniscano ai titolari dei diritti, su richiesta di questi ultimi, informazioni adeguate sul funzionamento delle loro prassi per quanto riguarda la cooperazione di cui al paragrafo 4 e, qualora siano stati conclusi accordi di licenza tra i prestatori di servizi e i titolari dei diritti, informazioni sull'utilizzo dei contenuti oggetto degli accordi».

[355] Il fatto che la disposizione porterà a filtri è stato di fatto concesso da alcuni funzionari dell'UE e governi nazionali: M. MASNICK, '*EU Commissioner Gunther Oettinger Admits: Sites Need Filters To Comply With Article 13*', (3 April 2019) Techdirt https://www.techdirt.com/articles/20190329/15501341902/eu-commissioner-gunther-oettinger-admits-sites-need-filters-to-comply-with-article-13.shtml; M. MASNICK, "*After Insisting That EU Copyright Directive Didn't Require Filters, France Immediately Starts Promoting Filters*" (28 March 2019) Techdirt https://www.techdirt.com/articles/20190327/17141241885/after-insisting-that-eu-copyright-directive-didnt-require-filters-france-immediately-starts-promoting-filters.shtml.

Niva Elkin-Koren: «*if copyrighted materials were once available unless proven to be infringing, today materials that are detected by algorithms are removed from public circulation unless explicitly authorized by the right holder*»[356].

L'art. 17, (forse) consapevole dei suoi possibili risvolti negativi, cerca di arginarne i rischi: al paragrafo 5 indica due elementi (peraltro non esaustivi) al fine di stabilire se un prestatore di servizi debba sottostare agli obblighi di cui al paragrafo 4. Il primo concerne «la tipologia, il pubblico e la dimensione del servizio e la tipologia di opere o altri materiali caricati dagli utenti del servizio», mentre il secondo considera «la disponibilità di strumenti adeguati ed efficaci e il relativo costo per i prestatori di servizi», con in aggiunta l'onnipresente principio di proporzionalità.

La vaghezza degli elementi indicati porta inevitabilmente a considerare la conclusione per cui solo le leggi nazionali o la giurisprudenza potranno fare chiarezza sul punto, nella speranza che l'inclusione del principio di proporzionalità possa svolgere un ruolo dirimente ai fini di un'interpretazione coerente con i principi europei.

Suscita perplessità anche il successivo paragrafo 6: «Gli Stati membri dispongono che, con riferimento ai nuovi prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online* i cui servizi sono disponibili al pubblico nell'Unione da meno di tre anni e che hanno un fatturato annuo inferiore a 10 milioni di euro calcolati in conformità della raccomandazione 2003/361/CE della Commissione[357], le condizioni in virtù del regime di responsabilità di cui al paragrafo 4 siano limitate alla conformità alla lettera a) del paragrafo 4 e alla circostanza di aver agito tempestivamente, in seguito alla ricezione di una segnalazione sufficientemente motivata, per disabilitare l'accesso alle opere o ad altri materiali notificati o rimuovere dai loro siti *web* tali opere o altri materiali».

In particolare, la previsione per cui la statuizione si applica alle piattaforme i cui servizi sono disponibili al pubblico da meno di tre anni rischia di rimanere una disposizione priva di risvolti significativi sulla realtà fattuale.

Il paragrafo 7 intende mitigare il regime consentendo agli utenti di beneficiare di eccezioni e limitazioni, tra le quali citazione, critica, rassegna, caricatura, utilizzi a scopo di parodia o pastiche. Rimane tuttavia il problema principale di tale norma: l'utilizzo di algoritmi che non sono in grado di riconoscere tali sfaccettature intrinseche del diritto d'autore. Ciononostante viene riportata l'indicazione, tanto ridondante quanto vuota, dell'assenza di un

---

[356] N. ELKIN-KOREN, "*Fair Use by Design*", UCLA *Law Review* 64 (2017), 1082 (1093).

[357] Raccomandazione della Commissione, del 6 maggio 2003, relativa alla definizione delle microimprese, piccole e medie imprese (GU L 124 del 20.5.2003, pag. 36).

obbligo generale di sorveglianza.

L'art. 17(9) infine prevede anche l'obbligo di istituzione di un meccanismo di reclamo e ricorso (celere ed efficace) disponibile per quegli utenti che si sono visti rimuovere ingiustamente il contenuto o disabilitarne l'accesso. Occorre sottolineare che tali meccanismi sono limitati allo specifico materiale riferibile all'ingiustificato blocco, non offrono dunque la possibilità di contestare la legittimità del filtro adottato dal *provider*. L'unica traccia di un interessamento al riguardo pare essere il paragrafo 10, prevedendo dei dialoghi tra le parti interessate «per discutere le migliori prassi per la cooperazione tra i prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online* e i titolari dei diritti». Una soluzione che risiede in un'arma spuntata e inoffensiva desta preoccupazione.

L'ultimo capo del Titolo IV concerne l'equa remunerazione di autori e artisti (interpreti o esecutori, fatta eccezione per gli autori di programmi per computer) nei contratti si sfruttamento e consta di sei articoli.

Lo scopo principale è quello di cercare di colmare il problema del c.d. *value gap* nel mondo del diritto d'autore[358]. Il capo comincia con l'art. 18, il quale stabilisce un principio di equa remunerazione per i creatori che concedono in licenza le loro opere. Al considerando 73 si trova una breve precisazione, per cui sarebbe sufficiente un pagamento forfettario, il quale tuttavia non dovrebbe rappresentare la regola: «La remunerazione degli autori e degli artisti (interpreti o esecutori) dovrebbe essere adeguata e proporzionata al valore economico effettivo o potenziale dei diritti concessi in licenza o trasferiti, tenendo conto del contributo dell'autore o dell'artista (interprete o esecutore) all'opera o altri materiali nel suo complesso come pure di tutte le altre circostanze del caso, tra cui le pratiche di mercato o lo sfruttamento effettivo dell'opera. Un pagamento forfettario può costituire una remunerazione proporzionata, ma non dovrebbe rappresentare la norma».

Gli Stati membri sono liberi di utilizzare meccanismi di vario tipo e devono tenere conto del principio della libertà contrattuale e di un giusto equilibrio tra diritti e interessi.

L'art. 19 introduce poi un obbligo di trasparenza, in base al quale autori e artisti (interpreti o esecutori) ricevono almeno una volta all'anno, informazioni aggiornate, pertinenti e complete sullo sfruttamento delle loro opere e dei diritti licenziati o ceduti. Tale obbligo può essere limitato nei casi in cui sia ritenuto sproporzionato o se il contributo alle prestazioni

---

[358] A. AGUILAR, "*The New Copyright Directive: Fair remuneration in exploitation contracts ofauthors and performers –Part 1, Articles 18 and 19*" (15 July 2019) *Kluwer Copyright Blog*, http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/07/15/the-new-copyright-directive-fair-remuneration-in-exploitation-contracts-of-authors-and-performers-part-1-articles-18-and-19/.

complessivi risulti essere poco significativo. Tali regole di trasparenza, a discrezione degli Stati membri, possono essere applicate anche ai contratti collettivi, purché soddisfatti i criteri di cui all'articolo in esame.

L'articolo successivo dà diritto ai creatori a un meccanismo di adeguamento dei contratti: questi possono richiedere una remunerazione aggiuntiva, adeguata ed equa dalla controparte se la loro remunerazione inizialmente concordata risulti poi essere sproporzionatamente bassa rispetto ai ricavi generati dal successivo sfruttamento delle opere protette. Tale sistema non trova applicazione negli accordi conclusi ex art. 3 lett. a) e b) direttiva 2014/26/UE.

Ai sensi dell'art. 21, le controversie che possono nascere relative a quest'obbligo di trasparenza e di adeguamento contrattuale possono essere sottoposte ad una volontaria procedura di risoluzione alternativa delle controversie.

L'art. 22 prevede il c.d. diritto di revoca: gli Stati membri provvedono a che il titolare del diritto che abbia in concesso in licenza o trasferito i propri diritti possa ottenerne la revoca, in *toto* o in parte, in caso di mancato sfruttamento di tali diritti (a meno che non si possa ragionevolmente aspettarsi di rimediare). Il diritto nazionale può specificare le modalità del meccanismo di revoca, tenendo conto: a) delle specificità dei diversi settori e delle diverse tipologie di opere e esecuzioni; e b) dell'importanza relativa dei contributi individuali e degli interessi legittimi di tutti gli autori o artisti (interpreti o esecutori) interessati dall'applicazione del meccanismo di revoca da parte di un autore o artista (interprete o esecutore) che agisce a titolo individuale, laddove un'opera o altri materiali contengano il contributo di una pluralità di autori o artisti (interpreti o esecutori). Tale diritto di revoca può essere esercitato solo per un periodo ragionevole che decorre dal momento della conclusione del contratto. Tali norme non possono essere derogate mediante disposizione contrattuale, fatta eccezione per il diritto di revoca: in quest'ultimo caso gli Stati membri possono scegliere di consentire tale deroga, però solo se basata su un accordo collettivo.

### 3.3.3 Definizione di *online content-sharing service provider*

La struttura del panorama giuridico costruito introno al *value gap* si basa essenzialmente sull'imputazione di responsabilità in capo a fornitori di servizi della società dell'informazione che cadono all'interno della definizione di *online content-sharing service provider*. Essi, in base alla direttiva in esame, sono prestatori «di servizi della società dell'informa-

zione il cui scopo principale o uno dei principali scopi è quello di memorizzare e dare accesso al pubblico a grandi quantità di opere protette dal diritto d'autore o altri materiali protetti caricati dai suoi utenti, che il servizio organizza e promuove a scopo di lucro»[359]. Una delle maggiori problematicità racchiuse in tale definizione è data dall'espressione "grandi quantità", che ha rappresentato e tutt'ora rappresenta oggetto di accesso dibattito. Secondo il considerando 63[360] l'accertamento relativo al fatto che un prestatore di servizi di condivisione di contenuti rientra sotto questa definizione deve imprescindibilmente essere effettuato caso per caso.

Inoltre il considerando 62 specifica che «La definizione di «prestatore di servizi di condivisione di contenuti *online*» ai sensi della presente direttiva dovrebbe comprendere unicamente i servizi *online* che svolgono un ruolo importante sul mercato dei contenuti *online*, in concorrenza con altri servizi di contenuti *online*, come i servizi di *streaming* audio e video *online*, per gli stessi destinatari». Anche qui non è chiaro cosa si intenda per "*ruolo importante*". Risulta chiaro come questi elementi indicati con approssimazione apportino un elevato grado di incertezza, sul quale sarà poi la giurisprudenza, inevitabilmente, a dover pronunciarsi riempiendo di significato queste espressioni caratterizzate da pericolosa genericità[361].

L'art. 2(6) specifica poi chi invece non rientra sotto questa espressione, ossia (a titolo esemplificativo: si tratta dunque di una lista non esaustiva) le enciclopedie *online* senza scopo di lucro, i repertori didattici o scientifici senza scopo di lucro, le piattaforme di sviluppo e condivisione di *software open source*, fornitori di servizi di comunicazione elettronica, mercati *online* e servizi *cloud*. Una questione porta a chiedersi perché tutti questi servizi sono stati raggruppati insieme. Il considerando 62 ci fornisce alcune indicazioni, dando in primo luogo una spiegazione più dettagliata dell'attività svolta da un *online content-sharing service provider*.

In sintesi gli *online content-sharing service providers* vengono definiti in base a: a) ciò costituisce l'attività principale o una delle principali; b) l'attività di *storage* e di dare *public access* a grandi quantità di opere protette dal diritto d'autore[362], c) la finalità di lucro, diretta o indiretta, e d) un ruolo attivo nei confronti del contenuto, organizzandolo o promuovendolo per attirare

---

[359] Art. 2(6) DSM.

[360] (63) «L'accertamento relativo al fatto che un prestatore di servizi di condivisione di contenuti *online* memorizzi e dia accesso a una grande quantità di contenuti protetti dal diritto d'autore dovrebbe essere effettuata caso per caso e dovrebbe tener conto di una combinazione di elementi, come l'utenza del servizio e il numero di file di contenuti protetti dal diritto d'autore caricati dagli utilizzatori del servizio».

[361] Condivide le medesime perplessità anche D. VISSER, *Trying to understand article 13*, 18 marzo 2019, in www.ssrn.com, 3-4;

[362] Si ritiene che le due attività di dare *public access* e di *storage* debbano ricorrere entrambe vista la presenza della congiunzione "*and*".

un pubblico più vasto, anche attraverso la categorizzazione e utilizzando la promozione mirata. Tutti questi requisiti devono sussistere affinché si possa integrare la fattispecie dell'*o.c.s.s.p.* Dunque in assenza di anche solo uno dei requisiti elencati, viene a mancare la possibilità di far valere la responsabilità del *provider* ai sensi della presente direttiva. Non potendo dunque operare questo nuovo regime, troverà applicazione il regime ordinario: la direttiva e-commerce e, nell'ambito nazionale, il d.lgs. 70/2003. Infine se dovesse aversi un *provider* che non rientra nemmeno sotto l'ala della direttiva 31/2000 (ad esempio perché si tratta di un *hosting* attivo anziché passivo), in Italia si applicherebbe la responsabilità aquiliana ex artt. 2043-2055 c.c. o del relativo settore[363].

In base a questa definizione risulta chiaro come gli *online content-sharing service providers* non possono avvalersi dell'esenzione di responsabilità di cui all'art. 14 direttiva e-commerce in quanto per questi viene dettata una disciplina diversa in quanto *providers* diversi, o per meglio dirsi gli *o.c.s.s.p.* rappresentano una *species* del *genus ISP*.

Vale la pena notare come tutti questi elementi non siano necessariamente rilevanti ai fini dell'individuazione di una comunicazione al pubblico, anche se essi si sono ispirati alla giurisprudenza della CGUE. In particolare i criteri dell'obiettivo perseguito e dello scopo di lucro appaiono discutibili (sebbene la CGUE abbia affermato che quest'ultimo non è irrilevante).

Sempre il considerando 62 fornisce ulteriori linee guida sui *providers* di cui all'art. 2(6), evidenziando quelli che sono esclusi dalla definizione di *online content-sharing service providers*: a) gli *access providers*, b) servizi *cloud* B2B (*business-to-business*), c) servizi *cloud* che consentono agli utenti di caricare contenuti per l'utilizzo privato, d) mercati *online* la cui attività principale è la vendita al dettaglio *online* e non la fornitura di accesso a materiale protetto, e) piattaforme di sviluppo e di condivisione di *software* open source, f) repertori scientifici o didattici senza scopo di lucro e g) enciclopedie *online* senza scopo di lucro.

Infine il considerando 62 chiude ricordando che il meccanismo di esenzione dalla responsabilità di cui all'art. 17, allo scopo di assicurare un alto livello di protezione del diritto d'autore, non si applica ai *provider*s il cui scopo principale è quello di attuare o facilitare la pirateria in materia di diritto d'autore.

In linea di principio dunque il panorama delineato «non dovrebbe pregiudicare i mezzi di ricorso previsti dal diritto nazionale per i casi diversi dalla responsabilità del diritto d'autore

---

363 L. ALBERTINI, *La modifica al diritto d'autore europeo per tener conto del contesto digitale: note sugli artt. 11 (diritto degli editori) e13 (responsabilità dei provider) della bozza di direttiva UE nel febbraio 2019, uscita dalla fase c.d. trilogue*, in *MediaLaws* (Law and Media Working Paper Series), no. 2/2019.

e la possibilità per i tribunali o le autorità amministrative nazionali di emettere ingiunzioni conformemente al diritto dell'Unione e nazionale» (considerando 66).
L'art. 17 ha lo scopo di colpire i "giganti di internet" remunerando i creatori di contenuti e relativi titolari dei diritti. Gli ISP sono fornitori di un servizio normalmente fornito a titolo oneroso, a distanza, per via elettronica e su richiesta individuale di un destinatario di servizi. Questo copre una vasta gamma di attività economiche che si svolgono *online* e generalmente comprende siti *web*, motori di ricerca e servizi di contenuti *online* come servizi di musica e *video on demand*. È una definizione abbastanza ampia che può catturare servizi diversi. Laddove una piattaforma abbia molteplici scopi o più di uno scopo principale, la distinzione tra chi rientra in questa definizione o meno può essere più sfumata.
Risolta questa questione, ne compare subito un'altra: cosa costituisce accesso al pubblico. I contenuti devono essere accessibili in generale o il pubblico deve avere una certa dimensione? *Quid iuris* per le piattaforme aperte ad un numero chiuso di membri? Nel contesto dell'art. 3 della direttiva InfoSoc, il concetto di pubblico si riferisce a un numero indeterminato di individui, implicando un numero piuttosto elevato di persone e che non dovrebbe essere limitato a individui specifici appartenenti a un gruppo privato[364]. Per quanto concerne la grande quantità di contenuti, la Commissione pensava a realtà quali YouTube e Facebook, mentre per altre realtà la questione appare ancora irrisolta.

### 3.3.4 Rapporti tra la direttiva e il GDPR

Appare opportuno analizzare i rapporti tra la nuova direttiva *copyright* e il GDPR. Il 25 maggio 2018 è entrato in vigore il nuovo regolamento GDPR sulla *privacy*[365]. Come evidenziato a più riprese nella presente trattazione, i diritti riconosciuti dal GDPR spesso devono essere inseriti in un contesto volto a trovare un bilanciamento con altri diritti fondamentali, tra cui la proprietà intellettuale. In particolare sono state molte le preoccupazioni rivolte alla compatibilità dell'*enforcement* del diritto d'autore con la tutela della *privacy*. Le due normative

[364] «Per "pubblico" si intende un numero indeterminato di potenziali destinatari che deve altresì essere composto da un numero piuttosto considerevole di persone, fermo restando che il carattere dell'indeterminatezza è soddisfatto quando si tratta di "gente in generale" e quindi non di persone che appartengono a un gruppo privato, e per "numero piuttosto considerevole di persone" si intende che deve essere superata una determinata soglia minima, criterio non soddisfatto se la pluralità di interessati è troppo esigua se non addirittura insignificante, tenendo conto che in tale contesto non rileva solo quante persone hanno contemporaneamente accesso alla stessa opera, ma anche quante fra di esse hanno accesso alla stessa in successione» Sentenza della Corte di Giustizia, *Reha Training Gesellschaft für Sport- und Unfallrehabilitation mbH* contro *Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte eV (GEMA)*, causa C-117/15, 31 maggio 2016, punto 19.
[365] Regolamento (UE) 2016/679.

risultano connesse soprattutto alla luce del dibattito sul trattamento dei dati personali sorto in seno alla nuova direttiva *copyright*.

Come evidenziato, la norma che più ha scaturito perplessità (anche) in tema *privacy* è l'art. 17, che sembra quasi ribaltare cronologicamente i passaggi propri del principio di *notice and take-down*. L'art. 17 impone agli stati membri di prevedere che gli OCSSP facciano il possibile per garantire l'indisponibilità delle opere protette dal diritto d'autore presenti nei loro *database* e caricate dagli utenti che fruiscono dei loro servizi, nonché fare il possibile affinché tali contenuti non vengano in un futuro nuovamente inseriti e resi disponibili.

Tale disposizione implicitamente prevede dei meccanismi di filtraggio dei contenuti in grado di rilevare le opere protette dal diritto d'autore e impedire il caricamento di detti contenuti, fatti salvi quei materiali che siano coperti da licenze o rientranti in casi di eccezioni o limitazioni al diritto d'autore. Dunque tale tecnologia riuscirebbe ad assolvere a tale obbligo non solo quando è in grado di riconoscere il contenuto, ma anche analizzando il contesto del caricamento.

Tali passaggi inevitabilmente comporterebbero un trattamento dei dati personali. Il GDPR si applica «al trattamento interamente o parzialmente automatizzato di dati personali e al trattamento non automatizzato di dati personali contenuti in un archivio o destinati a figurarvi» (art. 2 GDPR).

Poiché il GDPR contempla l'uso della tecnologia all'interno dei vari modelli di *business*, non vi è alcuna indicazione che i servizi di condivisione di contenuti *online* non rientrino nell'ambito di applicazione del GDPR.

Il GDPR definisce titolare del trattamento «la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che, singolarmente o insieme ad altri, determina le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali […]» (art. 4 n. 7 GDPR).

L'obbligo di cui all'art. 17, paragrafo 4, della direttiva 790/2019 richiede i massimi sforzi in capo agli ISP coinvolti. L'effettivo onere della decisione sulle tecnologie da implementare è quindi a carico dei fornitori di servizi che a loro volta li qualificano come responsabili del trattamento ai sensi del GDPR.

Si potrebbe sostenere che i meccanismi di filtraggio dovrebbero principalmente riconoscere e confrontare un contenuto protetto dal diritto d'autore caricato da un utente con un *database* avente ad oggetto opere protette ai fini della determinazione circa la possibilità di proseguire nel caricamento o meno. *Prima facie* tale operazione sembrerebbe non richiedere un trattamento dei dati personali. Tuttavia ciò sarebbe vero se fosse possibile determinare che

un contenuto è protetto senza la necessità di ulteriori informazioni che vanno oltre la mera conoscenza del contenuto stesso. Purtroppo non è questa la situazione che ricorre con riferimento alla direttiva *copyright*: nell'ambito del diritto d'autore non è possibile prescindere dal contesto ai fini di una valutazione di lecito utilizzo del contenuto o meno. Infatti il rilevamento automatizzato di parodie, critiche, citazioni e così via è fortemente legato al contesto del contenuto caricato. Anche il luogo, la data e l'ora del caricamento possono essere informazioni necessarie per poter effettuare una corretta valutazione del materiale. In sintesi: affinché i filtri funzionino correttamente tenendo conto di eventuali eccezioni, dovrebbero riconoscere il contesto del caricamento, vale a dire le informazioni relative al contenuto, inclusi i dati personali dell'utente che lo sta caricando. Prendendo ad esempio un estratto di un film, la natura del contenuto caricato può variare a seconda della persona che lo carica: si potrebbe essere davanti a un utente che semplicemente vuole riprodurre la scena, oppure davanti a un critico cinematografico (e pertanto il suo caricamento risulterebbe essere lecito).

Ci si chiede dunque secondo quale base giuridica del GDPR le piattaforme possano legittimamente elaborare questi dati. Queste informazioni, infatti, devono essere considerate dati personali ai sensi dell'art. 4 n. 1 del GDPR[366] e la loro analisi mediante il sistema di filtraggio un trattamento ai sensi dell'art. 4 n. 2[367]. L'art. 6 paragrafo 1 del regolamento richiede che il trattamento sia coperto da una base legale, principio presente anche all'interno della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea all'art. 8 paragrafo 2. È stata suggerita l'idea di basare tale trattamento sul consenso (art. 6 par. 1 lett. a) o renderlo parte dei termini di servizio dei vari *providers* (art. 6 par. 1 lett. b), tuttavia tali soluzioni non sembrano essere soddisfacenti: è difficile che un consenso prestato in questo modo e in questo contesto venga considerato un consenso liberamente dato ai sensi dell'art. 7 GDPR (non essendovi, di fatto, alternative a tale meccanismo in quanto obbligatorio). Rendere tali sistemi di filtraggio parte degli accordi di servizio non risulta convincente allo stesso modo: una siffatta clausola dovrebbe superare il vaglio legale circa la protezione dei consumatori, con il

[366] «dato personale: qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile («interessato»); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo *online* o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale».

[367] «trattamento: qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione».

rischio di essere considerata nulla. Il GDPR inoltre richiede che il trattamento di cui all'art. 6 par.1 sia proporzionato allo scopo legittimo perseguito (art. 6 par. 3 GDPR): si tratta dunque del principio di proporzionalità di cui all'art. 52 paragrafo 1 della Carta[368].

L'unica ipotesi sembrerebbe quella di trovare una spiegazione giuridica sull'esecuzione di un obbligo legale, ossia appunto la direttiva *copyright*. Tuttavia, considerato l'alto rischio di incorrere in responsabilità, le piattaforme di minori dimensioni si ritroverebbero costrette ad appoggiarsi su servizi di trattamento dati elaborati da terzi: solo poche grandi realtà sarebbero in grado di analizzare tali dati, favorendo un sistema di meccanismi di filtro centralizzati.

In ogni caso l'interessato deve essere previamente informato oralmente o per iscritto circa la finalità e modalità del trattamento e qualora il trattamento sia basato sul consenso, ai sensi dell'art. 7, il titolare deve essere in grado di dimostrare che l'interessato ha prestato specificamente il proprio consenso al trattamento dei dati stessi.

Occorre infine presentare un'ultima, ma rilevante, osservazione: spesso, nel corso degli ultimi anni, alcuni titolari dei diritti d'autore hanno agito avendo (o volendo) gli indirizzi IP delle linee telefoniche che danno accesso a internet e dalle quali risulta caricato o scaricato materiale protetto. Un indirizzo IP è un numero che identifica univocamente un dispositivo *host* collegato alla rete informatica. Ogni computer o dispositivo collegato alla rete ha un indirizzo IP diverso. L'indirizzo IP può essere assegnato in modo statico (si assegna all'utente un indirizzo IP predefinito, fisso ed univoco che sarà sempre quello ad ogni connessione, più utilizzato negli ambienti professionali) o dinamico (si assegna un nuovo e diverso indirizzo IP ogni volta che l'utente si connette alla rete, più utilizzato per usi privati).

Che informazioni si possono ricavare da un indirizzo IP? Di per sé un indirizzo IP non dice molto. Si riesce tendenzialmente a localizzare il *device* collegato, individuando la città. E nel caso di un indirizzo IP aziendale, in genere è possibile abbinarlo con un nome commerciale e un indirizzo. Dato personale è qualsiasi informazione concernente una persona fisica identificata o identificabile (art. 4 GDPR), anche indirettamente, oppure informazioni (es. codice fiscale, impronta digitale, traffico telefonico, voce) riguardanti una persona la cui identità può comunque essere accertata mediante informazioni supplementari. Dunque un dato viene considerato personale se consente l'identificazione dell'individuo oppure

[368] M. ENGELER, *Copyright Directive: Does the best effort principle comply with GDPR?*, in *Telemedicus. Recht der Informationsgesellschaft*, 23 marzo 2019, disponibile al *link* www.telemedicus.info/article/3402-Copyright-Directive-Does-the-best-effort-principle-comply-with-GDPR.html
%EF%BB%BF.

se descrive l'individuo in modo tale da consentirne l'identificazione acquisendo altre informazioni. Quindi il dato personale è un concetto dinamico, che va sempre riferito al contesto, nel senso che anche se un'informazione presa singolarmente non è in grado di portare all'identificazione di un soggetto, il fatto che detta informazione possa essere utilizzata per l'identificazione mediante l'incrocio con altri dati ne determina comunque la natura di dato personale. Ed è proprio il criterio dell'identificabilità mediante incrocio di informazioni che fa dell'indirizzo IP un dato personale. La stessa Corte di Giustizia si pone sulla medesima linea[369]. Ciò impedisce ad una azienda di ottenere dall'ISP il nominativo di un soggetto cui è ricollegato un indirizzo IP di cui la medesima azienda è venuta a conoscenza o ha captato mediante *software* antipirateria. Solo l'autorità giudiziaria può, infatti, accedere a tali informazioni. Nonostante ciò, in passato e attualmente molte società si servono di questi *software* ai fini del riconoscimento degli indirizzi IP. Questa strategia è frutto di una tendenza che sempre più aggressivamente cerca di dare effettività all'*enforcement* del diritto d'autore. È chiaro come una navigazione su internet che espone il proprio indirizzo IP non è idonea di per sé a considerare tale indirizzo e tale attività elementi pubblici. L'acquisizione di questi dati si basa spesso su tecnologie implementate da privati particolarmente invasive che possono essere utilizzate da altri privati allo scopo di identificare quegli utenti che utilizzerebbero materiale protetto senza la relativa autorizzazione. Per quanto concerne la qualificazione dell'indirizzo IP infatti il GDPR al considerando 30 stabilisce che «Le persone fisiche possono essere associate a identificativi *online* prodotti dai dispositivi, dalle applicazioni, dagli strumenti e dai protocolli utilizzati, quali gli indirizzi IP, marcatori temporanei (*cookies*) o identificativi di altro tipo, quali i *tag* di identificazione a radiofrequenza. Tali identificativi possono lasciare tracce che, in particolare se combinate con identificativi univoci e altre informazioni ricevute dai *server*, possono essere utilizzate per creare profili delle persone fisiche e identificarle».

Sulla qualificazione degli indirizzi IP dinamici di dati personali era intervenuta la Corte di Giustizia con la famosa sentenza *Patrick Breyer c. Bundesrepublik Deutschland*[370]. Si tratta di una pronuncia intervenuta precedentemente all'entrata in vigore del GDPR, ma che va a colmare, nell'ottica dell'entrata in vigore del regolamento, una lacuna non indifferente in materia di protezione dei dati personali. Nel caso di specie la Repubblica Federale Tedesca raccoglie gli indirizzi IP degli utenti che navigano i suoi siti governativi. Patrick Breyer, membro del

[369] v. Sentenza della Corte di Giustizia, Seconda Sezione, C-582/14, *Patrick Breyer v Bundesrepublik Deutschland*, 19 ottobre 2016

[370] *Patrick Breyer c. Bundesrepublik Deutschland*, causa C-582/14, cit.

Parlamento dello *Schleswig-Holstein* (stato federato della Germania), aveva presentato un'azione inibitoria con l'intento di ottenere la condanna della Repubblica federale di Germania ad astenersi dal rilevare e conservare i suoi indirizzi IP al termine delle sessioni di consultazione dei siti *web* accessibili al pubblico gestiti dai servizi federali tedeschi, fatta eccezione per quelle ipotesi in cui la memorizzazione non fosse stata necessaria, in caso di guasto, al ripristino della disponibilità del servizio di telecomunicazione. La questione arrivò dinanzi al *Bundesgerichtshof*, il quale sospese il procedimento sottoponendo ai giudici di Lussemburgo due quesiti: a) se gli indirizzi IP dinamici possono essere considerati dati personali e b) la legittimità di un eventuale trattamento dei dati personali di un utente senza il suo consenso al fine di perseguire un interesse legittimo del fornitore di servizi di media online. secondo Breyer, occorre il consenso dell'utente per raccogliere e conservare l'IP. La Corte tedesca sostiene però che solo il *provider* può identificare l'utente, e non il gestore del sito. La dottrina e la giurisprudenza sono sempre state restie nell'identificare l'indirizzo IP dinamico come dato personale.

Nel caso di specie la corte ritiene necessario verificare se un indirizzo IP, registrato da un fornitore, possa essere qualificato come informazione riferita a una "persona fisica identificabile", qualora le informazioni aggiuntive necessarie per identificare l'utente di un sito internet che detto fornitore di servizi rende accessibile al pubblico siano detenute dal fornitore di accesso a internet dell'utente medesimo. Qui la Corte arriva a concludere che un IP dinamico costituisce un dato personale ai sensi dell'art. 2 lettera a) della direttiva 95/46 se il fornitore di servizi di media *online* dispone dei mezzi giuridici che gli consentono di far identificare la persona interessata mediante le informazioni aggiuntive in possesso del terzo, fornitore di accesso ad internet della stessa. Anche se l'indirizzo IP dinamico è dunque da considerarsi un dato personale, i gestori dei siti *web* sono autorizzati al trattamento degli stessi in assenza di un consenso per motivi di sicurezza. Perciò la raccolta degli IP non è ammessa per fini diversi, quali ad esempio il contrasto alle violazioni del *copyright*, non rientrando nei legittimi interessi.

Occorre fare un'ultima precisazione relativamente a questa strategia di rilevamento degli indirizzi IP con l'obiettivo di identificare i convenuti in causa per violazione del *copyright*: un indirizzo IP identifica il computer collegato ad internet, e non chi, precisamente, utilizza quel computer in quel momento. Pertanto tale metodo di ricerca del soggetto che pone in essere l'attività lesiva risulta lacunoso. Sul punto tuttavia è intervenuta di recente la Corte di

Giustizia con la sentenza *Bastei Lübbe GmbH & Co. KG c. Michael Strotzer*[371].

Si tratta di un recente caso che merita menzione. Il tema concerne il bilanciamento di interessi contrapposti. Da una parte infatti vi è la tutela del diritto al rispetto della vita provata, dall'altra quella dei diritti di proprietà intellettuale e del ricorso effettivo. La Bastei Lübbe è una società tedesca di produzione di fonogrammi, titolare dei diritti d'autore e diritti connessi su un audiolibro. Il giorno 8 maggio 2010 tale audiolibro risulta essere stato condiviso su una piattaforma internet P2P tramite una connessione internet intestata a Michael Strotzer.

Dopo aver intimato invano in via stragiudiziale la cessazione della condotta lesiva, la Bastei Lübbe agì in giudizio contro Strotzer dinanzi al Tribunale circoscrizionale di Monaco. Il giudice tedesco in primo grado respinse la richiesta di risarcimento dei danni avanzata dalla Bastei Lübbe in ragione del fatto che non si poteva ritenere Strotzer responsabile della violazione del diritto d'autore lamentata, avendo questi asserito che i suoi genitori potevano anch'essi accedere e utilizzare la medesima connessione. In appello, il Tribunale del Land di Monaco I richiama il filone interpretativo del *Bundesgerichtshof* (Corte federale di giustizia)[372], per cui non può ritenersi responsabile del comportamento illecito il titolare di una connessione Internet mediante la quale è stata posta in essere una violazione del *copyright*, ogniqualvolta egli indichi (senza la necessità di fornire ulteriori dettagli) che alla stessa connessione abbia accesso anche un suo familiare: l'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (tutela della vita privata e familiare) impedirebbe al titolare dei diritti lesi di ottenere ulteriori precisazioni quanto alla modalità e ai tempi in cui tale connessione

---

[371] Sentenza della Corte di Giustizia, Terza Sezione, *Bastei Lübbe GmbH & Co. KG c. Michael Strotzer*, causa C-149/17, 18 ottobre 2018, disponibile al *link*: www.medialaws.eu/wp-content/uploads/2019/02/Bastei-Lubbe.pdf.

[372] La normativa tedesca di riferimento è l'articolo 97 della legge sul diritto d'autore e sui diritti connessi (*Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Urheberrechtsgesetz*) del 9 settembre 1965, come modificato dalla legge del 1° ottobre 2013, il cui testo così recita: "1. Chiunque illegittimamente leda il diritto d'autore o un altro diritto tutelato in base alla presente legge può essere chiamato dal danneggiato a rimuovere il danno o, in caso di pericolo di reiterazione, può essere assoggettato ad azione inibitoria. Il diritto di ottenere un provvedimento inibitorio può essere rivendicato anche quando sorga per la prima volta un pericolo d'infrazione. 2. Chiunque agisca dolosamente o colposamente è tenuto a risarcire al danneggiato il danno che ne deriva. In sede di determinazione del risarcimento è possibile tener conto anche dell'utile conseguito con la violazione dall'autore della stessa. Il diritto al risarcimento del danno può essere calcolato anche sulla base dell'importo che l'autore della violazione avrebbe dovuto versare come adeguato compenso qualora avesse richiesto l'autorizzazione all'esercizio del diritto leso. Autori, redattori di pubblicazioni scientifiche (articolo 70), fotografi (articolo 72) e artisti interpreti o esecutori (articolo 73) possono chiedere un risarcimento economico secondo equità anche per un danno non patrimoniale". Secondo la giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* l'attore ha l'onere di provare la violazione del diritto d'autore commessa; inoltre la Corte federale di giustizia considera sussistente una presunzione di violazione quando il titolare della connessione internet non può indicare altre persone che potevano avervi accesso al momento della violazione. Se, tuttavia, la connessione internet non era sufficientemente protetta o era consapevolmente messa a disposizione di altre persone, tale presunzione di colpa del titolare di detta connessione viene meno.

è stata utilizzata. Una forzatura nell'ottenimento di dette informazioni rischierebbe di ledere il diritto alla vita privata e familiare. Arrivato a queste conclusioni, il giudice d'appello formulò questione di rinvio pregiudiziale alla CGUE[373]. La Corte di Giustizia ha così rilevato che la disciplina tedesca, così interpretata dal giudice nazionale, sarebbe contraria alla direttiva 29/2001 e 48/2004 in quanto tale interpretazione non garantirebbe sufficiente tutela dei diritti di proprietà intellettuale. L'obiettivo delle direttive è infatti quello di «assicurare un livello elevato, equivalente ed omogeneo di protezione della proprietà intellettuale nel mercato interno»[374]. Inoltre «[u]n quadro giuridico armonizzato in materia di diritto d'autore e di diritti connessi, creando una maggiore certezza del diritto e prevedendo un elevato livello di protezione della proprietà intellettuale, promuoverà notevoli investimenti in attività creatrici ed innovatrici, 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»[375]. La domanda in esame si concentrava in particolare sugli artt. 8 e 3 della direttiva 29/2001 e 3 della direttiva 48/2004. Tra le misure di ricorso che gli Stati membri devono definire vi è anche l'obbligo di non rendere irragionevolmente oneroso o inaccessibile l'onere della prova che grava sul soggetto leso[376]. La Corte di Giustizia ha così rilevato che non può essere condivisa l'interpretazione della norma tedesca fornita dai giudici nazionali in quanto rende di fatto impossibile l'identificazione dell'autore della violazione (nonché l'assolvimento dell'onere della prova dell'attore), comportando lesione dei

[373] Questioni pregiudiziali del Tribunale regionale di Monaco di Baviera I, Germania (Landgericht München I): 1) Se l'articolo 8, paragrafi 1 e 2, in combinato disposto con l'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29/CE, debba essere interpretato nel senso che sussistono "sanzioni efficaci e dissuasive" contro le violazioni del diritto di messa a disposizione del pubblico di un'opera anche nel caso in cui si escluda la responsabilità per danni del titolare di una connessione internet, attraverso la quale sono avvenute violazioni del diritto d'autore mediante condivisione di file, qualora questi indichi almeno un familiare che, oltre a lui, abbia avuto accesso a tale connessione, senza fornire ulteriori dettagli, rilevati con specifiche indagini, circa il momento e la natura dell'utilizzo di internet da parte di detto familiare. 2) Se l'articolo 3, paragrafo 2, della direttiva 2004/48/CE debba essere interpretato nel senso che sussistono "misure effettive finalizzate al rispetto dei diritti di proprietà intellettuale" anche nel caso in cui si escluda la responsabilità per danni del titolare di una connessione internet, attraverso la quale sono avvenute violazioni del diritto d'autore mediante condivisione di file, qualora questi indichi almeno un familiare che, come lu, avesse accesso a tale connessione, senza fornire ulteriori dettagli, rilevati con specifiche indagini, circa il momento e la natura dell'utilizzo di internet da parte di tale familiare. v. GIACCARDI AVOCATS, *Responsabilità del titolare di una connessione Internet per mezzo della quale sono state commesse violazioni del diritto d'autore*, in http://giaccardi-avocats.com/it/, 19 ottobre 2018.
[374] Considerando 10 dir. 2004/48/CE.
[375] Considerando 4 dir. 2001/29/CE.
[376] v. anche art. 47 Carta di Nizza.

diritti d'autore e del diritto a un ricorso effettivo[377].

### 3.3.5 Diritto d'autore *e* giusto equilibrio tra diritti fondamentali

Sono ormai passati diversi anni dalla consacrazione dell'applicazione orizzontale dei diritti fondamentali (*Drittwirkung*) esteso anche al panorama normativo sul *copyright* con la sentenza *Promusicae*[378]. Libertà di espressione, libertà d'impresa, diritto alla vita privata e alla protezione dei dati personali sono stati richiamati in un'ottica di giusto bilanciamento anche nel campo delle misure poste a tutela del diritto d'autore, ivi comprese le disposizioni volte e individuare il regime di responsabilità da applicare agli ISP. Dalla loro prima menzione nel caso *Metronome Music*[379], la giurisprudenza della CGUE ha subito un'evoluzione che può essere sintetizzata in quattro fasi[380].

Come illustrato da C. Sganga, con la prima fase (1998-2008; casi *Metronome Music*, *Laserdisken*[381]) si assiste ad una prima introduzione di un procedimento volta alla valutazione della proporzionalità composto da due passaggi (il primo volto a soppesare i vari diritti fondamentali, il secondo volto a vagliare la validità della misura).

La seconda fase (2008-2013) vede l'epicentro nel caso *Promusicae*, ove la CGUE impone agli Stati membri una attuazione delle direttive adottando una lettura idonea a consentire il raggiungimento di un equilibrio tra i vari diritti fondamentali, così come richiesto dal considerando 31 della direttiva InfoSoc. «*The second – a step forward compared to the InfoSoc preamble – asks national authorities and courts to use fundamental rights as interpretative tools to ensure that national measures transposing EU directives are read in line with fundamental rights and other general principles of*

---

377 Cfr. anche G. D'AMMASSA, *Corte di Giustizia Europea: il titolare di una connessione internet non può esonerarsi dalla responsabilità indicando un familiare*, in *DirittoDautore.it*, 22 ottobre 2018, disponibile al *link* www.dirittodautore.it/news/sentenzenews/corte-di-giustizia-europea-il-titolare-di-una-connessione-internet-non-puo-esonerarsi-dalla-responsabilita-indicando-un-familiare/; P. TEN THIJE, *Bastei Lübbe: "Fundamental Rights as a defence to circumvent enforcement of Copyright protection? No!", says CJEU*, in *Kluwer Copyright Blog*, 11 febbraio 2019, disponibile al *link* http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/02/11/bastei-lubbe-fundamental-rights-as-a-defence-to-circumvent-enforcement-of-copyright-protection-no-says-cjeu/; F. ROTOLO, *Diritto alla vita privata e tutela della proprietà intellettuale: un bilanciamento ponderato tra gli interessi in gioco*, in *MediaLaws*, 10 marzo 2019, disponibile al *link* www.medialaws.eu/la-tutela-dei-diritti-di-proprieta-intellettuale-nel-bilanciamento-con-il-diritto-al-rispetto-della-vita-privata/#_ftnref8.

378 C-275/06, *Promusicae c. Telefonica de Espana* (SAU), cit.

379 Sentenza della Corte di Giustizia, *Metronome Music GmbH v Music Point Hokamp GmbH*, Case C-200/96, 28 aprile 1998.

380 Come sottolineato da C. SGANGA, *A Decade of Fair Balance Doctrine, and How to Fix It: Copyright Versus Fundamental Rights Before the CJEU from Promusicae to Funke Medien, Pelham and Spiegel Online*, in *Intellectual Property Review* (n.11/2019), 1 agosto 2019, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3414642.

381 Sentenza della Corte di Giustizia, *Laserdisken ApS v Kulturministeriet*, Case C-479/04, 12 settembre 2006.

*Community law*»[382], principio che segnò il debutto del *Drittwirkung* nella normativa sul diritto d'autore europea[383].

La terza fase (2013-2018) vede la CGUE chiarire il frammentato filone giurisprudenziale che si era andato lentamente delineando negli anni precedenti. L'occasione fu colta nel caso *Sky Österreicht*[384], che consentì lo sviluppo e il consolidamento della dottrina sugli effetti orizzontali dei diritti fondamentali. La Corte sfruttò l'occasione per introdurre due nuovi importanti elementi, chiarendo da un lato i limiti alle libertà fondamentali e, dall'altro, ha introdotto un'analisi in due fasi. La prima concerne una valutazione sulla incidenza delle disposizioni sull'essenza delle libertà fondamentali; la seconda valuta invece la proporzionalità dell'interferenza considerando vari elementi tra cui: a) lo scopo legittimo della misura; b) la sua adeguatezza per il raggiungimento di tale scopo; c) la sua necessità (ossia l'impossibilità di ricorrere a una misura meno invasiva) e d) la sua proporzionalità (ossia se la misura è riuscita a raggiungere un equilibrio tra le libertà fondamentali in gioco).

La Corte ricorse all'utilizzo dei medesimi criteri anche nel caso *Telekabel*[385], nonostante sia stato seguito un passaggio meno dettagliato e rigoroso rispetto a *Sky Österreicht*. Con *Coty Germany v Stadtsparkasse*[386] si fece un ulteriore passo avanti specificando che una misura che integra violazione di un diritto tutelato nella Carta debba essere considerata come non rispettosa del requisito del giusto bilanciamento. Seguirono poi i due celebri casi *GS Media*, *Renkhoff*[387] e *Deckmyn*[388]. Tuttavia in nessuna di queste decisioni la Corte diede una risposta definitiva sui limiti del *Drittwirkung*, lasciando spazio a interpretazioni diverse nei vari ordinamenti nazionali. Da qui prende avvio la quarta fase, dedicata proprio all'individuazione di questi confini.

Merita menzione una recente sentenza relativa al caso *Spiegel Online*[389], in cui Volker Beck,

---

[382] C. SGANGA, *A Decade of Fair Balance Doctrine, and How to Fix It: Copyright Versus Fundamental Rights Before the CJEU from Promusicae to Funke Medien, Pelham and Spiegel Online*, cit., 3.

[383] Tuttavia è stato sottolineato come «*the Court would have needed to formulate clear balancing criteria, and to apply them consistently in subsequent decisions. Instead, the decisions that followed added only side clarifications, and provided assessments that were mostly factual and backed by a dry and concise reasoning*», *ibid.*

[384] Sentenza della Corte di Giustizia, *Sky Österreich GmbH contro Österreichischer Rundfunk*, Causa C-283/11, 22 gennaio 2013.

[385] Case C-314/12, *UPC Telekabel Wien GmbH v Constantin Film Verleih GmbH and Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*, cit.

[386] Sentenza della Corte di Giustizia, *Coty Germany GmbH contro Parfümerie Akzente GmbH*, Causa C-230/16, 6 dicembre 2017.

[387] C-160/15 *GS Media BV v Sanoma Media Netherlands BV and Others*, cit.; C-161/17, *Land Nordrhein-Westfalen contro Dirk Renckhoff*, 7 agosto 2018.

[388] Sentenza della Corte di Giustizia, *Johan Deckmyn e Vrijheidsfonds VZW contro Helena Vandersteen e a.*, Causa C-201/13, 3 settembre 2014.

[389] Sentenza della Corte di Giustizia, *Spiegel Online GmbH contro Volker Beck*, Causa C-516/17, 29 luglio 2019.

politico tedesco, accusò un quotidiano di aver pubblicato *online* un suo manoscritto, mentre l'editore riteneva di aver pubblicato una versione rielaborata dell'opera. In risposta Beck pubblicò la versione originale del manoscritto per dimostrare quanto da lui sostenuto. La reazione del *Spiegel* fu quella di inserire un *link* a tale opera originale per confermare la propria posizione.

Nel caso di specie la Corte di Giustizia ha chiarito che la libertà di informazione e di stampa (art. 11 della Carta) non possono giustificare, al di fuori delle eccezioni e limitazioni previste dalla direttiva InfoSoc, una deroga ai diritti esclusivi di riproduzione e di comunicazione al pubblico dell'autore. Eccezioni che devono essere inserite in un necessario bilanciamento alla luce anche del *three step test* e che non possono trovare, nei diritti fondamentali, ambiti applicativi eccedenti la portata dell'art. 5 direttiva InfoSoc, il tutto ribadendo che il *copyright* non ha carattere assoluto e inviolabile. La quarta fase sembra concentrarsi sulla necessità di evitare di fissare limiti troppo rigidi al funzionamento dei diritti fondamentali all'interno del contesto europeo relativo al *copyright*. Nonostante i recenti casi dunque, il panorama risulta ancora frammentato: manca un unitario e dettagliato orientamento sul giusto bilanciamento tra diritti fondamentali.

All'interno di questo contesto si inserisce il delicato rapporto tra *enforcement* del diritto d'autore e tutela della libertà di informazione e libertà d'impresa. Attraverso l'imposizione al *provider* dell'adozione di filtri di riconoscimento automatico dei contenuti illeciti si chiede loro non solo di rimuovere eventuale materiale protetto presente nei loro *server* ma anche di impedirne nuovamente il caricamento in futuro. Questo può comportare il blocco dell'accesso a vari siti e contenuti, nonché l'errata impossibilità di caricamento di materiali o notizie.

Come già ricordato, in *Scarlet c. SABAM* la CGUE ha stabilito che osta alla normativa europea l'imposizione a un fornitore di accesso a internet della predisposizione di un *software* di filtraggio dei contenuti che transitano sui suoi *server* qualora questo estenda le proprie funzionalità a tutta l'utenza del *provider*, a titolo preventivo, senza limiti di tempo e a spese del *provider* stesso. Un'ingiunzione che dovesse imporre tale predisposizione sarebbe in netto contrasto con l'art. 15 della direttiva e-commerce. Tale tecnologia, essendo rivolta anche alla prevenzione, dovrebbe esplicare le sue funzionalità anche con riferimento alle opere future, ossia opere che non sono ancora state realizzate nel momento in cui il *software* di riconoscimento automatico dei contenuti è stato predisposto e adottato.

È stato rilevato inoltre come tale obbligo si ponga in contrasto con la libertà d'impresa in

quanto imporrebbe ai *providers* la predisposizione di un sistema informatico notoriamente complesso e costoso, il tutto a spese esclusive del *provider* stesso e che dovrà permanere a tempo indeterminato (aggiungendovi dunque anche i relativi costi di manutenzione e aggiornamento).

Tale imposizione sarebbe dunque in contrasto con quanto disposto dall'art. 3 della direttiva *enforcement*[390], il quale richiede che «1. Gli Stati membri definiscono le misure, le procedure e i mezzi di ricorso necessari ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale di cui alla presente direttiva. Tali misure, procedure e mezzi di ricorso sono leali ed equi, non inutilmente complessi o costosi e non comportano termini irragionevoli né ritardi ingiustificati. 2. Le misure, le procedure e i mezzi ricorso sono effettivi, proporzionati e dissuasivi e sono applicati in modo da evitare la creazione di ostacoli al commercio legittimo e da prevedere salvaguardie contro gli abusi».

Presumibilmente, inoltre, i costi relativi alla predisposizione di tali *software* potranno essere sopportati solo dalle grandi realtà (ad esempio YouTube già possiede un *software* analogo, il *Content ID*), e sebbene ciò non sia richiesto alle piccole realtà, è anche vero che nel momento del passaggio dimensionale queste si ritroverebbero ad affrontare costi elevati in un contesto concorrenziale nettamente sfavorevole.

A ciò si aggiunga il rischio per i diritti degli utenti: non solo il loro diritto alla tutela dei dati personali, ma anche la libertà di ricevere comunicazioni nonché la libertà di espressione.

Ipotizzando l'utilizzo diffuso di *software* di riconoscimento automatico dei contenuti, si può ben comprendere l'impatto che questi possono avere non solo nella possibilità di accedere a informazioni che possono essere (erroneamente) rese inaccessibili o impossibilitate al caricamento, ma rileva anche la possibilità stessa di divulgare informazioni, a causa ad esempio del mancato positivo passaggio al vaglio del *software*[391]. Certo, la direttiva ricorda a più riprese la vigenza delle eccezioni e limitazioni (ad aggiungersi una particolarità: citazione, critica e recensione, utilizzi a scopo di caricatura parodia o pastiche. Da facoltativa diventa obbligatoria l'introduzione delle eccezioni di cui alle lettere d) e k) dell'articolo 5 comma 3 direttiva InfoSoc[392]). Per ovviare alle problematicità che possono sorgere in tema di libertà

---

[390] Direttiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale.

[391] Si pensi al caso, tra i tanti, dei video caricati su YouTube conosciuti con il nome di *BattleBots*, concernenti combattimenti tra robot, rimossi in quanto scambiati dall'algoritmo per video che riportavano violenza sugli animali.

[392] «Potrebbe esserci qualche problema interpretativo se si paragona il dettato di questa norma alla dir. 29: non tanto sulla lettera k) (il cui testo è uguale), quanto sulla lettera d). Sono infatti rilevabili le seguenti differenze: i) nella dir. 29 critica e rassegna sono esempi di citazioni, mentre nella direttiva de qua sono collocati

d'espressione viene previsto all'art. 17 paragrafo 9 un nuovo obbligo per gli *o.c.s.s.p.*: l'implementazione di meccanismi, che devono essere celeri ed efficaci, in caso di controversie in merito alla disabilitazione dell'accesso a, o alla rimozione di, specifiche opere o altri materiali da essi caricati.

È previsto inoltre che ove i titolari dei diritti richiedano la disabilitazione dell'accesso a loro specifiche opere o altri materiali, o che tali opere o altri materiali siano rimossi, ne debbano indicare debitamente i motivi posti alla base della loro richiesta. Le eventuali contestazioni sollevate dagli utenti dovranno essere trattate senza ingiustificati ritardi, specificando che le decisioni volte alla disabilitazione di accessi o rimozione di contenuti saranno sottoposte a verifica umana. L'esclusione dell'automaticità, di per sé difficilmente realizzabile nella realtà fattuale, resta in ogni caso paralizzata dall'esenzione di responsabilità ai sensi del paragrafo 4. Sorge dunque il dubbio se tale scelta sia stata una svista o un sacrificio pensato e voluto dal legislatore comunitario per ripiegare su una maggiore speditezza dei procedimenti. Chiaro che, anche ammettendo questa seconda ipotesi, ciò obbligherebbe gli utenti ad attivarsi (per chi avrà tempo e risorse per avanzare reclami nei confronti dei grandi di Internet), inibendo inevitabilmente la libertà di espressione degli utenti.

### 3.3.6 La nuova fattispecie del diritto di comunicazione al pubblico e la responsabilità dell'*o.c.s.s.p.*

Altro punto cruciale della direttiva recentemente approvata è rappresentato dalla definizione di comunicazione al pubblico che pare emergerne. Il diritto di comunicazione al pubblico trova la propria sede nel dettato normativo della direttiva 29/2001 all'art. 3[393], il cui testo

---

sullo stesso piano e quindi, parrebbe, con autonomia concettuale reciproca; ii) secondo la dir. 29, devono riguardare materiali già messi legalmente a disposizione del pubblico; iii) secondo la dir. 29, deve indicarsi la fonte, incluso il nome dell'autore, salvo il caso di impossibilità; iv) secondo la dir. 29, le citazioni vanno fatte conformemente ai buoni usi; v) secondo la dir. 29, le citazioni devono essere limitate a quanto giustificato dallo scopo specifico. Le prescrizioni, di cui alle lettere da ii) in poi, mancano invece nella dir. de qua: almeno nel suo dettato. Per cui o la si integra interpretandola alla luce della dir. 29 (ipotesi probabile) oppure le discipline saranno diverse: ma questa differenza, a seconda che si ricada o meno nella direttiva de qua, mi pare non troverebbe plausibile giustificazione» così L. ALBERTINI, *La modifica al diritto d'autore europeo per tener conto del contesto digitale: note sugli artt. 11 (diritto degli editori) e13 (responsabilità dei provider) della bozza di direttiva UE nel febbraio 2019, uscita dalla fase c.d. trilogui*, cit.

[393] «Diritto di comunicazione di opere al pubblico, compreso il diritto di mettere a disposizione del pubblico altri materiali protetti: 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. 2. 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

presenta una mancanza nella definizione del concetto, optando per una formula passibile di diverse interpretazioni circa la fattispecie in esame. Occorre dunque, *in primis*, analizzare la giurisprudenza in materia di comunicazione al pubblico per poter, poi, comprendere la particolarità della decisione presa recentemente in sede europea.

Un primo noto caso in tema è rappresentato dalla sentenza *Svensson et al c. Retriever Sverige AB*[394]. Il caso prende avvio dal rinvio pregiudiziale presentato dalla Corte d'appello di Svea nell'ambito di una controversia, sorta in Svezia, tra gli autori di alcuni articoli di giornale pubblicati sul sito *web* di uno dei principali quotidiani svedesi (*Göteborgs-Posten*) e il gestore di un sito *web* contenente i *link* ai suddetti articoli[395]. I titolari dei diritti avevano citato in giudizio il gestore del sito per l'attività posta in essere da quest'ultimo, ossia una comunicazione al pubblico consistente nell'aver inserito nel proprio sito *link* che reindirizzavano alle pagine interne del sito del quotidiano svedese ove erano contenuti i loro articoli, senza passare per l'*home page* (c.d. *deep linking*).

Con il rinvio pregiudiziale la corte chiese alla CGUE se a) tale ipotesi integri violazione dell'art. 3 direttiva InfoSoc b) ha rilevanza la presenza o meno di eventuali restrizioni di accesso al sito e ai relativi articoli e c) il *deep linking* ingeneri negli utenti l'impressione di non essere reindirizzati su un altro sito ma di rimanere sul sito di partenza ospitante i *link* ai vari articoli.

Nel caso di specie la CGUE chiarì innanzitutto che affinché si possa avere una comunicazione al pubblico è necessaria la compresenza di due requisiti: l'atto di comunicazione di un'opera protetta ed il fatto che tale comunicazione sia rivolta ad un pubblico. Inoltre, affinché si possa parlare di pubblico è necessario che la comunicazione sia rivolta ad un numero sufficientemente ampio di persone[396]. Nel caso di specie la Corte concluse che non costituisce violazione dei diritti di comunicazione al pubblico l'inserimento all'interno di un sito *web* di *link* ad opere messe a disposizione dai titolari dei diritti d'autore su un altro sito *web* privo di restrizioni all'accesso. Infatti, per potersi avere "utilizzazione secondaria"

---

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. 3. 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».

[394] Sentenza della Corte di Giustizia, *Svensson et al c. Retriever Sverige AB*, C-466/12, 13 febbraio 2014.

[395] GIANNI, ORIGONI, GRIPPO, CAPPELLI & PARTNERS, *Linking e diritto d'autore - La sentenza Svensson e altri contro Retriever Sverige AB della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sul linking ad opere dell'ingegno messe a disposizione su Internet*, in www.gop.it (Proprietà intellettuale, IT e Media), marzo 2014.

[396] Sul punto v. sentenze SGAE par. 38; SCF par. 84; PPI par. 33; TV Catch Up par. 32; Svensson par. 21; OSA par. 27; GS Media par. 36; Filmspeler par. 45; Zürs.net par. 24; The Pirate Bay parr. 27, 42.

dell'opera (e dunque soggetta alla preventiva autorizzazione), il *link* deve consentire l'accesso dell'opera ad un "pubblico nuovo", ossia ad un pubblico ulteriore rispetto agli utenti cui si rivolgeva la messa a disposizione primaria dell'opera (nel caso di specie non vi erano restrizioni di accesso al sito degli autori, per cui il pubblico è rappresentato da tutti gli internauti)[397].

Detti principi vengono confermati dalla Corte di Giustizia nel caso *BestWater International GmbH contro Michael Mebes e Stefan Potsch*[398], con ordinanza pronunciata all'esito di un rinvio pregiudiziale formulato dal *Bundesgerichtshof*. *BestWater*, una società tedesca che produce e commercia filtri per l'acqua, aveva pubblicato a scopo promozionale sul proprio sito un video concernente l'inquinamento acquifero. Un terzo aveva pubblicato tale video su YouTube. Mebes e Potsch, due soggetti che lavoravano per un'azienda concorrente di BestWater, avevano poi inserito nel proprio sito un *link* al video pubblicato su YouTube, facendo ricorso alla tecnica del "*framing*" (inserendo direttamente nel proprio sito una finestra nella quale era possibile visionare il video caricato su YouTube).

BestWater citò in giudizio Mebes e Potsch, contestando una comunicazione al pubblico del video protetto da diritto d'autore senza la sua autorizzazione. Nel caso di specie ci si chiese se anche qualora l'opera fosse reperibile presso il pubblico possa essere integrata la violazione del diritto di comunicazione al pubblico.

La Corte nel caso di specie richiama quanto detto nella sentenza *Svensson*. Aggiunge poi che affinché si abbia una comunicazione al pubblico è necessario che l'opera protetta venga comunicata a) mediante una modalità tecnica diversa da quella originaria, oppure b) ad un pubblico nuovo. Nell'attività di *linking* non si ha una comunicazione effettuata con una modalità tecnica differente e non si ha un nuovo pubblico quando l'opera oggetto di rinvio sia già liberamente accessibile per la totalità degli utenti della rete. Tuttavia la Corte omette di esaminare a fondo la fattispecie, in particolare il caso in cui tale materiale fosse stato reso accessibile al pubblico senza l'autorizzazione del titolare.

Tale questione viene risolta nel caso *GS Media*[399], con parti attrici la Sanoma Media Netherlands BV, società editrice della rivista Playboy nei Paesi Bassi, la Playboy Enterprises International Inc. e la modella Britt Geertruida Dekker, e parte convenuta GS Media BV, società

---

[397] v. SGAE parr.40, 42; FAPL par. 197, OSA par. 31; Svensson par. 24; Reha Training par. 45; GS Media par. 37; Filmspeler par. 47; The Pirate Bay par. 28.

[398] Ordinanza della Corte di Giustizia, *BestWater International GmbH contro Michael Mebes e Stefan Potsch*, C-348/13, 21 ottobre 2014.

[399] Sentenza della Corte di Giustizia, *GS Media BV contro Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker*, C-160/15, 8 settembre 2016.

di gestione del sito internet *GeenStijl*. Quest'ultima veniva accusata di aver inserito nel proprio sito un *link* che rinviava ad una pagina *web* contenente alcune foto della modella Britt Dekker senza l'autorizzazione dei titolari dei diritti d'autore. Sul punto la Corte rileva come per un soggetto che vuole inserire un *link* nel proprio sito è *de facto* ragionevolmente impossibile sapere se la pagina *web* a cui il *link* riconduce abbia o meno l'autorizzazione necessaria a pubblicare l'opera protetta dal diritto d'autore. Tuttavia la Corte aggiunge che quando l'autore del *link* sa o dovrebbe sapere, ad esempio perché comunicatogli dal titolare dei diritti o perché persegue uno scopo di lucro, che la pagina oggetto del rinvio contiene materiale pubblicato in violazione del diritto d'autore, l'attività di *linking* deve considerarsi comunicazione al pubblico ai sensi dell'art. 3 della direttiva 2001/29/CE: in questo caso è lecito secondo la Corte aspettarsi che vengano svolte le indagini necessarie ad accertare se l'opera a cui il *link* rinvia sia stata pubblicata con le relative autorizzazioni. Permane il requisito del pubblico nuovo in ogni caso.

Infine un noto caso in cui la Corte ha contribuito ulteriormente a riempire di significato la nozione di comunicazione al pubblico fu il celebre caso *The Pirate Bay*[400]. In questo caso infatti la CGUE sviluppò ulteriormente la nozione di comunicazione al pubblico di cui all'art. 3(1) direttiva InfoSoc chiarendo in base a quali criteri gli operatori di una piattaforma *online* senza licenza sono responsabili della violazione del *copyright*. Infatti nel complesso le conclusioni della Corte non risultano applicabili al solo scenario di *The Pirate Bay*, ma anche a diversi tipi di piattaforme *online*. La domanda pregiudiziale fu proposta dalla Corte Suprema olandese e nacque dalla controversia sorta tra la Stichting Brein, una fondazione a tutela a tutela degli interessi dei titolari di diritti di *copyright*, e Ziggo e XS4ALL, fornitori di accesso a internet. Stichting Brein aveva chiesto ai due *providers* di bloccare l'accesso al sito The Pirate Bay, un motore per la condivisione di *file* P2P (*peer-to-peer*): il sito gestisce un sistema mediante il quale i metadati delle opere protette presenti sui computer degli utenti vengono indicizzati e classificati per gli utenti, in modo che questi possano tracciare, caricare e scaricare le opere protette. Accolta in primo grado, la domanda di Stichting Brein fu respinta in appello, partendo dall'assunto che sarebbero gli utenti a violare il *copyright* e non il sito The Pirate Bay. Così la Corte Suprema olandese sottopose alla CGUE due quesiti: a) se un sito *web* che mette a disposizione non direttamente opere protette ma un sistema di indicizza-

[400] Sentenza della Corte di Giustizia, *Stichting Brein v Ziggo BV and XS4All Internet BV*, C-610/15, 14 giugno 2017. Per maggiori dettagli v. E. ROSATI, *The CJEU Pirate Bay Judgment and Its Impact on the Liability of Online Platforms* (July 21, 2017). European Intellectual Property Review, Forthcoming. Disponibile su SSRN: https://ssrn.com/abstract=3006591; F. MERLA, *Diffusione abusiva di opere in internet e sequestro preventivo del sito web: il caso "The Pirate Bay"*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, 448, p. 450.

zione e classificazione per gli utenti di dette opere possa integrare un'ipotesi di comunicazione al pubblico ai sensi dell'articolo 3(1) della direttiva Infosoc 2) in caso di risposta negativa al primo quesito, se l'articolo 8(3) della Infosoc permette la possibilità di ingiungere il sito che facilita l'accesso ad opere protette. La Corte iniziò la sua analisi facendo riferimento al carattere preventivo del diritto di comunicazione al pubblico[401] e alla necessità di garantire un livello elevato di protezione del diritto d'autore, in linea con gli obiettivi perseguiti dalla legislazione dell'UE al momento dell'adozione della direttiva InfoSoc. Ha poi osservato come il concetto di comunicazione al pubblico richieda una valutazione caso per caso. Il diritto di comunicazione al pubblico è composto da due elementi fondamentali: a) la comunicazione di un'opera (che non richiede necessariamente anche l'effettiva trasmissione di essa) b) ad un pubblico.

La Corte richiama poi la più recente giurisprudenza (*Svensson, BestWater, GSMedia, Filmspeler*[402]), arrivando a concludere che «in linea di principio, ogni atto con cui un utente dà, con piena cognizione di causa, accesso ai suoi clienti ad opere protette può costituire un «atto di comunicazione», ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29»[403]. La corte ritiene che non vi sia dubbio alcuno sul fatto che si sia in presenza di un atto di comunicazione al pubblico. Il problema però è comprendere se i gestori della piattaforma possano essere considerati responsabili.

Per quanto concerne la prima questione sottoposta alla Corte, essa rileva come i materiali messi a disposizione sul sito *The Pirate Bay* sono caricati dagli utenti, non dai gestori del sito. Tuttavia «detti amministratori, mediante la messa a disposizione e la gestione di una piattaforma di condivisione *online*, come quella di cui al procedimento principale, intervengono con piena cognizione delle conseguenze del proprio comportamento, al fine di dare accesso alle opere protette, indicizzando ed elencando su tale piattaforma i *file torrent* che consentono agli utenti della medesima di localizzare tali opere e di condividerle nell'ambito di una rete tra utenti (*peer-to-peer*). […] senza la messa a disposizione e la gestione da parte dei suddetti amministratori di una siffatta piattaforma, le opere in questione non potrebbero essere condivise dagli utenti o, quantomeno, la loro condivisione su Internet sarebbe più complessa. Occorre pertanto considerare che, con la messa a disposizione e la gestione della piattaforma di condivisione *online* TPB, gli amministratori di quest'ultima offrono ai loro utenti un accesso alle opere di cui trattasi. Si può quindi ritenere che essi svolgano un ruolo im-

[401] *The Pirate Bay*, par. 20.
[402] Sentenza della Corte di Giustizia, *Stichting Brein v Jack Frederik Wullems*, C-527/15, 26 aprile 2017.
[403] Sentenza della Corte di Giustizia, *Stichting Brein v Ziggo BV and XS4All Internet BV*, cit., paragrafo 34.

prescindibile nella messa a disposizione delle opere in questione»[404].

Per quanto concerne il requisito della piena conoscenza dei fatti pertinenti, esso è soddisfatto considerando come gli operatori di Pirate Bay indicizzano i *file torrent* in modo da consentire agli utenti della piattaforma di individuare tali lavori e condividerli nel contesto di una rete P2P. Inoltre la Corte sottolinea come le attività di indicizzazione, categorizzazione, cancellazione o filtro da parte degli operatori di Pirate Bay esclude qualsiasi assimilazione alla semplice fornitura di strutture ai sensi del considerando 27 della direttiva 2001/29[405]. Anche il requisito della comunicazione a un "nuovo pubblico" viene considerato soddisfatto: «Nel caso di specie, dalle osservazioni presentate alla Corte risulta, da un lato, che gli amministratori della piattaforma di condivisione *online* TPB sono stati informati del fatto che tale piattaforma, che essi mettono a disposizione degli utenti e che gestiscono, dà accesso ad opere pubblicate senza l'autorizzazione dei titolari di diritti e, dall'altro, che gli stessi amministratori manifestano espressamente, sui *blog* e sui *forum* disponibili su detta piattaforma, il loro obiettivo di mettere a disposizione degli utenti opere protette, incitando questi ultimi a realizzare copie di tali opere. In ogni caso, dalla decisione di rinvio risulta che gli amministratori della piattaforma di condivisione *online* TPB non potevano ignorare che tale piattaforma dà accesso ad opere pubblicate senza l'autorizzazione dei titolari di diritti, dato il fatto, espressamente sottolineato dal giudice del rinvio, che gran parte dei *file torrent* che compaiono sulla piattaforma di condivisione *online* TPB rinvia ad opere pubblicate senza l'autorizzazione dei titolari di diritti. In simili condizioni, si deve ritenere che sussista comunicazione a un pubblico nuovo»[406]. Viene poi sottolineata la finalità di lucro della piattaforma (è da ritenere verosimile un riferimento al caso *GS Media* e alla presunzione che, in presenza di uno scopo di lucro, gli operatori svolgano tutti i controlli necessari per garantire che sul sito non siano pubblicate illegalmente delle opere protette).

Dunque sussiste una facilitazione all'accesso delle opere, la consapevolezza della loro illiceità e lo scopo di lucro. Per cui Pirate Bay effettua una comunicazione al pubblico di opere protette ai sensi dell'articolo 3 della direttiva Infosoc, nonostante il fatto che le opere siano caricate *online* dagli utenti e non dalla piattaforma.

Risulta ora necessario tornare sul testo dell'art. 17 per comprendere la portata di alcune differenze: il primo paragrafo prevede che gli Stati membri dispongano «che il prestatore di servizi di condivisione di contenuti *online* effettua un atto di comunicazione al pubblico *o* un

[404] Sentenza della Corte di Giustizia, *Stichting Brein v Ziggo BV and XS4All Internet BV*, cit., paragrafi 36-37.
[405] Sentenza della Corte di Giustizia, *Stichting Brein v Ziggo BV and XS4All Internet BV*, cit., paragrafo 38.
[406] Sentenza della Corte di Giustizia, *Stichting Brein v Ziggo BV and XS4All Internet BV*, cit., paragrafo 45.

atto di messa a disposizione del pubblico *ai fini della presente direttiva* quando concede l'accesso al pubblico a opere protette dal diritto d'autore o altri materiali protetti caricati dai suoi utenti». Da notare fin da subito la "*o*" disgiuntiva nonché la (presumibile) limitazione della disposizione "in relazione agli scopi della direttiva", ossia ai fini della stessa: dunque, a rigor di logica, tale disposizione non dovrebbe intaccare la direttiva 29 né altre normative. Al di fuori dell'ambito applicativo della presente direttiva dunque non si dovrebbe ravvisare un atto di comunicazione al pubblico nel fatto di ospitare opere illecite altrui accessibili ai terzi. Ne deriva che un *online content-sharing service provider*, qualora permetta il caricamento di opere protette, dovrà ottenere la relativa autorizzazione dai titolari dei diritti. Dal testo dell'art. 3 (nonché dal testo dell'art. 8 WIPO[407]) si evince come si sia voluto differenziare le due attività: la comunicazione al pubblico e la messa a disposizione del pubblico, fermo restando che molti autori ritengono la seconda attività una *species* della prima ("*inclusa* la messa a disposizione del pubblico..."). Occorre sottolineare questo aspetto in quanto le due attività hanno portata differente: nella messa a disposizione del pubblico il *provider* non compie atti di trasmissione del materiale ma semplicemente consente il *download* o una visione del contenuto (caricato da terzi) che si trova all'interno dei suoi *server*. Sebbene la questione sia discussa, occorre anche riconoscere come sia di scarsa rilevanza pratica stante il medesimo trattamento giuridico per le ipotesi di comunicazione al pubblico e messa a disposizione del pubblico.

L'art. 17 prosegue, sempre al paragrafo 1[408], ricordando la necessità dell'autorizzazione dei titolari dei diritti. Il paragrafo 2 specifica come tale autorizzazione copra anche gli atti degli utenti di cui all'art. 3 direttiva InfoSoc qualora non agiscano su base commerciale o qualora la loro attività non generi ricavi significativi. In questo modo il *provider* liberalizza le condotte degli utenti anche qualora dovesse ricorrere uno solo dei due elementi citati: quindi anche se si tratta di persone giuridiche e, anche laddove agiscano a fini di lucro, purché non giungono a generare ricavi significativi.

Tali valori dovranno essere precisati in fase di recepimento. Dunque in sintesi, stando alla

---

[407] «*Without prejudice to the provisions of Articles 11(1)(ii), 11bis(1)(i) and (ii), 11ter(1)(ii), 14(1)(ii) and 14bis(1) of the Berne Convention, authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them*».

[408] «Un prestatore di servizi di condivisione di contenuti *online* deve pertanto ottenere un'autorizzazione dai titolari dei diritti di cui all'articolo 3, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2001/29/CE, ad esempio mediante la conclusione di un accordo di licenza, al fine di comunicare al pubblico o rendere disponibili al pubblico opere o altri materiali». Sebbene la licenza sia indicata a titolo esemplificativo è difficile immaginare altri modi di acquisto del diritto stante il carattere unilaterale proprio di un'autorizzazione.

lettera della norma, l'*o.c.s.s.p.* compie un atto di comunicazione al pubblico (in senso lato) anche solo dando accesso ai materiali immessi in rete dagli utenti; l'eventuale autorizzazione ottenuta copre le violazioni di cui all'art. 3 direttiva InfoSoc nei due casi menzionati (senza scopo di lucro o piccoli rendimenti); in caso di mancanza di un'autorizzazione gli *o.c.s.s.p.* saranno automaticamente responsabili dell'illiceità dei materiali caricati da terzi, a meno che non siano provate le condizioni di cui al paragrafo 4 dell'art. 17 (a) aver compiuto i massimi sforzi per ottenere un'autorizzazione, e b) aver compiuto, secondo elevati standard di diligenza professionale di settore, i massimi sforzi per assicurare che non siano disponibili opere e altri materiali specifici per i quali abbiano ricevuto le informazioni pertinenti e necessarie dai titolari dei diritti, e c) aver agito tempestivamente, dopo aver ricevuto una segnalazione sufficientemente motivata dai titolari dei diritti, per disabilitare l'accesso o rimuovere dai loro siti *web* le opere o altri materiali oggetto di segnalazione e aver compiuto i massimi sforzi per impedirne il caricamento in futuro conformemente alla lettera b).

Tale conclusione si distanzia dagli approdi giurisprudenziali citati all'inizio, per cui «ogni atto con cui un utente dà, con piena cognizione di causa, accesso ai suoi clienti ad opere protette può costituire un "atto di comunicazione", ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29»[409].

Il legislatore europeo afferma marcatamente come ormai la responsabilità cui può incorrere questa nuova tipologia giuridica di *provider* sia una responsabilità primaria.

A questo punto non resta che chiedersi se la condotta lesiva degli utenti e dell'*o.c.s.s.p.* costituiscano un unico illecito oppure due illeciti diversi: la direttiva non prende però posizione sul punto[410].

Secondo la normativa nazionale dovrebbe trattarsi di un unico illecito, essendovi un unico interesse leso (ed un unico evento dannoso)[411].

---

[409] *The pirate bay*, cit.

[410] Vi sono segnali in entrambe le direzioni, vedi L. ALBERTINI, *La modifica al diritto d'autore europeo per tener conto del contesto digitale: note sugli artt. 11 (diritto degli editori) e13 (responsabilità dei provider) della bozza di direttiva UE nel febbraio 2019, uscita dalla fase c.d. trilogue*, *cit.*, 18: «La formulazione della norma e il suo scopo (elevare la tutela degli autori, soprattutto verso chi viola il diritto d'autore non sporadicamente ma massivamente) potrebbero far inclinare verso la seconda alternativa(duplicità). In senso contrario potrebbe dirsi che la legge si è limitata a togliere ogni dubbio sulla illiceità dellacondotta dei *provider* (v. cons. 37, subp. 2), senza prendere posizione su quella dell'utente e conseguentemente sul rapporto tra le due: sicchénon sarebbe preclusa una ricostruzione unitaria». L'autore sottolinea inoltre come la presenza di materiale protetto costituisca sempre per il *provider* un'ipotesi di comunicazione al pubblico, mentre l'utente sarebbe responsabile solo quando viola l'art. 3 dir. 29, che dunque potrebbe far propendere per la duplicità delle condotte; allo steso modo potrebbe essere più banale ma anche più veritiero il fatto che la legge volesse semplicemente qualificare la condotta del *provider*.

[411] Sull'unicità dell'illecito vedi Cass. civ., sez. I, 19 marzo 2019, n. 7708, per cui «dove l'evento sia costituito dal fatto illecito altrui, si configura l'illecito commissivo mediante omissione in concorso con l'autore principale. La figura dell'*hosting provider* attivo va ricondotta alla fattispecie della condotta illecita attiva di concorso»;

La responsabilità così delineata dalla direttiva qualora si dovesse verificare una violazione della facoltà di comunicazione al pubblico del diritto d'autore o di diritti connessi, non pare applicabile a:

a) le violazioni di altri diritti, quali ad esempio i diritti della personalità (reputazione, onore, riservatezza, ecc.) o comunque altri diritti rientranti nell'alveo della proprietà intellettuale o industriale;

b) la violazione di una diversa facoltà del diritto patrimoniale di autore, se distinguibile dalla comunicazione al pubblico (es. riproduzione).

Il paragrafo 3 dell'art. 17 fuga ogni dubbio circa la responsabilità del *provider* non ritenendo applicabile l'art. 14 della direttiva e-commerce per gli atti di comunicazione al pubblico di cui alla presente direttiva. Ciò non significa che, per ciò che non concerne tale fattispecie inserita all'interno di tale direttiva, l'esenzione non possa nuovamente tornare operativa (si tratterebbe, pare, di un regime residuale).

### 3.3.7 Diligenza richiesta e agevolazioni per i *providers* minori

Un altro elemento fortemente controverso è la presunzione di conoscenza in capo al *provider* relativa a un contenuto illecito, conoscenza che fa sorgere l'obbligo di rimuovere detto contenuto ai sensi dell'art. 14 direttiva e-commerce. Come già evidenziato diverse sono le tesi in proposito: alcuni studiosi lo interpretano in maniera più restrittiva, per cui il *provider* potrà essere considerato a conoscenza del materiale illecito solo in seguito a un ordine proveniente dall'autorità giudiziaria. Questa prima tesi trova la propria giustificazione all'art. 16 d.lgs. 70/2003 lett b), per il quale il *provider* non sarà responsabile se «non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso». Il dettato normativo sembra dunque escludere che altri soggetti possano ingenerare quella conoscenza necessaria a far sorgere l'obbligo di rimozione del contenuto lesivo. La seconda tesi invece sembra essere più fedele al dettato normativo comunitario, ove non si fa accenno alle autorità competenti. Per cui sarebbe ben possibile che il *provider* acquisisse l'elemento della conoscenza anche da altri soggetti, quali i titolari dei diritti o i comuni civili. Anche la Cassazione sembra avvalorare

---

L. ALBERTINI., *La modifica al diritto d'autore europeo per tener conto del contesto digitale: note sugli artt. 11 (diritto degli editori) e13 (responsabilità dei provider) della bozza di direttiva* UE *nel febbraio 2019, uscita dalla fase c.d. trilogue*, *cit.*, 18-21.

quest'ultima tesi[412], prediligendo un orientamento giurisprudenziale per il quale un soggetto viene considerato a conoscenza di un fatto quando questo è «pervenuto alla sua sfera psichica, a prescindere dalla data di trasmissione del mittente. Soccorrono in tal senso gli ordinari mezzi idonei ad assicurare la comunicazione dell'evento, secondo il sistema della presunzione semplice ex art. 1335 c.c., in forza del quale un soggetto è giuridicamente a conoscenza di un evento ove ne sia stato reso edotto mediante mezzi di comunicazione scritta o verbale»[413]. Sembra dunque da preferirsi, tra le due, l'interpretazione più estensiva del requisito della conoscenza. Ne consegue che il mittente che avrà segnalato l'eventuale materiale illecito non dovrà sopportare un onere probatorio particolarmente gravoso: sarà infatti sufficiente dare dimostrazione di una segnalazione sufficientemente dettagliata al soggetto pertinente. In seguito alla segnalazione il *provider* è obbligato ad attivarsi indagando sulla fondatezza o meno della comunicazione ricevuta, secondo i criteri di comune esperienza e la diligenza professionale dovuta. Qualora dovesse riscontrare che il materiale segnalato è effettivamente lesivo, dovrà rimuoverlo tempestivamente (o comunque impedirne l'accesso agli utenti).

Occorre, tuttavia, una menzione a parte circa il regime delineato per i *providers* minori, sebbene già introdotto nei capitoli precedenti. La distinzione dei *providers* sulla base di criteri quantitativi infatti rappresenta un elemento di novità, anche con riferimento al livello di diligenza atteso. Se ne occupa il paragrafo 6 dell'art. 17 della nuova direttiva sul *copyright*, stabilendo un regime meno oneroso per quei *providers* che soddisfino (cumulativamente) due requisiti: a) i servizi che offrono devono essere disponibili al pubblico dell'UE da non più di tre anni; b) devono avere un fatturato annuo inferiore a dieci milioni di euro, calcolato in conformità alla raccomandazione della Commissione europea 2003/361/CE. In questa ipotesi il *provider*, per andare esente da responsabilità, potrà limitarsi a rimuovere il contenuto o disabilitarne l'accesso non appena avuto comunicazione sufficientemente dettagliata e a rispettare la lettera a) di cui al paragrafo 4 art. 17[414].

Tuttavia, se il *provider* (sempre minore), nel precedente anno, aveva registrato più di cinque

---

412 Si veda ad esempio Cass. Pen., Sez. III, n. 5107 del 17 dicembre 2013.

413 Così V. IAIA, *La rinnovata responsabilità dell'internet service provider tra tenaci esigenze imprenditoriali e copiose istanze di tutela dei diritti d'autore nel mercato unico digitale*, in Rivista semestrale di diritto *IUS in Itinere*, no. 1/2019, 16.

414 Si noti che qui è richiesto al *provider* di agire velocemente, dopo aver ricevuto un avviso sufficientemente fondato, per rimuovere le opere o materiali indicati o disabilitarne l'accesso. Tale indicazione sembra riproporre la lettera c) del paragrafo 4 ma in realtà presenta due differenze rispetto a quest'ultima: i) non viene richiesto di aver compiuto i massimi sforzi per impedirne il caricamento in futuro dell'opera protetta; ii) non è più detto che le segnalazioni debbano provenire dal titolare. Quest'ultima differenza in realtà parrebbe essere una mera dimenticanza: non avrebbe senso logico infatti gravare i *provider* minori con maggiori segnalazioni meno rigoristiche.

milioni di visitatori mensili, allora gli sarà chiesto anche di dimostrare di aver compiuto i massimi sforzi per impedire in futuro l'ulteriore circolazione dell'opera segnalata dai titolari dei diritti[415]. Tale regime trova la propria giustificazione al considerando 67: «Analogamente a quanto previsto dall'articolo 16, paragrafo 2, della direttiva 2014/26/UE, la presente direttiva stabilisce disposizioni relativamente a nuovi servizi *online*. Le disposizioni di cui alla presente direttiva sono intese a tener conto del caso specifico delle imprese start-up che operano tramite il caricamento degli utenti per sviluppare nuovi modelli di *business*. Il regime derogatorio applicabile ai nuovi prestatori di servizi con un fatturato e un pubblico ridotti dovrebbe andare a vantaggio delle imprese effettivamente nuove e dovrebbe pertanto cessare di applicarsi tre anni dopo la prima disponibilità *online* dei loro servizi nell'Unione. Questo regime non dovrebbe essere abusato tramite accordi finalizzati ad estenderne i benefici oltre i primi tre anni. In particolare, esso non dovrebbe applicarsi ai servizi nuovamente creati o ai servizi forniti sotto una nuova denominazione, ma che svolgono l'attività di un prestatore di servizi di condivisione di contenuti *online* già esistente che non potrebbe beneficiare o non potrebbe più beneficiare di questo regime». Per tutti gli altri casi l'onere probatorio è decisamente più oneroso: dovrebbero dimostrare anche il rispetto della lettera b) paragrafo 4 art. 17.

Tre sembrano dunque essere i "livelli di esenzione" delineati dal legislatore comunitario: il primo livello, quello più invasivo, prevede la totale applicazione dell'art. 17 paragrafo 4 (e dunque: a) aver compiuto i massimi sforzi per ottenere un'autorizzazione; b) aver compiuto, secondo elevati standard di diligenza professionale di settore, i massimi sforzi per assicurare che non siano disponibili opere e altri materiali specifici per i quali abbiano ricevuto le informazioni pertinenti e necessarie dai titolari dei diritti; c) aver agito tempestivamente, dopo aver ricevuto una segnalazione sufficientemente motivata dai titolari dei diritti, per disabilitare l'accesso o rimuovere dai loro siti *web* le opere o altri materiali oggetto di segnalazione e aver compiuto i massimi sforzi per impedirne il caricamento in futuro conformemente alla lettera b). Il secondo livello, intermedio, trova applicazione per quei *providers* che

[415] v. art. 17 par. 6 direttiva 790/2019 e considerando 66 della medesima: «[…] Il regime specifico applicabile ai nuovi prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online* con un fatturato annuo inferiore a 10 milioni di EUR, il cui numero medio di visitatori unici al mese nell'Unione non supera i 5 milioni, non dovrebbe incidere sulla disponibilità di mezzi di ricorso a norma del diritto dell'Unione e nazionale. Qualora non sia stata concessa alcuna autorizzazione ai prestatori di servizi, questi ultimi dovrebbero compiere i massimi sforzi, nel rispetto di elevati standard di diligenza professionale di settore, per evitare che nei loro servizi siano disponibili opere e altri materiali non autorizzati, come indicato dai titolari dei diritti interessati. A tal fine i titolari dei diritti dovrebbero fornire ai prestatori di servizi le informazioni pertinenti e necessarie tenendo conto, tra l'altro, delle dimensioni dei titolari dei diritti e della tipologia di opera e degli altri materiali».

sono attivi da meno di tre anni e hanno un fatturato inferiore a dieci milioni di euro, con visitatori mensili superiori ai cinque milioni: in questo caso è richiesto il rispetto delle sole lettere a) e c) del paragrafo 4 dell'art. 17. Il terzo livello è rappresentato da quei *providers* minori (entro i tre anni dalla nascita; fatturato inferiore ai dieci milioni di euro; visitatori mensili che non superano i cinque milioni) per cui non è richiesto il rispetto della lettera b), mentre è richiesto un obbligo parzialmente diverso dalla lettera c): aver agito tempestivamente, dopo aver ricevuto una segnalazione sufficientemente motivata dai titolari dei diritti, per disabilitare l'accesso o rimuovere dai loro siti *web* le opere o altri materiali oggetto di segnalazione, ma non di aver compiuto i massimi sforzi per impedirne il caricamento in futuro. Al considerando 67 si specifica che «Questo regime non dovrebbe essere abusato tramite accordi finalizzati ad estenderne i benefici oltre i primi tre anni. In particolare, esso non dovrebbe applicarsi ai servizi nuovamente creati o ai servizi forniti sotto una nuova denominazione, ma che svolgono l'attività di un prestatore di servizi di condivisione di contenuti *online* già esistente che non potrebbe beneficiare o non potrebbe più beneficiare di questo regime». La prova che lo strumento contrattuale/societario scelto sia in elusione del termine triennale, e quindi abusivo, spetterà al titolare del diritto.

### 3.3.8 *Notice and take down* e *Notice and stay down*

L'ultimo paragrafo del presente capitolo è intenzionalmente dedicato a un aspetto di cruciale importanza: la procedura di *notice and take down*.

All'interno del contesto normativo americano illustrato in precedenza, la § 512 (c)(3), introduce questo importante meccanismo, già brevemente introdotto trattando dell'ordinamento statunitense. Questo sistema, per anni, è stato posto alla base della tutela e dell'*enforcement* del diritto d'autore all'interno del mondo digitale. All'interno del contesto statunitense un *provider* potrà validamente approfittare del relativo *safe harbor* qualora rimuova il materiale lesivo non appena acquisito *actual knowledge* della violazione, a seguito dell'invio, da parte del *copyright holder*, di una *notification* indirizzata ad un agente appositamente designato. La particolarità del sistema americano sta nella disciplina legislativa che positivizza i passaggi di tale meccanismo.

Affinché la *notification* dell'illecito sia efficace, essa deve consistere in un atto scritto con cui si richiede in via formale la rimozione del contenuto. Secondo la § 512 (c)(3)(A) l'atto deve contenere la firma manuale o digitale del notificante, l'indicazione del diritto o dell'opera di

cui si lamenta la violazione (se si tratta di più opere protette da *copyright* in un singolo sito *online*, in caso di un'unica notifica occorre un elenco rappresentativo di tali opere presenti in quel sito), l'individuazione del materiale lesivo, nonché informazioni ragionevolmente sufficienti per consentire al fornitore di servizi di contattare la parte attrice, come un indirizzo, un numero di telefono e, se disponibile, un indirizzo di posta elettronica al quale è possibile contattare la parte attrice. La notifica deve contenere inoltre l'affermazione secondo cui la parte lesa ritiene in buona fede che l'uso del materiale contestato non è stato autorizzato dal proprietario del *copyright* o dalla legge. Infine la notifica deve contenere una dichiarazione attestante che le informazioni contenute nella stessa sono esatte e, a pena di spergiuro, che la parte attrice è autorizzata ad agire per conto del proprietario di un diritto esclusivo presumibilmente violato[416]. La § 512 (c)(3)(B)(i) specifica che se tali requisiti non sono rispettati, la notifica non rileverà ai fini della determinazione della "effettiva conoscenza" dell'illecito. La § 512 (c)(3)(B)(ii) tuttavia chiarisce che, nel caso in cui la notifica non rispetti sostanzialmente tutte le condizioni, ma rispetti sostanzialmente le clausole (ii), (iii) e (iv) del comma (A), la clausola (B)(i) si applica solo se il fornitore di servizi tenta prontamente di contattare la persona che effettua la notifica o adotta altre misure ragionevoli per aiutare a ricevere una notifica rispettosa di tutte le disposizioni della lettera (A). Se dunque, anche a fronte di una notifica incompleta, il *provider* non si attiva per contattare l'istante, anche tale notifica incompleta sarà idonea a creare un *actual* o *apparent knowledge* del *provider* e dunque di comportare la sua esclusione dalla protezione del *safe harbor*[417].

---

[416] § 512 (c)(3) «*Elements of notification: (A) To be effective under this subsection, a notification of claimed infringement must be a written communication provided to the designated agent of a service provider that includes substantially the following:*
*(i) A physical or electronic signature of a person authorized to act on behalf of the owner of an exclusive right that is allegedly infringed.*
*(ii) Identification of the copyrighted work claimed to have been infringed, or, if multiple copyrighted works at a single online site are covered by a single notification, a representative list of such works at that site.*
*(iii) Identification of the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity and that is to be removed or access to which is to be disabled, and information reasonably sufficient to permit the service provider to locate the material.*
*(iv) Information reasonably sufficient to permit the service provider to contact the complaining party, such as an address, telephone number, and, if available, an electronic mail address at which the complaining party may be contacted.*
*(v) A statement that the complaining party has a good faith belief that use of the material in the manner complained of is not authorized by the copyright owner, its agent, or the law.*
*(vi) A statement that the information in the notification is accurate, and under penalty of perjury, that the complaining party is authorized to act on behalf of the owner of an exclusive right that is allegedly infringed*».

[417] § 512 (c)(3) «*Elements of notification: (B)*
*(i) Subject to clause (ii), a notification from a copyright owner or from a person authorized to act on behalf of the copyright owner that fails to comply substantially with the provisions of subparagraph (A) shall not be considered under paragraph (1)(A) in determining whether a service provider has actual knowledge or is aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent.*
*(ii) In a case in which the notification that is provided to the service provider's designated agent fails to comply substantially with all the provisions of subparagraph (A) but substantially complies with clauses (ii), (iii), and (iv) of subparagraph (A), clause (i)*

A questo punto il *provider*, in base alla § 512 (c)(1)(C), ricevuta la notifica conforme deve attivarsi per rimuovere il contenuto segnalato per poter godere del *safe harbor*[418]. Per evitare di rispondere anche nei confronti dell'utente il cui materiale è stato rimosso in quanto poi rivelatosi lecito, il *provider* deve notificare prontamente all'utente l'avvenuta rimozione. L'utente potrà quindi così inviare al *provider* una *counter notification*[419] in cui si sostiene che il materiale è stato rimosso o disabilitato per errore. La contro-notifica deve includere la firma dell'utente, l'identificazione del materiale che è stato rimosso o al quale l'accesso è stato disabilitato e della sua collocazione prima che fosse rimosso o l'accesso ad esso era disabilitato, la dichiarazione di ritenere in buona fede che il contenuto è stato rimosso per errore, Il nome, l'indirizzo e il numero di telefono dell'abbonato e una dichiarazione il consenso alla giurisdizione del Tribunale distrettuale federale per il distretto giudiziario in cui si trova l'indirizzo, o se l'indirizzo dell'abbonato si trova al di fuori degli Stati Uniti, per qualsiasi distretto giudiziario in cui è possibile trovare il fornitore di servizi.

Ricevuta la *counter notification* dell'utente, il *provider* deve trasmetterne prontamente una copia al titolare del *copyright*, avvisandolo contestualmente del ripristino del contenuto entro dieci giorni lavorativi. L'ISP dovrà infatti ripristinare il materiale rimosso o riabilitarne l'accesso entro un periodo di tempo compreso tra i dieci ed i quattordici giorni lavorativi, salvo che, entro questo breve lasso di tempo, il titolare del diritto di *copyright* non presenti un'azione legale contro l'utente al fine di ottenere la cessazione del comportamento lesivo.

Come si può notare l'apparato legislativo americano disciplina nel dettaglio gli aspetti e i passaggi procedurale della procedura di *notice and take down*.

---

*of this subparagraph applies only if the service provider promptly attempts to contact the person making the notification or takes other reasonable steps to assist in the receipt of notification that substantially complies with all the provisions of subparagraph (A)*».

[418] § 512 (c) *Information Residing on Systems or Networks At Direction of Users*

«*(1) In general. A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the storage at the direction of a user of material that resides on a system or network controlled or operated by or for the service provider, if the service provider:*

(*C) upon notification of claimed infringement as described in paragraph (3), responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity*».

[419] § 512 (g)(3) «*Contents of counter notification. To be effective under this subsection, a counter notification must be a written communication provided to the service provider's designated agent that includes substantially the following:*

*(A) A physical or electronic signature of the subscriber.*

*(B) Identification of the material that has been removed or to which access has been disabled and the location at which the material appeared before it was removed or access to it was disabled.*

*(C) A statement under penalty of perjury that the subscriber has a good faith belief that the material was removed or disabled as a result of mistake or misidentification of the material to be removed or disabled.*

*(D) The subscriber's name, address, and telephone number, and a statement that the subscriber consents to the jurisdiction of Federal District Court for the judicial district in which the address is located, or if the subscriber's address is outside of the United States, for any judicial district in which the service provider may be found, and that the subscriber will accept service of process from the person who provided notification under subsection (c)(1)(C) or an agent of such person*».

Il Congresso ha elaborato il compromesso della § 512 per supportare le realtà *online* nascenti in materia di investimenti e concorrenza, incoraggiando nel contempo gli ISP e i titolari dei diritti a collaborare al rispetto del *copyright*. Nei successivi due decenni, tuttavia, internet è cresciuto ed è cambiato in un modo che il Congresso non avrebbe potuto facilmente prevedere all'epoca dell'approvazione del DMCA. Google è stato lanciato nel 1998, anno in cui è stata approvata la § 512. Napster nacque nel 1999, con altre reti *peer-to-peer*, un modello tecnologico non previsto né prevedibile dal DMCA. Successivamente sono emersi Facebook e altri *social network*, insieme a YouTube e altre piattaforme. Per i principali titolari di diritti che affrontano violazioni su vasta scala, anche l'*enforcement* del *copyright* è cambiato. Questi grandi titolari dei diritti hanno cominciato ad utilizzare procedimenti automatizzati per rilevare infrazioni e generare automaticamente avvisi di rimozione. L'automazione è sicuramente un aspetto inevitabile di fronte a violazioni su vasta scala, ma anche i processi decisionali basati su macchine sollevano domande sulla qualità e sull'adeguatezza degli avvisi. E mentre i titolari di diritti di grandi dimensioni possono permettersi di ricorrere a questi metodi per gestire le violazioni *online*, i titolari di diritti più piccoli possono avere difficoltà a farli valere.

Nonostante gli esponenziali progressi tecnologici da quando la legge americana è stata approvata, c'è scarsa informazione su come funziona il sistema in pratica e su come le parti interessate lo sperimentano. Questo proprio perché si basa su una serie di privati atti di *notice and take down* senza visibilità pubblica sulle pratiche dei titolari dei diritti, degli ISP o dei presunti trasgressori. Ci sono stati, nondimeno, pochi studi empirici.

Sull'efficacia di tale procedimento tuttavia alcune indagini sono state fatte[420], dalle quali emergono pareri contrastanti. Di tali studi empirici tratterà il capitolo successivo. Qui rileva la differenza tra le scelte effettuate oltreoceano oltre due decadi fa e le scelte effettuate in Europa all'alba del 2020. Il meccanismo di *notice and take down* non rappresenta l'unico meccanismo esistente: infatti esso è solo uno dei tanti meccanismi che possono essere adottati. Un termine più appropriato e generico è "*notice and action*", che comprende la varietà di meccanismi progettati per eliminare contenuti illegali o illeciti da Internet su richiesta del titolare dei diritti (tra i più diffusi notiamo il meccanismo di *notice and take down*, di *notice and notice*, and di *notice and stay down*)[421]. Il sistema di *notice and take down* promosso dal *Digital Mil-*

[420] V. J.M. URBAN, J. KARAGANIS, B.L. SCHOFIELD, *Notice and takedown in everyday practice*, Version 2: Updated March 2017, disponibile al *link* https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2755628.

[421] Per un dettagliato approfondimento dei meccanismi di *notice and action* v. A. KUCZERAWY, *From 'Notice and take down' to 'Notice and Stay Down': Risks and Safeguards for Freedom of Expression* (dicembre 19, 2018). Giancarlo

*lennium Copyright Act* è diventato un modello per molti paesi del mondo. Tuttavia negli ultimi anni i titolari dei diritti hanno iniziato a sostenere la riprogettazione del sistema. In base al numero di iniziative, alcuni titolari dei diritti preferirebbero che gli intermediari non solo eliminassero il contenuto notificato, ma che ne impedissero anche la ricomparsa in futuro. Il rimedio alternativo, conosciuto come *notice and stay down*, rappresenta la scelta effettuata dal legislatore europeo con l'approvazione della direttiva 790/2019. In base a un meccanismo di notifica e sospensione, l'intermediario riceve una notifica relativa al carattere illegale o in violazione del contenuto ospitato, simile al meccanismo di *notice and take down*. In questo caso, tuttavia, l'intermediario è tenuto non solo a rimuovere le informazioni, ma anche a prendere misure aggiuntive per garantire che non vengano successivamente ripubblicate le opere lesive, né dallo stesso utente né da altri utenti.

Occorre ora chiedersi quali sono i costi (economici) e i vantaggi delle due opzioni e se la scelta europea rappresenta davvero uno strumento migliore. Il meccanismo *notice and stay down* (NSD) può esplicarsi sotto diverse forme. Una di queste può consistere nel bloccare gli accessi o gli account dei c.d. "*repeat infringer*", ossia coloro che ripetutamente violano le norme sul *copyright*.

Un altro modello di NSD invece potrebbe avere portata più ampia, prevedendo l'obbligo per il *provider* di prevenire la condotta lesiva nei confronti di tutti gli utenti, non limitando la prevenzione agli utenti che pongono in essere condotte illecite ripetutamente.

Prima della direttiva 790/2019 l'Unione Europea conosceva e applicava il meccanismo di *notice and take down* (NTD). Tuttavia, a differenza dell'impianto statunitense, le previsioni europee non riconoscono espressamente tale meccanismo, ma si limitano a prevedere un'esenzione di responsabilità per il *provider* che, in seguito a una segnalazione, si fosse (tra gli altri requisiti) attivato per rimuovere il contenuto illecito.

Infatti la direttiva e-commerce fu il risultato di un compromesso tra i titolari dei diritti e gli ISP, che non sfociò nella regolamentazione di una procedura di NTD (ne lasciano il segno l'art. 21 e il considerando 49 direttiva e-commerce). Nell'Unione europea, la direttiva sul commercio elettronico non impone un unico sistema e, entro alcuni limiti, consente agli Stati membri di elaborare proprie procedure.

Negli Stati Uniti, invece, la legge federale prescrive ogni passaggio della procedura di NTD in modo abbastanza dettagliato. La differenza dunque consiste nel fatto che, mentre negli

---

Frosio (ed), The Oxford Handbook of Intermediary *Liability Online*, 2019, Forthcoming. Disponibile su SSRN: https://ssrn.com/abstract=3305153.

Stati Uniti è richiesto l'adempimento di alcuni aspetti formali, la direttiva e-commerce incentiva la soppressione revocando l'esenzione di responsabilità. Inoltre tutti i metodi di applicazione volontaria implementati dagli intermediari e che vanno oltre i *safe harbors* del DMCA vengono usualmente indicati come "*DMCA-plus measures*". A differenza degli Stati Uniti, dove tali misure sono interamente volontarie, nell'Unione europea alcune misure possono essere imposte agli intermediari mediante ingiunzioni.

Per valutare ciascuna comunicazione presentata, un intermediario deve prima valutare la sua legalità e i fatti pertinenti, ponendo in essere un'attività costosa e che spesso porta a risultati incerti. Inoltre, gli intermediari sono avversi al rischio e valutano le segnalazioni con estrema cautela perché l'inadempienza può costar loro caro. La legge crea quindi forti incentivi per l'eccesso di blocchi dei contenuti (anche leciti) da parte di entità commerciali il cui scopo altro non è che massimizzare il profitto. E sebbene si possa controbattere ricordando la possibilità di contro-notificare, studi empirici dimostrano come ciò in realtà accada di rado[422]. Uno dei maggiori problemi del sistema di NTD è che la sua pratica quotidiana si svolge interamente a porte chiuse. Anche se un certo numero di *providers* negli ultimi anni ha iniziato la pubblicazione di rapporti sulla trasparenza, di solito forniscono solo dati aggregati, che forse illustrano il sistema NTD in generale, ma nulla dicono di significativo circa la sua utilità[423].

Nel caso del NSD un intermediario che riceve una notifica relativa a una determinata violazione è obbligato a rimuovere il contenuto in caso di illecito e ad intraprendere ulteriori sforzi per prevenirne la ricomparsa. Tuttavia, questo obbligo di sospensione proattiva non si limita al contenuto identico di utenti identici (doppia identità), ma si estende anche alle violazioni simili, anche se il contenuto in violazione riappare solo in parte, indipendentemente da chi lo ha pubblicato. Il problema delicato che presenta tale meccanismo rimane l'incapacità intrinseca di saper riconoscere quelle sfumature proprie del diritto d'autore. Anche la tecnologia più evoluta non potrebbe portare a risultati soddisfacenti, quando nemmeno l'uomo è in grado di raggiungerli. Nell'esperienza europea è *de facto* impossibile prevedere *ex ante* la tutela di un'opera, la quale eventualmente viene confermata o negata a seguito di un giudizio sorto da una controversia. È il giudice che, analizzando i dettagli del ca-

---

[422] A. BRIDY; D. KELLER, U.S. Copyright Office Section 512 Study: *Comments in Response to Second Notice of Inquiry (February 21, 2017)*. Disponibile su SSRN: https://ssrn.com/abstract=2920871.

[423] Il progetto Lumen è stato concepito come una risposta a questo problema. Il progetto raccoglie le richieste di rimozione di materiale dal Web e rende lo strumento liberamente disponibile a chiunque. Il suo partner prinicipale fu Google. Un altro importante studio: J. URBANET AL., *Notice and Takedown in Everyday Practice*, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2755628 (2017).

so, riesce a cogliere quelle sfumature che gli consentono di affermare la tutelabilità dell'opera sotto il diritto d'autore o l'appartenenza dell'opera che si presume lesiva all'alveo di un'eccezione o limitazione[424]. Ciononostante l'UE ha deciso di intraprendere questa strada (consapevole o meno dei rischi) e la CGUE sembra non opporsi.

Di recente infatti la Corte di Giustizia si è pronunciata confermando l'operatività del meccanismo di *notice and stay down*: caso *Eva Glawischnig-Piesczek v Facebook Ireland Limited*[425].

La controversia sorge da un *post* denigratorio pubblicato su Facebook: un utente ha condiviso e commentato un articolo di una rivista austriaca di notizie *online* che raffigurava l'immagine di una deputata austriaca, Eva Glawischnig Piesczek. Su Facebook era stato condiviso un articolo giornalistico nel quale veniva riportata la posizione favorevole dei Verdi circa il reddito minimo per i rifugiati; un utente avrebbe nel suo *post* inserito una serie di riferimenti rivolti alla figura della Glawischnig Piesczek apostrofandola come «brutta traditrice del popolo», «imbecille corrotta» e membro di un «partito di fascisti»[426]. Dopo una prima istanza a Facebook, la deputata ha deciso di citare in giudizio Facebook Ireland chiedendo formalmente la rimozione non solo del commento lesivo del suo onore ma anche delle affermazioni identiche e di contenuto equivalente. La *Oberster Gerichtshof* (Corte Suprema austriaca) ha proposto dunque rinvio pregiudiziale chiedendo se 1) in relazione alle informazioni identiche diffuse da terzi fosse possibile provvedere a una rimozione globale o nello stato membro; 2) in che termini la disciplina risultante potesse essere applicata alle informazioni equivalenti; 3) se la disciplina potesse essere applicata alle informazioni equivalenti in caso di avvenuta conoscenza delle stesse da parte del gestore dietro segnalazione. La Corte ha stabilito che l'art. 15 direttiva e-commerce non impedisce a un tribunale di uno Stato membro di ordinare al *provider* di rimuovere copie identiche di *post* ritenuti lesivi o bloccare l'accesso a tali informazioni (sul punto la Corte raggiunge dunque le medesime conclusioni dell'Avvocato generale, per cui sarebbe possibile rimuovere *in toto* tutte le informazioni *identiche* sia riprodotte manualmente da altri utenti che in maniera automatizzata,

---

[424] Per una posizione diversa vedi invece M. HUSOVEC, *The Promises of Algorithmic Copyright Enforcement: Takedown or Staydown? Which is Superior? And Why?* (August 26, 2018). Columbia Journal of Law & the Arts, Forthcoming; Tilburg Law School Research Paper Forthcoming. In SSRN: https://ssrn.com/abstract=3239040.

[425] Sentenza della Corte di Giustizia, *Eva Glawischnig-Piesczek v Facebook Ireland Limited*, C-18/18, 3 ottobre 2019.

[426] *Conclusioni dell'avvocato generale Maciej Szpunar*, Causa C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek contro Facebook Ireland Limited*, presentate il 4 giugno 2019, paragrafo 12, disponibili al *link* http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-18/18.

in quanto tale rimozione non necessita di un «filtraggio attivo e non automatico»[427]). Viene così consentita la rimozione da un *social* di tutte le informazioni identiche a quella illecita «qualunque sia l'autore della richiesta di memorizzazione delle medesime»[428].

La Corte tuttavia si mostra insensibile a eventuali conseguenze in tema di libertà d'espressione dei terzi che possono vedersi rimuovere il contenuto (anche ingiustamente).

Per quanto concerne la rimozione delle versioni equivalenti dei *post* considerati lesivi, la Corte le definisce espressioni che «veicolano un messaggio il cui contenuto rimane, in sostanza, invariato e quindi diverge molto poco da quello che ha dato luogo all'accertamento d'illiceità»[429]. La Corte con tale definizione prende in considerazione il ricorrente e il fatto che questa non debba essere costretta a compiere numerose segnalazioni ai fini di un'effettiva tutela. La Corte tuttavia, ricordando l'impossibilità di obbligare un *hosting provider* a una sorveglianza generalizzata o ad una ricerca attiva di contenuti, ritiene che il fine di «tutelare efficacemente la reputazione e l'onore di una persona, non può essere perseguito mediante un obbligo eccessivo imposto al prestatore di servizi di *hosting*»[430].

Ma il vero passaggio problematico della sentenza è rappresentato dal paragrafo 45: «Tenuto conto di quanto precede, occorre che le informazioni equivalenti cui fa riferimento il punto 41 della presente sentenza contengano elementi specifici debitamente individuati dall'autore dell'ingiunzione, quali il nome della persona interessata dalla violazione precedentemente accertata, le circostanze in cui è stata accertata tale violazione nonché un contenuto equivalente a quello dichiarato illecito. Differenze nella formulazione di tale contenuto equivalente rispetto al contenuto dichiarato illecito non devono, ad ogni modo, essere tali da costringere il prestatore di servizi di *hosting* interessato ad effettuare una valutazione autonoma di tale contenuto»[431].

Tale affermazione risulta passibile di ambigue interpretazioni: la Corte sembra legittimare una rimozione dei contenuti equivalenti postati dei soggetti terzi, qualora vi siano istruzioni precise sulla definizione dei termini che integrino un'espressione equivalente (l'AG invece riteneva che un'estensione dell'obbligo di rimozione di contenuti equivalenti postati da altri utenti «richiederebbe la sorveglianza della totalità delle informazioni diffuse attraverso una piattaforma di rete sociale»[432]). In particolare dunque la Corte sembra legittimare tale rimo-

---

427 *Conclusioni AG C-18-18*, cit., par. 61.
428 CGUE, C 18-18, cit., par. 37.
429 CGUE, C 18-18, cit., par. 39.
430 CGUE, C 18-18, par., cit. 44.
431 CGUE, C 18-18, cit., par. 45.
432 *Conclusioni AG C 18-18*, cit., par. 73.

zione estesa a due condizioni: «i. che siano le corti di merito ad individuare i termini integranti una "equivalenza"; ii. che non vi siano obblighi in capo a un servizio di *hosting* a provvedere autonomamente a questo tipo di valutazioni»[433].

Dalla sentenza sembra evidente la scarsa considerazione del discorso pubblico e della libertà d'espressione. Non viene dato peso ai diversi utilizzi che di espressioni identiche possono essere fatti (si pensi ad esempio alla satira), né vengono menzionate possibilità di ricorso da parte dei terzi soggetti lesi dalle eventuali rimozioni.

Circa l'estensione territoriale, per l'AG era possibile optare per una rimozione su scala mondiale in base al diritto internazionale, mentre la Corte, più cauta, afferma anche che «[s]petta agli Stati membri garantire che i provvedimenti da essi adottati e che producono effetti a livello mondiale tengano debitamente conto di queste ultime norme»[434].

La terza questione perde di rilevanza. Tale sentenza rappresenta un momento di pericolosa novità in materia di responsabilità degli ISP: il rischio infatti è quello di avere una ricaduta nella privatizzazione della censura. La Corte sembra limitare il proprio ragionamento nella logica della tutela della dignità della persona e della libertà di iniziativa economica dei *providers*, mentre non viene considerata la libertà d'espressione e l'art. 11 della Carta di Nizza invece considerato dall'AG[435].

---

[433] Così suggerisce M. MONTI, *La Corte di giustizia, la direttiva e-commerce e il controllo contenutistico online: le implicazioni della decisione C 18-18 sul discorso pubblico online e sul ruolo di Facebook*, in MediaLaws, 15 ottobre 2019, disponibile al *link* www.medialaws.eu/la-corte-di-giustizia-la-direttiva-e-commerce-e-il-controllo-contenutistico-online-le-implicazioni-della-decisione-c-18-18-sul-discorso-pubblico-online-e-sul-ruolo-di-facebook/.

[434] CGUE, C 18-18, cit., par. 52.

[435] Per un'analisi pià dettagliata del caso vedi M. MONTI, *La Corte di giustizia, la direttiva e-commerce e il controllo contenutistico online: le implicazioni della decisione C 18-18 sul discorso pubblico online e sul ruolo di Facebook*, cit.; M. MONTI, *Di Facebook e del diritto UE: «Polizeirecht» o privatizzazione della censura? Geoblocking o imposizioni globalizzanti? (Commento alle Conclusioni dell'avvocato generale Maciej Szpunar sul caso Eva Glawischnig-Piesczek v Facebook Ireland Limited – Causa C-18/18)*, in *MediaLaws*, 19 settembre 2019, disponibile al *link* www.medialaws.eu/di-facebook-e-del-diritto-ue-polizeirecht-o-privatizzazione-della-censura-geoblocking -o-imposizioni-globalizzanti-commento-alle-conclusioni-dellavvocato-generale-maciej-szpuna/; Corte di giustizia dell'Unione europea, Comunicato Stampa n. 69/19, Lussemburgo, 4 giugno 2019, *Conclusioni dell'avvocato generale nella causa C-18/18 Eva Glawischnig-Piesczek / Facebook Ireland Limited*, disponibile al *link* https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-06/cp190069it.pdf.

# CAPITOLO IV

## La pirateria e il *value gap*: considerazioni di sintesi

### 4.1 Il ciberspazio

L'ultimo capitolo intende occuparsi di alcune riflessioni generali circa l'andamento e la strada che l'UE ha deciso di intraprendere alla luce della nuova direttiva 790/2019, con alcuni accenni a studi empirici e sociali.

Come brillantemente sostenuto da Ingrassia[436], il ciberspazio rappresenta un *non luogo* ove regnano imperanti dei *soggetti non fisici* che dominano e determinano non solo l'andamento del mercato ma anche del diritto. Internet infatti è uno spazio privo di confini, distanze e sotto alcuni aspetti anche del tempo: i dati immessi dagli utenti sono in grado di raggiungere ogni parte del mondo senza che gli utenti stessi ne possano controllare la diffusione, l'accesso e la permanenza nel *web*. Queste caratteristiche da una parte rappresentano di certo un aspetto positivo: molti più soggetti hanno accesso a molte più informazioni, aumentano le occasioni per lo scambio di idee, di notizie e di conoscenza. Non è però tutto oro ciò che luccica: accanto a queste enormi potenzialità, il *web* può rappresentare anche un mezzo di facilitazione per la realizzazione di fatti illeciti, o anche una pericolosa ragnatela in cui un soggetto altro non è che un numero impotente che nulla può nel caso in cui qualcosa dovesse andare storto.

Certo, la colpa non può essere addossata al progresso tecnologico: tali strumenti, nella loro neutralità, rappresentano solo dei mezzi attraverso i quali si possono raggiungere i risultati. Sono i soggetti, determinando quei risultati, che danno valenza positiva o negativa alle azioni effettuate tramite internet. Ciò che rimane indubbia è l'esponenziale crescita, presenza e dipendenza dal *web* avvertita negli ultimi anni: Internet ormai è diventata un elemento essenziale del quale i soggetti privati e commerciali non possono più fare a meno.

Dalle semplici comodità quotidiane ai modelli di *business* basati sull'e-commerce, l'utilizzo e l'affidamento al mondo digitale è aumentato nel corso degli anni, registrando una continua crescita grazie anche al parallelo avanzamento tecnologico. I seguenti grafici, inseriti

[436] A. INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine? Risposte attuali e scenari futuribili di una responsabilità penale dei provider nell'ordinamento italiano*, in Diritto Penale Contemporaneo, 8 novembre 2012, disponibile al *link*: www.penalecontemporaneo.it/d/1824-il-ruolo-dell-isp-nel-ciberspazio-cittadino-controllore-o-tutore-dell-ordine-.

all'interno del *Global Digital Report 2019* (gennaio 2019)[437] illustrano questa crescita.

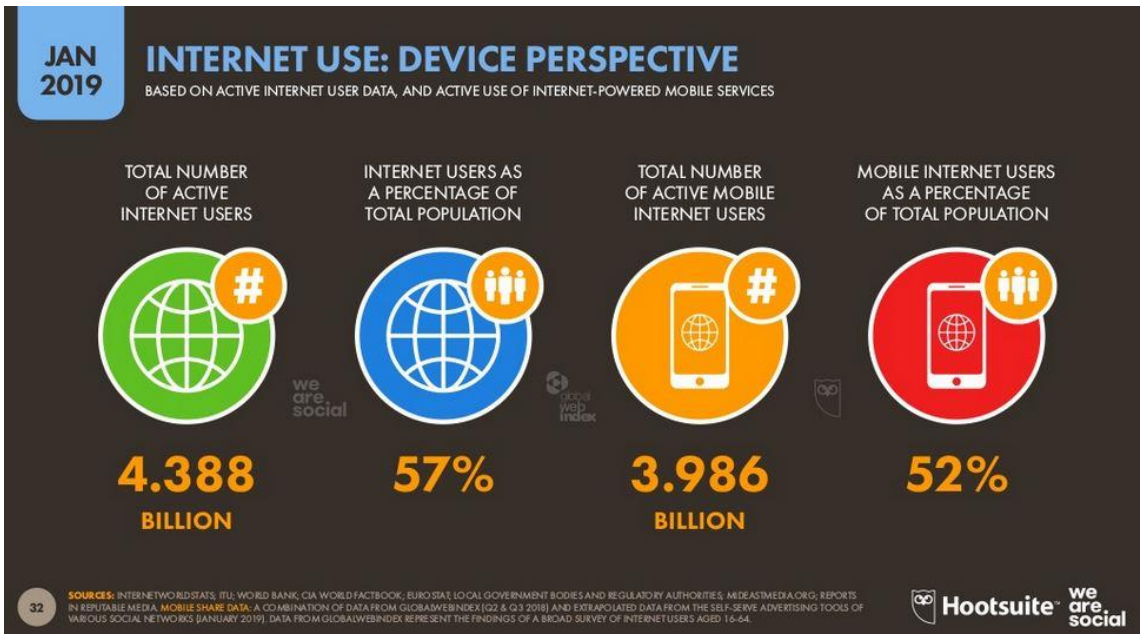



Tabella 4: *Internet Use: device perspective*. Fonte: Hootsuite e We are social, *Global Digital Report 2019*, gennaio 2019.

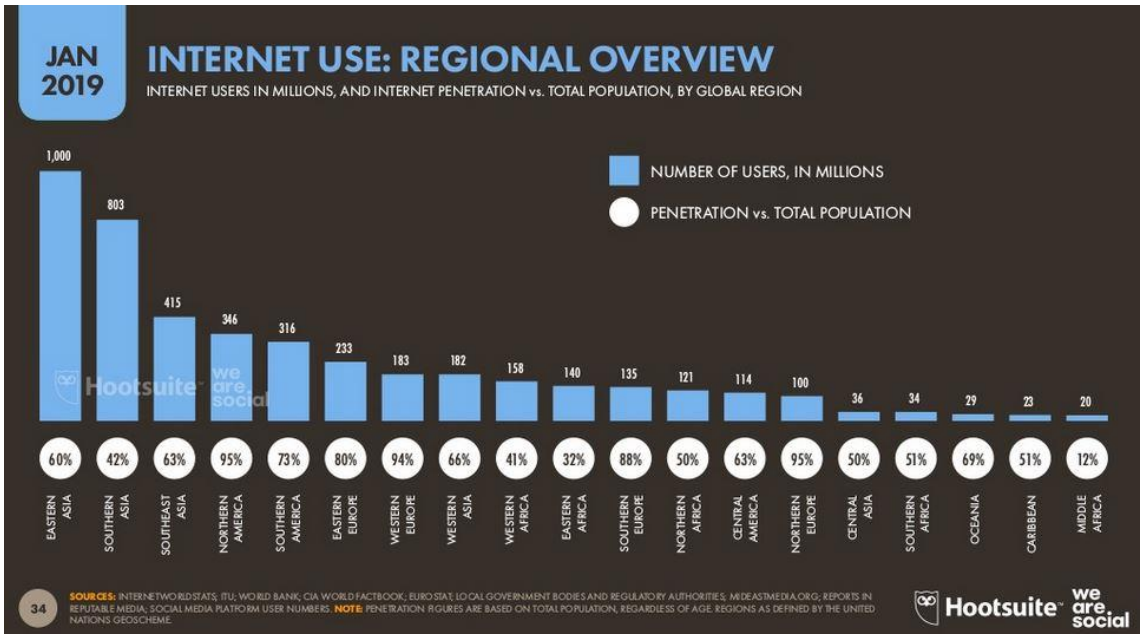



Tabella 5: *Internet Use: regional overview*. Fonte: Hootsuite e We are social, *Global Digital Report 2019*, gennaio

[437] Hootsuite, *Digital 2019 Q4 Global Digital Statshot* report, disponibile al *link* www.slideshare.net/slideshow/embed_code/key/NSBCWzcfsbGXTg.

2019.

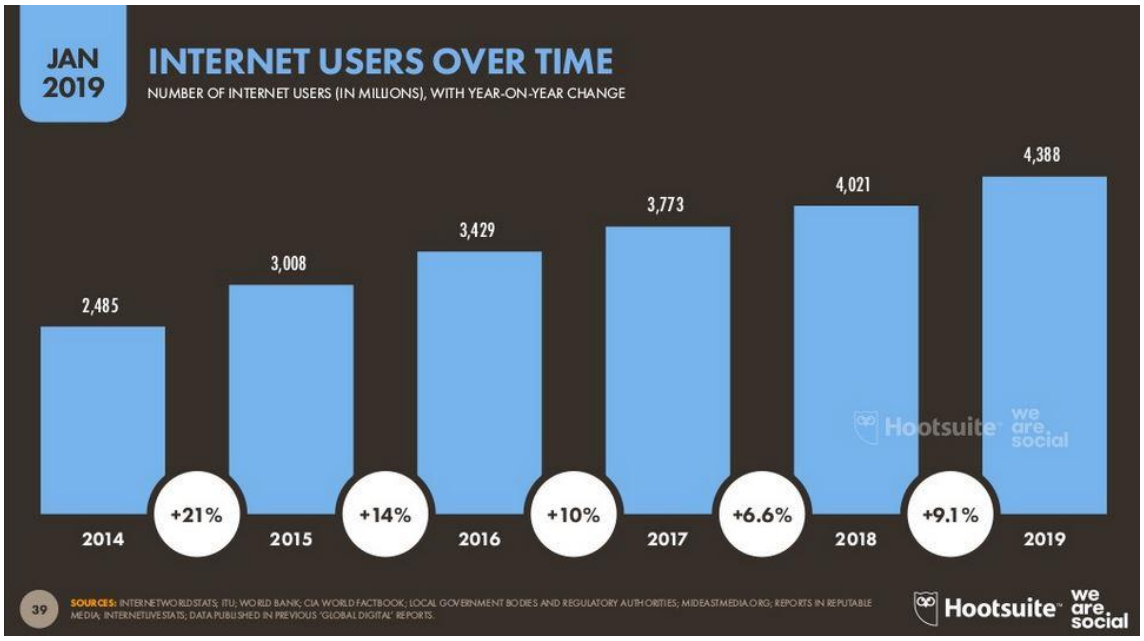



Tabella 6: *Internet users over time*. Fonte: Hootsuite e We are social, *Global Digital Report 2019*, gennaio 2019.

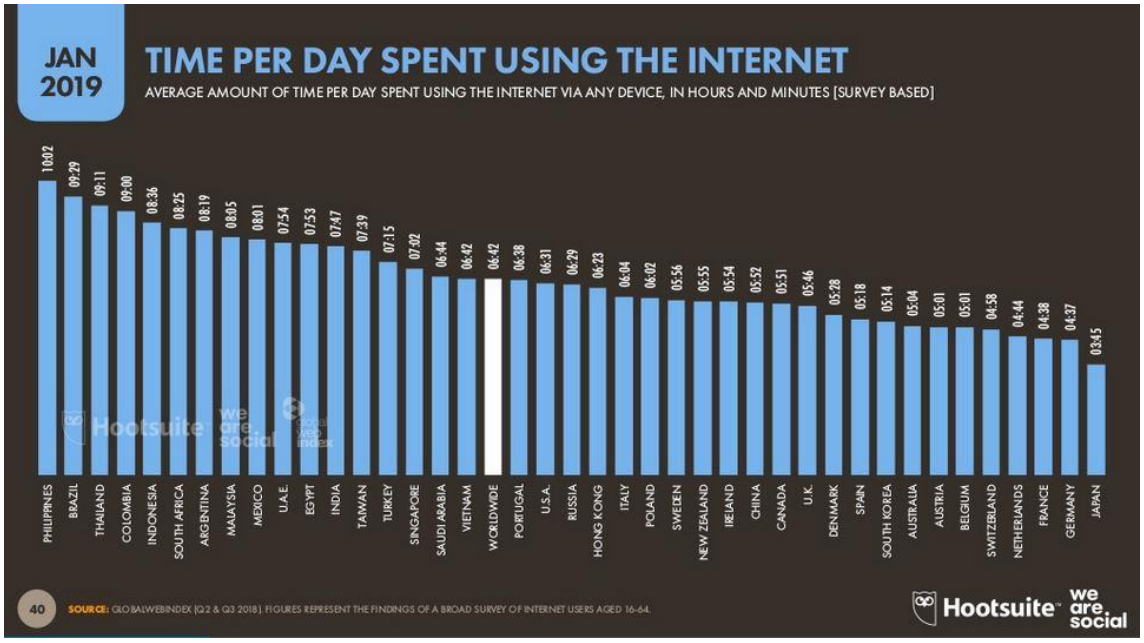



Tabella 7: *Time per day spent using the internet*. Fonte: Hootsuite e We are social, *Global Digital Report 2019*, gennaio 2019.

Mentre nel mondo analogico i ruoli apparivano più definiti[438], con il digitale i ruoli propri della catena di distribuzione si sono evoluti, trasformati e confusi (editori, autori, distributori, negozianti e consumatori entrano a far parte di un unico pacchetto ove i rispettivi ruoli possono assumere diverse connotazioni, e dunque dove i consumatori finali possono diventare autori, dove gli autori possono diventare anche distributori e così via). Spesso viene detto che una delle caratteristiche principali di questo cambiamento è data dalla disintermediazione, per cui gli autori possono entrare direttamente in contatto con i fruitori delle opere senza dover passare tramite il servizio offerto da soggetti intermediari. Ciò non è propriamente corretto: gran parte dei servizi presenti in rete, come visto, permette la condivisione dei contenuti. Nondimeno Paccagnella ha giustamente rilevato che «Reti come il *world wide web* sono dette "reti a invarianza di scala" perché il numero dei nodi fortemente connessi rimane constante e relativamente piccolo rispetto al numero di nodi complessivo. Questo significa che nonostante la rapida diffusione di Internet, nonostante la facilità con cui ogni nuovo utente può diventare fornitore di contenuti e nonostante le caratteristiche tecniche di cui si è parlato e che garantiscono la possibilità di una comunicazione orizzontale, democratica e "da molti a molti", i nodi realmente importanti, quelli che vengono effettivamente visitati da milioni di persone e che rappresentano i crocevia dei flussi comunicativi in rete sono pochissimi. Questi nodi assumono valore strategico perché si pongono come nuove interfacce, o meglio come nuovi intermediari di informazione e conoscenza [...]. Un caso esemplare è rappresentato dai motori di ricerca»[439].

Prendendo consapevolezza di ciò, e partendo da tale assunto, occorre ora focalizzare l'attenzione sul tema centrale della presente trattazione: gli ISP e il *copyright*. Risulta infatti necessario non soffermarsi sul mero panorama giuridico, ma prendere in considerazione altri aspetti che sono inscindibilmente legati tra loro e che comportano un'influenza reciproca tra i vari sistemi. È dunque necessario analizzare non solo la normativa e le risposte del legislatore al repentino cambiamento a cui si è assistito dall'avvento del digitale, ma anche i comportamenti degli utenti, la loro percezione di queste grandi realtà conosciute come ISP e del loro rapporto con il diritto d'autore.

## 4.2 *We are digital*

[438] Ma già la tecnologia aveva cominciato a offuscare i confini dei vari ruoli, v. caso *Sony Betamax*, cit.
[439] L. PACCAGNELLA, *Open access. Conoscenza aperta e società dell'informazione*, Bologna, 2010, 166.

Il costante aumento della quantità di informazioni disponibili in rete comporta una domanda da parte degli utenti principalmente indirizzata verso due elementi: i contenuti (che i soggetti possono acquisire a titolo gratuito o previo pagamento) e la connessione alla rete, il cui valore dipende dalla qualità del servizio e dalla velocità di connessione offerta dai servizi che permettono la diffusione dei contenuti. I due elementi si trovano tra loro in un rapporto interdipendente e tra i modelli principali di accesso alle informazioni in rete ritroviamo il *download* (ossia lo scaricamento del *file* sul terminale dell'utente) e lo *streaming* (ossia la fruizione del materiale senza la necessità di scaricamento dello stesso).

Tabella 8: *Content streaming activities*. Fonte: Hootsuite e We are social, *Global Digital Report 2019*, gennaio 2019.

Entrambi questi strumenti pongono noti problemi per il diritto d'autore: il primo infatti non permette di limitare la diffusione di un'opera in quanto risulta materialmente impossibile intervenire sul disco fisso di un terminale di un utente per rimuovere il contenuto. Inoltre, una volta ottenuta una copia del materiale, è facilmente possibile non solo visionarla e avervi accesso in qualunque momento, ma anche trasmetterla a terzi affinché questi, a loro volta, ne conservino un'ulteriore copia nei loro dispositivi. Si aggiunga a questa considerazione che la copia digitale rappresenta una copia particolare: essa infatti non presenta imperfezioni come potevano aversi nella copia analogica o fisica, ha una facilità e velocità di riproduzione celere e, soprattutto, a costo zero. Il secondo elemento sembrava essere quello preferito dai titolari dei diritti, in quanto permetteva loro di controllare gli accessi ai conte-

nuti ed eventualmente basare il proprio *business* anche su inserzioni pubblicitarie. Non si può non parlarne al passato in quanto oggi anche lo *streaming* rappresenta una minaccia per gli *stakeholders*, e la reazione e la scelta effettuate a livello comunitario ne sono la prova. L'evoluzione tecnologica ha portato con sé dunque due aspetti confliggenti ma allo stesso tempo inevitabili: la sempre maggiore e sempre più agevole possibilità di copia, e dunque di elusione della normativa sul *copyright*, e la sempre più invasiva e sempre più richiesta necessità di tutelare la proprietà intellettuale mediante la tecnologia stessa. Quando infatti (come spesso accade) il diritto si dimostra troppo lento nel disciplinare e gestire nuove problematicità, la soluzione più adatta è stata trovata nella tecnologia. Si pensi alle misure tecnologiche di protezione (ad esempio i DRM). Tuttavia, la tecnologia offre infinite possibilità: è possibile combattere la tecnologia con la tecnologia, e dunque utilizzarla nuovamente per abbattere quelle barriere che, tramite essa, sono state innalzate. Risulta dunque abbastanza comprensibile come i grandi titolari del diritto, a un certo punto, abbiano deciso di accompagnare a eventuali misure tecnologiche per proteggere i loro diritti diverse strategie di mercato.

Negli ultimi anni hanno cominciato a proliferare servizi di *streaming* e *download* a pagamento: piattaforme che mettono a disposizione una notevole mole di contenuti a prezzi accessibili a chiunque (si pensi ad esempio a Spotify per i contenuti musicali, o a Netflix per i contenuti cinematografici).

Infatti, notato il crescente aumento del fenomeno dello *streaming on line* (di musica o di film), la legge e la tecnologia nulla possono. L'apparato giuridico, nella rigidità dei suoi meccanismi e nella stagnazione dei suoi infiniti procedimenti non può che arrivare sempre troppo tardi, e ciò non deve stupire: se da una parte ciò può essere certamente dovuto anche ad una eccessiva formalità, dall'altra occorre arrendevolmente constatare che non potrebbe essere altrimenti: l'evoluzione tecnologica si muove ad una velocità impareggiabile, che nessun sistema potrebbe mai disciplinare *ex ante* (non, almeno, compiutamente).

La tecnologia offre talmente tante possibilità da consentire l'*enforcement* del diritto d'autore e allo stesso tempo la sua elusione. Da qui la scelta di ripiegare su strategie economiche e modelli di *business* e servizi appetibili per gli utenti, quali le piattaforme a pagamento.

Risulta utile partire da un esempio per illustrare la portata di tali cambiamenti. L'esempio principe non può che essere il mercato musicale. I consumatori, soprattutto le nuove generazioni, sono molto lontani dalla copia fisica che fino a qualche anno fa tanto si aspettava: oggi è preferibile avere accesso ad ogni brano immediatamente, facilmente e, soprattutto,

gratuitamente. Si preferisce dunque non acquistare i vari brani musicali ma usufruirne attraverso varie piattaforme (Spotify, YouTube ecc.). Queste infatti offrono l'accesso a milioni di brani con estrema facilità, velocità e soprattutto da qualsiasi *device*. Internet non ha cambiato solo le modalità di consumo, ma anche i rapporti tra artista e consumatore. La necessità di una maggiore visibilità tra i milioni di talenti e di una maggiore vicinanza al pubblico comporta l'esigenza di rivedere l'approccio al pubblico, ad esempio privilegiando la presenza nei vari *social media* del proprio *brand* e l'interazione con i vari utenti. Ciò risulta sempre più fondamentale oggi che è possibile accedere senza troppe difficoltà ai contenuti illecitamente diffusi sul *web*: si ritiene infatti che spesso un buon rapporto con vari *fan*, *followers* e così via possa essere un ottimo stimolo affinché questi, soddisfatti, acquistino i vari brani o le varie opere. La vecchia formula promozionale basata su radio, trasmissioni televisive e giornali è sempre meno incisiva, con un maggiore orientamento verso i *social*, più economici, efficaci e integrati con le piattaforme *streaming*.
È stata inoltre avanzata negli ultimi anni la necessità di superare l'idea di consumatore, in quanto essa attribuisce al soggetto che fruisce dell'opera una connotazione commerciale, individuandolo come ultimo anello della catena commerciale. Infatti non tutti i beni creativi sono oggetto di attività commerciale, per cui il soggetto che fruisce del bene dovrebbe a rigore essere definito con una connotazione semanticamente più neutra: *utente*[440].

### 4.3 La diffusione della pirateria digitale

In uno studio del 2016 condotto in collaborazione con il European Patent Office (EPO), l'EUIPO (Ufficio dell'Unione Europea per la Proprietà Intellettuale) ha rilevato che il contributo totale delle industrie che fanno uso rilevante di IPRs dell'UE rappresenta circa il 42% del PIL (€5.7 *trillion*) e il 28% di occupazione (al quale va aggiunto un altro 10% relativo all'occupazione indiretta in questi settori). Tali settori inoltre pagano ai loro lavoratori stipendi del 46% più elevati rispetto ad altri settori[441].

---

[440] Occorre segnalare, sull'argomento, l'interessante articolo di Y. BENKLER, *From Consumers to Users: Shifting the DeeperStructures of Regulation Toward Sustainable Commons and User Access*, in Federal Communications Law Journal: Vol. 52, Article 9, maggio 2000, disponibile al *link*: www.repository.law.indiana.edu/fclj/vol52/iss3/9/.
[441] EUIPO, *2019 Status Report on IPR Infringement*, disponibile al *link*: www.euipo.europa.eu/ohimportal/en/web/observatory/status-reports-on-ip-infringement.

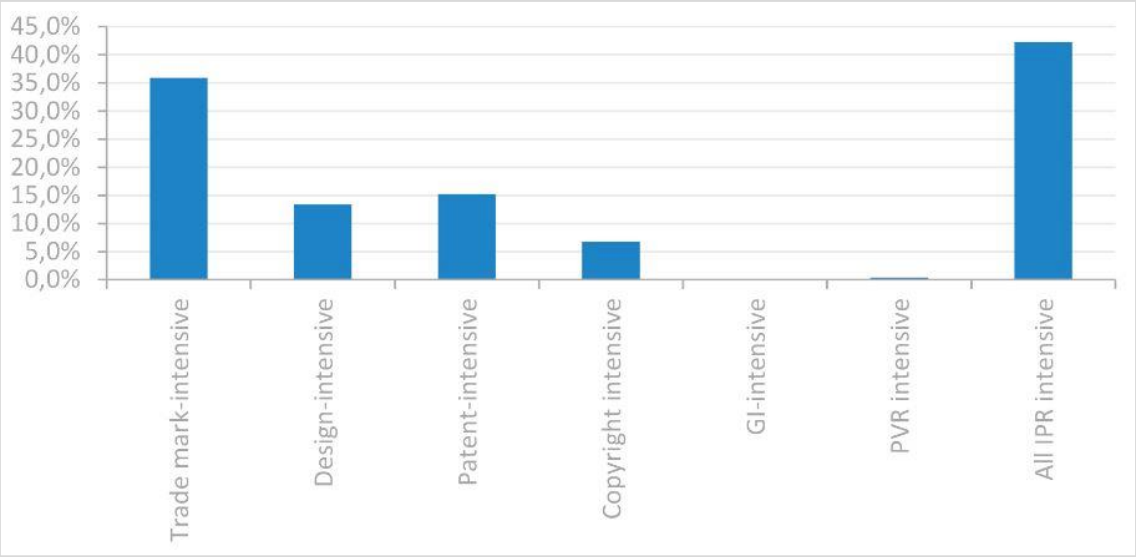



Tabella 9: *Contribution of IPR Intensive industries to EU GDP, 2011-2013 average.* Fonte: Euipo/EPO 2016 – Intellectual Porperty rights intensive industries and economic performance in the European Union

Il più recente studio del 2019 tra l'EPO e l'EUIPO[442] presenta un aumento delle percentuali indicate riferite allo studio del 2016, sia per il tasso di occupazione (che passa al 37%), che per il GDP europeo (che passa al 44,8%).

| IPR-intensive industries | Employment (direct) | Share of total employment (direct) | Employment (direct+indirect) | Share of total employment (direct+indirect) |
|---|---|---|---|---|
| Trade mark-intensive | 46,700,950 | 21.7% | 65,047,936 | 30.2% |
| Design-intensive | 30,711,322 | 14.2% | 45,073,288 | 20.9% |
| Patent-intensive | 23,571,234 | 10.9% | 34,740,674 | 16.1% |
| Copyright-intensive | 11,821,456 | 5.5% | 15,358,044 | 7.1% |
| GI-intensive | n/a | n/a | 399,324 | 0.2% |
| PVR-intensive | 1,736,407 | 0.8% | 2,618,502 | 1.2% |
| **All IPR-intensive** | **62,962,766** | **29.2%** | **83,807,505** | **38.9%** |
| Total EU employment | | | 215,520,333 | |

Note: Due to overlapping use of IP rights, the sum of the figures for the individual IPRs exceeds the total figure for IPR-intensive industries.

Tabella 10: *Direct and indirect contribution of IPR-intensive industries to employment, 2014-2016 average.* Fonte:

[442] EUIPO/EPO, *IPR-intensive industries and economic performance in the European Union*, Industry-Level Analysis Report, September 2019 Third edition, disponibile al *link* https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/documents/IPContributionStudy/IPR-intensive_industries_and_economicin_EU/WEB_IPR_intensive_Report_2019.pdf

EUIPO/EPO, *IPR-intensive industries and economic performance in the European Union*, Industry-Level Analysis Report, September 2019 Third edition

| IPR-intensive industries | Value added / GDP (€ million) | Share of total EU GDP |
|---|---|---|
| Trade mark-intensive | 5,447,857 | 37.3% |
| Design-intensive | 2,371,282 | 16.2% |
| Patent-intensive | 2,353,560 | 16.1% |
| Copyright-intensive | 1,008,383 | 6.9% |
| GI-intensive | 20,155 | 0.1% |
| PVR-intensive | 181,570 | 1.2% |
| **All IPR-intensive** | **6,551,768** | **44.8%** |
| Total EU GDP | 14,621,518 | |

Note: Due to overlapping use of IP rights, the sum of the figures for the individual IPRs exceeds the total figure for IPR-intensive industries.

Tabella 11: *Contribution of IPR-intensive industries to GDP, 2014-2016 average*. Fonte: EUIPO/EPO, *IPR-intensive industries and economic performance in the European Union*, Industry-Level Analysis Report, September 2019 Third edition

Gli incentivi per i consumatori all'acquisto di merci contraffatte e all'accesso illegale di contenuti protetti da *copyright* sono i prezzi più bassi, la facile accessibilità e un basso livello di stigmatizzazione sociale associato a tali attività.

Lo studio sottolinea come alcuni soggetti abbiano beneficiato della crescente importanza di internet e del commercio elettronico per la distribuzione e la vendita di prodotti contraffatti e di contenuti digitali illegali (film, programmi TV, musica, libri e *videogames* ecc.). Le piattaforme si finanziano in vari modi, uno dei quali è la pubblicità. Per indagare in che misura i proprietari di siti *web* abbiano beneficiato di questo modello di *business* basato su materiale illecito, l'EUIPO ha commissionato un rapporto che esaminava l'estensione e la struttura della pubblicità digitale su siti *Web* sospetti di violazione del *copyright*. Sono state analizzate oltre 1.400 pagine *Web* e 180.000 annunci pubblicitari da 280 siti *web* sospetti. Dallo studio emerge che spesso su questi siti *web* è possibile trovare annunci pubblicitari per beni associati a marchi legittimi, probabilmente a causa della complessa struttura del mercato pubblicitario *online* e degli incentivi prestazionali dei suoi broker e agenti che desiderano massi-

mizzare l'uso degli annunci pubblicitari nell'ecosistema pubblicitario *online*. Lo studio ha tuttavia anche concluso che esiste una varietà di pubblicità sospetta e che il 46% degli annunci pubblicitari trovati era di natura dominante. Tra le pubblicità principali identificate su siti *Web* sospetti di violazione, molti erano associati a marchi importanti. Il posizionamento errato di questi annunci può portare a problemi per i marchi legittimi. In primo luogo, il marchio può essere erroneamente considerato come un finanziamento e supporto alle attività del sito *web* in violazione, creando potenziali danni al marchio stesso e, in secondo luogo, la presenza del marchio può fornire credibilità al sito *web*, generando vantaggi significativi per i trasgressori.

La pirateria *online* tuttavia non concerne solo i marchi, ma anche e soprattutto opere protette da *copyright* e poi diffuse illegalmente mediante la rete. Rilevante ai nostri fini è il recente *Global Online Piracy Study*[443], il quale si occupa proprio dell'acquisizione e del consumo di musica, film, serie, libri e giochi attraverso i vari canali legali e illegali oggi esistenti, in un'area di diversi paesi presenti in Europa (Francia, Germania, Paesi Bassi, Polonia, Spagna, Svezia, Regno Unito), in America (Brasile, Canada) e in Asia (Hong Kong, Indonesia, Giappone, Tailandia). I mezzi di accesso al materiale protetto oggetto dello studio sono il *download*, lo *streaming* e lo *stream ripping* (pratica che consiste nello scaricare sul proprio computer o altro dispositivo un *file* che in teoria sarebbe disponibile solo in *streaming*). Lo studio evidenzia, come primo aspetto, come i modi con cui i consumatori acquisiscono musica, film, serie, libri e giochi sono cambiati radicalmente negli ultimi venti anni. Mentre tali contenuti protetti da *copyright* precedentemente venivano infatti acquisiti principalmente sotto forma di supporti fisici come cd, dvd e libri, oggi una quantità crescente di contenuti digitali viene acquisita e utilizzata via internet. Inoltre si sottolinea come negli ultimi anni si sia potuto notare un secondo spostamento nell'acceso e utilizzo dei contenuti: dalla più diffusa pratica del *download* da piattaforme come iTunes, all'attuale diffusissimo *streaming* da Netflix, Spotify e simili: dunque dalla proprietà all'accesso. La distribuzione autorizzata di contenuti e parallelamente la pirateria *online* hanno seguito la medesima evoluzione: da supporti fisici (come cd e dvd contraffatti), tramite *download* da Napster e dai suoi successori (come, ad esempio, The Pirate Bay e Megaupload), allo *streaming* offerto dalle piattaforme.

Lo studio prosegue sottolineando come diverse ragioni portano delle conclusioni contrastanti sul legame tra pirateria *online* e vendite. Innanzitutto, si sostiene, esistono diverse inte-

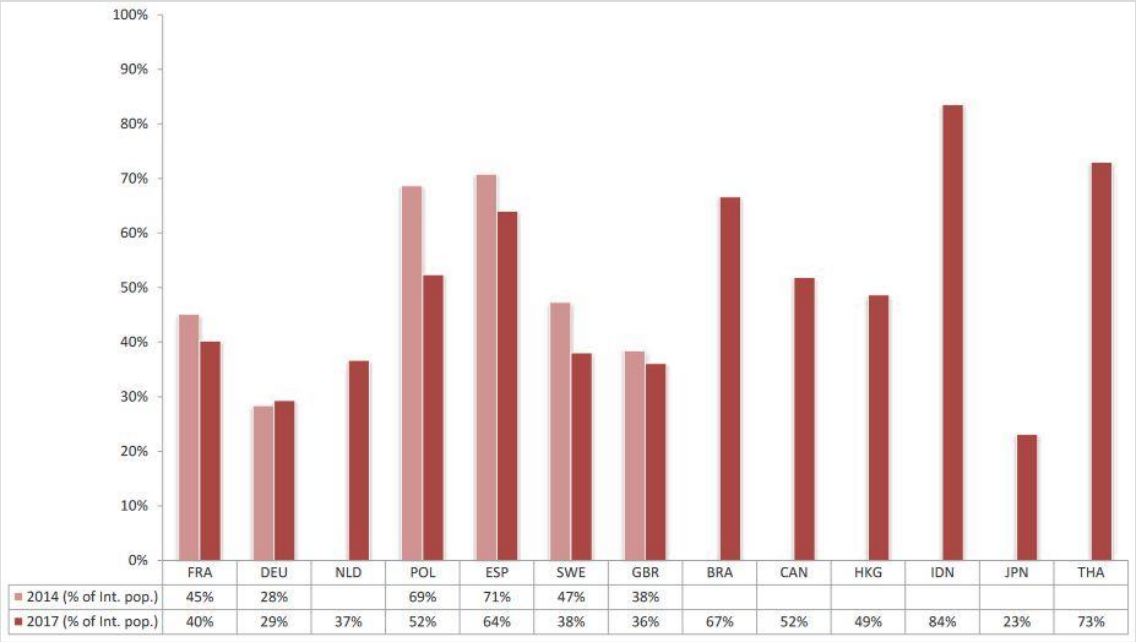
[443]J.P. QUINTAIS, J. POORT, M. VAN DER ENDE, M. HAGERAATS, A. YAGAFAROVA., *Global Online Piracy Study*, in *IViR Institution for Information Law*, 2018, disponibile al *link*: www.ivir.nl/publicaties/download/Global-Online-Piracy-Study.pdf

razioni contrapposte tra pirateria e consumo lecito, alcune delle quali hanno un impatto negativo sulle vendite, altre positivo e altre neutrale. Questi meccanismi sono riassunti nella seguente tabella:

| | |
|---|---|
| **Positive** | + It introduces consumers to music, films, books and games (and to artists, authors and genres), thus creating new demand. This is known as the sampling effect.<br>+ It allows consumers to pool their demand, resulting in increased demand.<br>+ It enhances willingness to pay and demand for concerts and related merchandise (complementary demand).<br>+ It enhances the popularity of products, boosting demand for legal supply (network effect). |
| **Neutral** | • It meets the demand of consumers who are not, or not sufficiently, willing to pay and subsequently are not served by legal supply.<br>• It meets a demand for products that are not offered legally. |
| **Negative** | - It substitutes for the purchase of content or cinema visits (substitution effect).<br>- It results in the deferred purchase of content at a lower price than the price at launch.<br>- Sampling results in sales displacement as a result of fewer bad purchases.<br>- It substitutes legal consumption via consumers' time budget. |

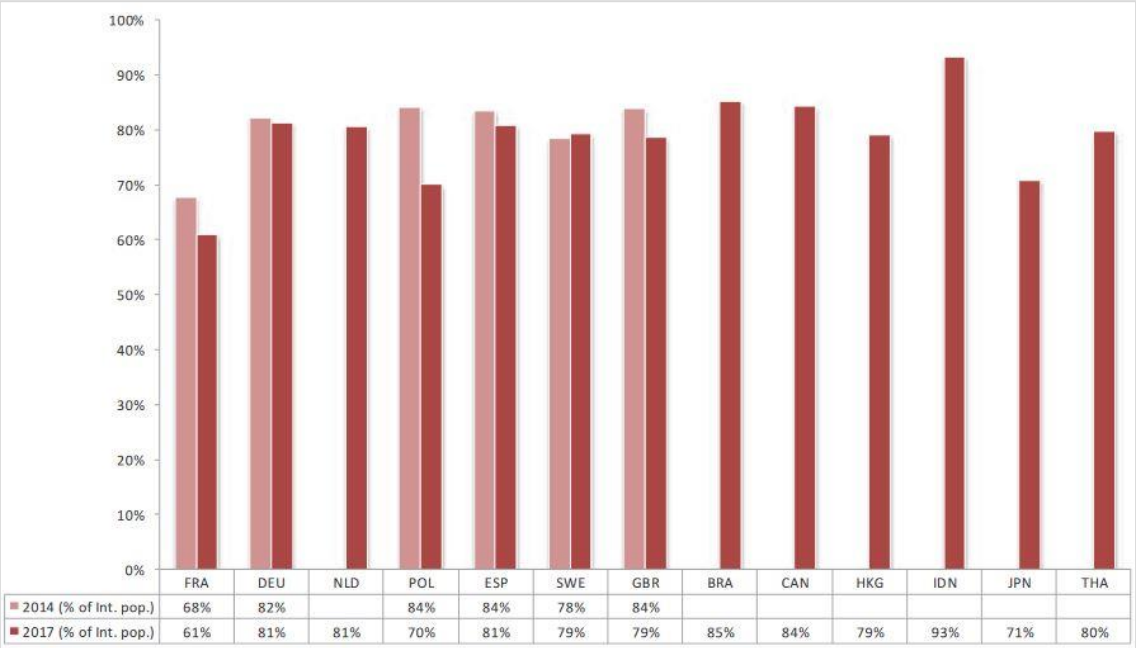
Tabella 12: *Possible effects of online piracy on the purchase of legal content*. Fonte: *Global Online Piracy Study* 2018 (tab. 2)

Viene rimarcato quello che è l'effetto positivo più rilevante, noto come *sampling effect*: i consumatori vengono in contatto con nuova musica, attori e generi, e questo di conseguenza genera nuova domanda. Inoltre ciò può aumentare la domanda di prodotti complementari come concerti dal vivo e merci. L'aspetto negativo più rilevante è la sostituzione: un consumatore si astiene dall'acquistare legalmente dei materiali avendoli acquisiti da una fonte illegale. Vi sono infine effetti neutri quando, ad esempio, la condivisione di *file* soddisfa la domanda di quei consumatori che non hanno possibilità di pagare i contenuti leciti. Per la maggior parte dei paesi europei e dei tipi di contenuto, si osserva un aumento del volume pro capite di accesso o utilizzo di contenuti illegali, nonostante una percentuale decrescente della popolazione compia atti di pirateria *online*. Ciò significa che le attività illecite di pirateria si stanno gradualmente limitando a un gruppo sempre più piccolo, sebbene il volume totale dei materiali illeciti non stia diminuendo: meno persone scaricano o accedono a più materiale protetto.




| | FRA | DEU | NLD | POL | ESP | SWE | GBR | BRA | CAN | HKG | IDN | JPN | THA |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| 2014 (% of Int. pop.) | 45% | 28% | | 69% | 71% | 47% | 38% | | | | | | |
| 2017 (% of Int. pop.) | 40% | 29% | 37% | 52% | 64% | 38% | 36% | 67% | 52% | 49% | 84% | 23% | 73% |

Tabella 13: *Acquired or accesses any content type illegally (last year).* Fonte: *Global Online Piracy Study* 2018 (tab. 5)




| | FRA | DEU | NLD | POL | ESP | SWE | GBR | BRA | CAN | HKG | IDN | JPN | THA |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| 2014 (% of Int. pop.) | 68% | 82% | | 84% | 84% | 78% | 84% | | | | | | |
| 2017 (% of Int. pop.) | 61% | 81% | 81% | 70% | 81% | 79% | 79% | 85% | 84% | 79% | 93% | 71% | 80% |

Note: exclusive of radio, linear television, live concerts and merchandise; inclusive of offline consumption from legal sources.

Tabella 14: *Acquired or accesses any content type legally (last year)*. Fonte: *Global Online Piracy Study* 2018 (tab. 4)

Lo studio prosegue sottolineando la necessità di considerare che i gruppi di cui alle tabelle 10 e 11 si sovrappongono: per ogni tipo di contenuto e paese, il 95% o più dei pirati accedono ai contenuti anche legalmente, e viceversa.

Si prosegue analizzando dettagliatamente le relative statistiche per i vari settori (musica, li-

bri, giochi, serie, film e video), a cui si rimanda per una più attenta analisi.

Dopo una breve panoramica sul panorama concernente la pirateria digitale, occorre specificare se e quanto impatto questa abbia nelle vendite o servizi legali. È necessario anticipare come vi siano studi contrastanti sul punto: alcuni dimostrano come la pirateria stia diminuendo (almeno in alcuni paesi) grazie a servizi di *streaming* legali quali Spotify e Netflix[444], altri invece come in realtà questa sia ai massimi storici[445]. Sul punto Hardy, Krawczyk e Tyrowic hanno scritto che: «*In total, for the final analysis we have identified as many as 40 studies (with more than 600 estimates) of which 4 argue in favor of a positive effect of 'piracy' on sales, 21 demonstrating the opposite, 6 finding no relationship whatsoever and 5 finding the direction of the link dependent on the type of content or analyzed sample. In addition, in most of the papers, at least some of the specifications were insignificant*»[446]. Sembrerebbe dunque avere la meglio il parere negativo. Tuttavia gli stessi autori non negano la possibilità che in realtà non ci sia un nesso causale così ferreo tra pirateria e vendite. Dunque non è stata superata la prova dell'"oltre ogni ragionevole dubbio". Eppure, ci si chiede, un nesso simile sembra quasi ovvio: com'è dunque possibile che sia così difficile da dimostrare nella pratica? La risposta concerne la diversificazione del quadro oggetto di analisi: come evidenziato, la pirateria digitale può avere anche influenze positive o neutre. Inoltre bisognerebbe tenere conto dei vari tipi di contenuto, di chi vi accede e se in via legale o illegale.

### 4.3.1 L'effetto dell'*enforcement* sulla pirateria digitale

Sono state perseguite diverse strategie per combattere la condivisione non autorizzata di *file* nel corso degli anni, e non vi è dubbio che queste abbiano comportato una ripercussione sulla pirateria digitale.

Un primo sistema si è concentrato sul lato dell'offerta. L'esempio per eccellenza è stato l'utilizzo di DRM[447]. Tale approccio è stato supportato anche a livello legislativo (si veda, ad

---

[444] Vedi, tra i tanti, J. POORT; J. WEDA, *Elvis Is Returning to the Building: Understanding a Decline in Unauthorized File Sharing*, 28 J. MEDIA ECON. 63, 66, 79 (2015).

[445] *Global Piracy Increases Throughout 2017, MUSO Reveals*, MUSO (2017), https://www.muso.com/magazine/global-piracy-increases-throughout-2017-muso-reveals.

[446] WOJCIECH HARDY ET AL., *Friends or Foes? A Meta-Analysis of the Link Between "Online Piracy" and Sales of Cultural Goods* 2 (Univ. Warsaw Fac. Econ. Sci. Working Paper No. 23, 2015).

[447] Vedi anche E. PALAZZOLO, *Misure tecnologiche di protezione dei diritti di proprietà intellettuale: mostri giuridici o ancore di salvezza?*, in *IUS in itinere*, 26 febbraio 2019, disponibile al *link* https://www.iusinitinere.it/misure-tecnologiche-di-protezione-dei-diritti-di-proprieta-intellettuale-mostri-giuridici-o-ancore-di-salvezza-17924; R. CASO, *Misure tecnologiche di protezione: cinquanta (e più) sfumature di grigio della Corte di giustizia europea*, in *Trento Law & Technology Research Group*, Research Paper No. 19, 2 aprile 2014, disponibile al *link*

esempio, il Titolo II *ter* l. 633/1941 dedicato alle misure tecnologiche di protezione). Abbandonato in alcuni settori, anche sotto la spinta di critiche per l'invasività della *privacy*, è tutt'oggi utilizzato per i servizi di *streaming*, *e-book* e videogiochi. Un'altra tattica è stata (ed è tuttora) quella di offrire valide alternative legali, come Netflix o Spotify. Infine non si può non citare, il mezzo di *enforcement* per eccellenza: lo strumento e l'azione legale. Uno studio ha studiato gli effetti dell'applicazione della direttiva *enforcement* sulle vendite svedesi di musica e film[448], dal quale è emerso un notevole calo del traffico internet nei sei mesi successivi all'implementazione. Attraverso studi analoghi in Norvegia e Finlandia e un confronto tra i vari risultati, pare che la direttiva abbia portato ad un aumento delle vendite del 27% per i supporti fisici musicali e del 48% per la musica digitale, mentre nulla di significativo è stato notato in materia cinematografica. Sebbene questo sembri dare una risposta positiva ad un *enforcement* legale, è necessario anche sottolineare come questi effetti benefici siano in realtà scemati dopo sei mesi, ad eccezione del caso della vendita di musica digitale. Probabilmente a sortire il più di questo effetto furono le campagne pubblicitarie di sensibilizzazione del pubblico circa la manovra europea. Alla domanda del perché avessero smesso o comunque diminuito di porre in essere atti di pirateria, gli intervistati risposero tendenzialmente sottolineando la presenza di buoni servizi legali (quali Spotify), della qualità migliore del legale, e della conoscenza della direttiva. Davanti a questo panorama risulta tuttavia impossibile comprendere se tali effetti positivi siano dovuti alla legislazione europea in sé o piuttosto alla compagna educativa che l'accompagnò.

Un altro modo per riuscire a dare effettività all'applicazione delle norme sul *copyright* fu agire sul versante degli intermediari: il primo netto esempio fu rappresentato dalla chiusura di Napster[449], ma come la storia ha potuto dimostrare diverse e numerose ulteriori alternative sorsero in seguito alla sua scomparsa. Anche la chiusura di Megaupload nel gennaio del 2012 suscitò scalpore: furono analizzate le vendite legali prima e dopo la chiusura del *cyberlocker* più famoso del mondo, e furono riscontrate differenze nelle vendite successive alla chiusura[450]. Tuttavia non è stata riscontrata una relazione tra le vendite legali prima della chiusura del sito e il flusso su Megaupload, ciò a significare che l'effetto benefico sulle ven-

---

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2424490.

[448] v. A. ADERMON; C.Y. LIANG, *Piracy, Music and Movies: A Natural Experiment* 5 (Research Inst. Indus. Econ., IFN Working Paper No. 854, 2010), http://www.ifn.se/wfiles/wp/wp854.pdf.

[449] V. B. KING GEAR, *The Day Napster Died*, in Wired, 15 maggio 2002, disponibile al *link* www.wired.com/2002/05/the-day-the-napster-died/.

[450] B. DANAHER; M. D. SMITH, *Gone In 60 Seconds: The Impact of The Megaupload Shutdown on Movie Sales*, 33 INT'L J. INDUS. ORG. 1, 2 (2014).

dite in realtà sia effimero, positivo fintanto che non si fossero trovati validi sostituti. Anzi, un altro studio rilevò conseguenze negative nei ricavi delle vendite di biglietti per i film meno conosciuti[451]. In generale dunque dagli studi non emerge una notevole e duratura conseguenza sulle vendite legali, ma anzi, un tendenziale fastidio per gli utenti e una maggiore frammentazione del mercato illegale, rendendolo più resistente a interventi successivi. Il *Global Online Piracy Study* mette in luce come sia dubbia l'efficacia delle misure di applicazione del diritto d'autore, sottolineando tale conclusione con riferimento ai casi in cui l'applicazione delle misure esecutive non si traduce in entrate aggiuntive per i titolari. Sembra che la risposta migliore non risieda nella legge, ma nei mercati. Anzi, sembra che sia il reddito pro capite ad avere una forte influenza sugli acquisiti legali. Dalla ricerca emerge inoltre che la pirateria digitale è in diminuzione, ciò in virtù non tanto delle previsioni normative ma piuttosto dei nuovi modelli di servizi legali offerti: nelle giuste condizioni, i consumatori sono disposti a pagare per avere accesso a contenuti protetti e ad abbandonare la pirateria. Ne risulta che le scelte legislative dovrebbero concentrarsi su migliorare e favorire tali condizioni, anziché adottare approcci repressivi per affrontare le violazioni. Così Lessig: «[...] anche se un certo tipo di "pirateria" è assolutamente ingiusto, non è così per tutta la "pirateria". O almeno, non tutta la "pirateria" è sbagliata se ci si riferisce a tale termine nelle accezioni oggi usate con sempre maggior frequenza. Molti tipi di "pirateria" sono utili e produttivi, per dare vita sia a nuovi contenuti sia a nuove modalità imprenditoriali»[452].

### 4.4 Buoni e cattivi

Dalle molte ricerche condotte sembra quasi passare un messaggio volto a marcare una netta differenza tra chi viola il *copyright* e chi no, chi lo permette e chi invece lo combatte. Sembra dunque esistere, alla base di questi studi, una differenza tra buoni e cattivi: i cittadini rispettosi della legge e i trasgressori. Tuttavia questi studi non tengono in considerazione l'evoluzione del comportamento dei consociati e delle loro prassi, ma anzi negli anni si è spinto per alzare l'asticella dell'illegalità, qualificando come illegali comportamenti che fino a prima potevano definirsi neutri. Insomma, un esercito di pirati diventati tali *ex post*. Nelle campagne antipirateria si evince sempre un accento eccessivamente stigmatizzante nei con-

[451] C. PEUKERT ET AL., *Piracy and Box Office Movie Revenues: Evidence from Megaupload*, 52 INT'L J. INDUS. ORG. 188, 189-91 (2017).
[452] L. LESSIG, *Cultura libera. Un equilibrio fra anarchia e controllo, contro l'estremismo della proprietà intellettuale*, Milano, 2005.

fronti di comportamenti che ormai fanno parte della vita dei cittadini, i quali certo sono consci della non completa liceità delle loro azioni ma non comprendono una tanto marcata intrinseca illiceità nelle loro condotte.

Alla luce di ciò non può non sorgere il dubbio che ormai il *copyright* sia diventato più uno strumento volto a favorire gli interessi di pochi privati piuttosto che un mezzo per perseguire il progresso e portare beneficio alla collettività. Il dubbio si acuisce se assistiamo ad eventi come il processo decisionale europeo per l'approvazione della nuova direttiva sul *copyright*, ove a dettar legge e a influenzare il processo decisionale non sono state le migliaia di preoccupazioni sollevate dai cittadini europei, ma le pressioni delle *lobby* affinché si approvi uno strumento che altro non fa che criminalizzare comportamenti la cui natura illecita rimane dubbia. Non si può, alla luce di ciò, non concordare con quanto sostenuto da Cecilia Blengino: «Va considerato che parlare di comportamenti "oltre il limite" può significare non solo che una condotta si è allontanata da una norma, ma anche che è il limite stesso ad essersi spostato, portando al di fuori dai nuovi confini morali della società un comportamento di per sé invariato. Risulta allora fondamentale spostare l'attenzione del problema del rispetto dei diritti in rete alla questione cruciale relativa a chi definisce tali diritti»[453].

Un'altra tendenza poco coerente è l'assimilazione della copia non autorizzata al furto: la prima infatti non comporta la sottrazione del bene all'autore; questa concerne più la privativa di sfruttamento di un bene immateriale. La stessa copia non incide inoltre sulla disponibilità del bene ad un terzo soggetto[454]. Come sottolineato all'interno degli studi su citati, l'equivoco più dannoso è quello per cui ad una copia scaricata illegalmente corrisponderebbe una copia legale non venduta. Tuttavia non vi è prova a supporto di ciò, ma anzi, come visto, in alcuni casi la pirateria può fungere da traino promozionale per alcune realtà legali (come ad esempio i concerti dal vivo o la visione al cinema di film meno conosciuti). Perché dunque, ci si chiede, non sfruttare questo *boost* per promuovere l'uso legale? Occorrerebbe cambiare i propri modelli di *business*, cosa che non solo non è avvenuta, ma che i grandi titolari faticano a voler realizzare anche nel futuro: «Ma perché la pirateria e il *file sharing* si sono diffusi così velocemente? Quale ruolo svolgono? Può essere utile per rispondere a queste domande considerare che nonostante il numero di artisti e CD presenti nei cataloghi delle major sia molto ampio (più di 30.000 album l'anno), il numero di canali informa-

---

453 C. BLENGINO, *La devianza informatica tra crimini e diritti: un'analisi socio-giuridica*, Roma, 2009.

454 Sull'equiparazione tra furto di un bene materiale e copia non autorizzata si segnalano J. S. ALBANESE, *Fraud: the charateristic crime of the twenty-first century*, in J. S. ALBANESE (a cura di), *Combating piracy: intellectual property theft and fraud*, TransactionPublishers, 2009 e F. LATRIVE, *Sul buon uso della pirateria. Proprietà intellettuale e libero accesso nell'ecosistema della conoscenza*, Roma, 2005.

tivi usato dalle case discografiche sia rimasto inalterato nel corso del tempo creando un effetto imbuto per i consumatori che internet e il file sharing hanno risolto. Le major hanno infatti trascurato il fatto che escludendo altri canali attraverso i quali far entrare in contatto i consumatori con il bene musicale, hanno dovuto necessariamente scegliere di promuovere attraverso la radio un piccolo numero di artisti. [...] É per altro facile comprendere che il file sharing svolge la funzione di far conoscere ad un insieme ampio di persone quegli artisti che, non essendo promossi dalle case discografiche, rimarrebbero sconosciuti. In altre parole, il file sharing supplisce all'incapacità della major di soddisfare la domanda dei consumatori di aumentare i canali esperienziali del prodotto musicale»[455]. Non si può non avvertire la pressione del tentativo di conformare le norme sociali a modelli economici ormai obsoleti e a normative che li mantengono in vita.

Occorre, infine, tenere fermo a mente che la maggior parte delle condotte lesive sono poste in essere da soggetti che si trovano dietro ad uno schermo; risulta quindi doveroso adottare maggiori cautele quando ci si muove nell'alveo della repressione: «Per quanto concerne l'ambito criminologico, in particolare, le nuove logiche digitali finiscono per determinare l'insorgenza di problematiche percettive nuove, in grado di influenzare significativamente il processo di percezione, valutazione e attribuzione di significato»[456]. L'utente che utilizza internet si trova davanti a infinte possibilità di violare le norme sul *copyright* e non sempre coglie l'essenza antigiuridica dei suoi comportamenti quando pone in essere attività di pirateria. La diffusa realizzazione di comportamenti simili, la scarsa se non nulla percezione e conoscenza del danno effettivamente arrecato all'autore, la protezione fornita dallo schermo e dagli strumenti informatici a disposizione per mascherare la propria identità sono solo alcuni dei motivi che spingono le persone a violare il *copyright*.

Se, tuttavia, tali auto-giustificazioni difficilmente possono trovare una loro base per chi non è nato in un mondo digitale, occorre anche considerare che le nuove generazioni hanno tali usanze nel sangue: le violazioni sporadiche sono ormai prassi accettata dai concittadini. In fondo, la devianza di un soggetto può anche essere percepita dalla reazione sociale ad una determinata azione. Chiaro che se un ragazzo giovane racconta apertamente di essere entrato in un negozio e di aver rubato cento cd le persone attorno ne rimarrebbero basite, giudicando con riprovevolezza tale condotta. Se però lo stesso ragazzo racconta di aver condivi-

---

[455] L. PILOTTI.; A. GANZAROLI, *Proprietà condivisa e open source. Il ruolo della conoscenza in emergenti ecologie del valore*, Milano, 2009, 188.

[456] S. VEZZADINI, *Realtà virtuale e nuove forme di vittimizzazione: quale spazio per il riconoscimento?*, in A. PITASI (a cura di), *Webcrimes. Normalità, devianze e reati nel cyberspace*, Milano, 2007 (pp. 165-167).

so cento canzoni su Facebook, o di aver caricato cento video cinematografici su YouTube, la reazione di chi ascolta sarebbe ben diversa. Anzi, probabilmente gli si chiederebbe la condivisione del *link* per poter beneficiare di quei contenuti. Si ritorna dunque al classico problema della conformità o meno tra norma sociale e precetto giuridico del diritto d'autore. Rimane dunque l'interrogativo se siano i comportamenti sociali a dover conformarsi al diritto o il diritto ad adattarsi ai cambiamenti sociali. Il ritardo fisiologico del diritto tende ad accentuarsi quando ci si muove all'interno dell'ambito tecnologico, caratterizzato da continua novità ed evoluzioni. Non è dunque possibile predisporre apparati normativi efficaci e soprattutto idonei a regolamentare questo settore a lungo termine. Lessig inoltre sottolinea come noi «*have a system of technology thatinvites our kids to be creative. Yet a system of law prevents them from creating legally. The regulation of this creativity thus fails every important standard of efficiency and justice*»[457].

Alla luce di ciò non può non destare preoccupazione la scelta effettuata in sede europea: non solo un così incisivo intervento postula un fallimento di mercato, ma anche è stato accompagnato da tesi per nulla provate e corroborate da evidenze empiriche. Anche la *ratio* (appunto, il *value gap*) lascia molto a desiderare, eppure, dati alla mano, internet non pare essere una così pericolosa minaccia per i titolari, ma anzi, una buona opportunità (che però non si vuole cogliere)[458]. Nondimeno lo stesso *impact assessment* della Commissione ammette che gli «*economic impacts are mostly assessed from a qualitative point of view, considering how the different policy options would affect the negotiations between those creating or investing in the creation of content and those distributing such content online. The limited availability of data in this area did not allow to elaborate a quantitative analysis of the impacts of the different policy options*»[459].

---

[457] L. LESSIG, *Remix. Making art and commerce thrive in the hybrid economy*, New York, 2008, 266-267.

[458] CISAC, *Global Collections Report 2016*, http://www.cisac.org/Cisac-University/Library/Royalty-Reports/Global-Collections-Report-2016; IFPI, *Global Music Report 2016*, http://www.ifpi.org/downloads/GMR2016.pdf; P. BELLEFLAMME; M. PEITZ, *Digital Piracy*, in *Encyclopedia of Law and Economics,* Springer, 2014, 1; L. ZHANG, *Intellectual property strategy and the long tail: evidence from the recorded music industry*, Management Science 1 (2016).

[459] Commissione europea, Commission Staff Working Document, *Impact Assessment on the Modernisation of EU Copyright Rules*, SWD (2016) 301 final, Part 1/3, 136

# Conclusioni

L'analisi fin qui condotta mette in luce come l'ordinamento europeo non sempre sia in grado di fornire le risposte migliori. Le aspre critiche sollevate durante tutto il processo legislativo, la scarsa considerazione dell'impatto della nuova direttiva su altri diritti fondamentali nonché la scarsa aderenza del testo al panorama socio-economico odierno sottolineano come l'UE sia più che mai in difficoltà nella gestione delle novità e problematicità che il progresso tecnologico porta con sé. La Corte di Giustizia sembra inoltre avvicinarsi, attraverso delle pronunce sempre più stringenti e severe, all'impianto disegnato dalla nuova direttiva sul diritto d'autore, spegnendo la speranza di poter trovare un equilibrio attraverso il formante giurisprudenziale.

La cultura della condivisione e il libero accesso alla conoscenza è ormai parte integrante della società dell'informazione, nonché patrimonio culturale degli utenti della rete. Irrigidire ulteriormente un sistema basato su esclusive e lunghi periodi di tutela, creare nuovi diritti di privativa, limitare eccessivamente l'utilizzo di materiale rinvenuto in internet si pone in forte contrasto con i comportamenti della collettività che sempre più nettamente vanno nella direzione di un serrato celere ricambio e riutilizzo delle opere: la diffusione di tendenze contrarie al modello proprietario in tema autorale è direttamente proporzionale all'introduzione di nuove tecnologie che consentono tale possibilità.

Appare dunque sensato interrogarsi sulla riuscita, in un'ottica futura, di una legislazione volta ad ovviare a questa problematica imputando responsabilità in capo a soggetti che sicuramente andrebbero maggiormente responsabilizzati, ma preferibilmente attraverso altre vie. La pericolosa vicinanza ad una responsabilità oggettiva in capo agli ISP e la palese indifferenza a un necessario bilanciamento in cui il *copyright* dovrebbe essere inserito non possono che evidenziare la pericolosa deriva che l'Unione Europea e l'*enforcement* del diritto d'autore stanno prendendo.

A fronte di studi empirici dai quali risulta come tali scelte non siano corroborate da certezze statistiche, permane il dubbio sulla vera ragione che ha portato all'approvazione della direttiva sul diritto d'autore e diritti connessi nel mercato unico digitale.

In conclusione ritengo necessario che gli organi legislativi comunitari si riallineino ad un panorama più rispettoso dei principi fondamentali dell'Unione Europea, evitando pericolose manovre normative sigillate nel loro campo, prive di sguardi a temi che vanno oltre il lo-

ro limite semantico: il rischio è infatti quello di ottenere un risultato che mal si concilia con il restante assetto normativo, con le precedenti pronunce giurisprudenziali in merito e con la sensibilità sociale rivolta all'argomento trattato.

La posizione presa in sede europea, completamente noncurante delle forti proteste sollevate dalla comunità e degli accurati avvertimenti provenienti dalla dottrina e vari esperti del settore, dimostra come la sfida del *copyright* sembri vinta ma altro non è che persa in partenza.

Le potenzialità della tecnologia, il mancato consenso popolare diffuso, lo stridente impianto legislativo disegnato altro non dimostrano come il diritto d'autore (o forse i rispettivi titolari?) stia strenuamente cercando di salvare quel poco che può sopravvivere in un contesto quale quello odierno. Mi domando dunque se non abbia, a questo punto, più senso pensare a un mondo, se non senza *copyright*, con una versione del diritto d'autore completamente rivista e "alleggerita": occorre forse rivedere la romantica teoria autore-centrica?

# BIBLIOGRAFIA

ADDISON J., *Genius* (1711), in *Essays and Tales* (Whitefish, 2004)

ADERMON A; LIANG C.Y., *Piracy, Music and Movies: A Natural Experiment* 5 (Research Inst. Indus. Econ., IFN Working Paper No. 854, 2010), http://www.ifn.se/wfiles/wp/wp854.pdf

AGUILAR A., "*The New Copyright Directive: Fair remuneration in exploitation contracts ofauthors and performers –Part 1, Articles 18 and 19*" (15 luglio 2019) *Kluwer Copyright Blog*, http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/07/15/the-new-copyright-directive-fair-remuneration-in-exploitation-contracts-of-authors-and-performers-part-1-articles-18-and-19/

Albanese J.S., *Fraud: the characteristic crime of the twenty-first century*, in J. S. ALBANESE (a cura di), *Combating piracy: intellectual property theft and fraud*, Transaction Publishers, 2009

ALBERTINI L., *La modifica al diritto d'autore europeo per tener conto del contesto digitale: note sugli artt. 11 (diritto degli editori) e 13 (responsabilità dei provider) della bozza di direttiva UE nel febbraio 2019, uscita dalla fase c.d. trilogue*, in *MediaLaws*, Law and Media Working Paper Series no. 2/2019

ALIPRANDI S., *Il diritto d'autore nell'era digitale. Una ricerca empirica su comportamenti, percezione sociale e livello di consapevolezza tra gli utenti della rete*, Tesi di dottorato per il dottorato internazionale in Tecnologie per la comunicazione e l'informazione applicate alla società della conoscenza e ai processi educativi (Società dell'informazione) presso il Centro interdipartimentale QUA_SI dell'Università di Milano-Bicocca, 2012

ALIPRANDI S., *Copyleft & opencontent. L'altra faccia del copyright*, Lodi, 2005

ALPA G., *Towards the Completion of the Digital Single Market: The Proposal of a Regulation on a Common European Sales Law*, in *European Business Law Review,* 2014, 347 ss.

ANDERTON C.; DUBBER A.; JAMES M., 2012. Chapter 5: Music Distribution. In: 1, ed. *Under-*

*standing the Music Industries*. Thousand Oaks: Sage Publications Ltd, pp. 84 – 99

ANGELOPOULOS C., *On online platforms and the Commission's new Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market*, CIPIL, 2017

ANGELOPOULOS C., *European intermediary liability in copyright: A tort-based analysis*, in *UvA-DARE* (Digital Academic Repository) [http://hdl.handle.net/11245/1.527223], 2016

ANGELOPOULOS C., *CJEU in UPC Telekabel Wien: A totally legal court order… to do the impossible,* in *Kluwer Copyright Blog*, 3 aprile 2014, http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2014/04/03/upc-telekabel-wien/

ANGELOPOULOS C., HUSOVEC M., KUCZERAWY A.; PEGUERA M.; ROSATI E.; STALLA-BOURDILLON S.; TURK K.; *An academic perspective on the copyright reform*, in *Elsevier Computer Law & Security review* [https://www.sciencedirect.com/] vol. 33, n. 1, pp. 3 – 13, 2017

ANGELOPOULOS C.; QUINTAIS J.P., *Fixing Copyright Reform: a Better Solution to Online Infringement*, in *Jipitec*, vol. 10 (2), 2019, www.jipitec.eu/issues/jipitec-10-2-2019

ANGELOPOULOS C.; QUINTAIS J.P., *Fixing Copyright Reform: How to Address Online Infringement and Bridge the Value Gap*, in *Kluwer Copyright Blog* [http://copyrightblog.kluweriplaw.com/], 2018

AXHAMN J., "*The New Copyright Directive: Collective licensing as a way to strike a fair balance between creator and user interests in copyright legislation (Article 12)*" (25 June 2019), *Kluwer Copyright Blog*, http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/06/25/the-new-copyright-directive-collective-licensing-as-a-way-to-strike-a-fair-balance-between-creator-and-user-interests-in-copyright-legislation-article-12/

BARTOCCI U., *Aspetti giuridici dell'attività letteraria in Roma antica. Il complesso percorso verso il riconoscimento dei diritti degli autori*, Torino, 2009

BASSINI M., *Il Tribunale di Roma ordina a Vimeo di pagare 8,5 milioni di euro per violazione del diritto d'autore*, in *MediaLaws*, 4 aprile 2019, www.medialaws.eu/il-tribunale-di-roma-ordina-a-vimeo-di-pagare-85-milioni-di-euro-per-violazione-del-diritto-dautore/

BASSINI M., *Enforcement del Diritto d'autore Online e tutela dei diritti "degli altri". Profili costituzionali del regolamento AGCOM*, in rivista telematica *Federalismi.it rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo* [https://www.federalismi.it/index.cfm], Comunicazioni, Media e Nuove Tecnologie n. 2, 19/09/2014

BASSOLI E., *Il caso RTI vs. Vimeo e la responsabilità civile dell'hosting provider attivo: sentenza n. 693/2019 del Tribunale di Roma*, in *Rivista scientifica DirittoMercatoTecnologia*, 26 febbraio 2019, www.dimt.it/index.php/it/notizie/17386-il-caso-rti-vs-vimeo-e-la-responsabilita-civile-dell-hosting-provider-attivo-sentenza
-n-693-2019-del-tribunale-di-roma

BECHTOLD S., "*Information Society Directive*". In *Thomas Dreier and Bernt Hugenholtz*, "Concise European Copyright Law" (*Kluwer Law International*, 2016), p. 470

BELLEFLAMME P.; PEITZ M., *Digital Piracy*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, Springer, 2014, 1

BENKLER Y., *From Consumers to Users: Shifting the DeeperStructures of Regulation Toward SustainableCommons and User Access*, in *Federal Communications Law Journal*: Vol. 52, Article 9, maggio 2000, www.repository.law.indiana.edu/fclj/vol52/iss3/9/

BENNETT H.S., *English Books & Readers 1558 to 1603,* Cambridge, 1989

BENTLY L.; KRETSCHMER M.; DUDENBOSTEL T.; CLATRAVA MORENO M.C.; RADAUER A., '*Strengthening the Position of Press Publishers and Authors and Performers in the Copyright Directive*' (10 September 2017) European Parliament, Study for the JURI committee, Brussels www.europarl.europa.eu/RegData/etues/STUD/2017/596810/IPOL_STU596810_EN.pdf

BENTLY L.; SMITH H., *Call For Views: Modernising the European Copyright Framework*, in CIPIL (University of Cambridge), 5 dicembre 2016, www.cipil.law.cam.ac.uk/press/news/2016/12/cambridge-academics-respond-call-views-european-commissions-draft-legislation

BERNERS-LEE T., *L'architettura del nuovo web. Dall'inventore della rete il progetto di una comunicazione democratica, interrativa e intercreativa*, Milano, 2001

BERTANI M., *Diritti d'autore e connessi*, in *La proprietà intellettuale*, a cura di L.C. UBERTAZZI, Torino, 2011, XII, pp. 221-405 (*Trattato di diritto privato dell'Unione Europea* diretto da G. AJANI, G.A. BENACCHIO)

BIN R., *Nuovi diritti e vecchie questioni*, in *Studi in onore di Luigi Costato*, vol. 3, *I multiformi profili del pensiero giuridico*, Napoli, 2014

BITTO A., *La responsabilità civile dell'internet service provider in Italia e in Germania*, in *LUISS Guido Carli*, relatore Gianluigi Ciacci [https://tesi.luiss.it/15879/], 2015

BLENGINO C., *La devianza informatica tra crimini e diritti: un'analisi socio-giuridica*, Roma, 2009

BONADIO E., *Trade marks in online marketplaces: the CJEU's stance in L'Oreal v. ebay,* in *Computer and Telecommunications Law Review*, 37 (2012)

BONAMORE D., *Il plagio del titolo delle «opere dell'ingegno» nella dogmatica del diritto d'autore*, Milano, 2011

BRACHA O., *The Adventures of the Statute of Anne in a Land of Unlimited Possibilities: The Life of a Legal Transplant*, 25 Berkeley Tech. L.J. 1427, 1444 (2010)

BRIDY A., "*EU Copyright Reform: Grappling With the Google Effect*" (2019) Vanderbilt J. Entertainment & Tech. L., (Forthcoming), https://ssrn.com/abstract=3412249

BRIDY A., *Internet Payment Blockades*, 67 Florida L. Rev. 1523 (2015)

BRIDY A.; KELLER D., *U.S. Copyright Office Section 512 Study: Comments in Response to Second Notice of Inquiry* (February 21, 2017), https://ssrn.com/abstract=2920871

CAMPUS G., *Italian public enforcement of online copyright infringement: new powers and procedures for AGCOM*, in *Kluwer Copyright Blog* [http://copyrightblog.kluweriplaw.com/], 2018

CANDIAN A., *Anonimato (diritto all')*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 449 ss.

CARPOU Z., *Robots, Pirates, and the Rise of the Automated Takedown Regime: Using the DMCA to Fight Piracy and Protect End-Users*, 39 Columbia Journal Of Law & The Arts, 551-589 (2016)

CASELGRANDI M.; CILIA D.; FARINA G., *Il copyright manager. La tutela della proprietà intellettuale nell'era della tecnologia telematica*, Milano, 2017, PDF e-book

CASO R., *Misure tecnologiche di protezione: cinquanta (e più) sfumature di grigio della Corte di giustizia europea*, in *Trento Law & Technology Research Group*, Research Paper No. 19, 2 aprile 2014, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2424490

CASO R., *Plagio, diritto d'autore e rivoluzioni tecnologiche*, in *Trento Law & Technology Research Group*, Research Paper n. 10, 2012, http://eprints.biblio.unitn.it/2290/

CASO R. (a cura di), *Plagio e creatività: un dialogo tra diritto e altri saperi*, in *Quaderni del dipartimento, 98*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2011

CASO R., *Alle Origini del Copyright e del Diritto d'Autore: Spunti in Chiave di Diritto e Tecnologia,* in *SSRN Electronic Journal,* 2010, www.ssrn.com/index.cfm/en

CASO R. (a cura di), *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*, in *Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Trento*, Trento, 2008, http://eprints.biblio.unitn.it/1336/

CASO R., *Il conflitto tra diritto d'autore e protezione dei dati personali: appunti dal fronte euro-italiano,* in *Diritto dell'Internet*, vol. 4, n. 5 IPSOA - Wolters - Kluwer, 2008, 466-472

CASO R., *Il conflitto tra copyright e privacy nelle reti Peer to Peer: il caso Peppermint – Profili di diritto comparato*, in *Diritto dell'Internet*, 2007, 471

CASO R., *Digital rights management: il commercio delle informazioni digitali tra contratto e diritto d'autore*, Trento, 2006

CASO R., *Lineamenti normativi del copyright statunitense e del diritto d'autore italiano*, in G. PASCUZZI, R. CASO, *I diritti sulle opere digitali*, Padova, 2002

CASSANO G.; BUFFA F., *Responsabilità del content provider e dell'host provider*, in *Il Corriere Giuridico*, 2003 fasc. 1, 77 – 81

CASSANO G., IASELLI M., *Caso "About Elly": la responsabilità dell'internet service provider,* in *Corriere del merito*, 2011, 922

CICERONE, *Ad Atticum*, 13, 12, 2

CISAC, *Global Collections Report 2016*, http://www.cisac.org/Cisac-University/Library/Royalty-Reports/Global-Collections-Report-2016; IFPI, *Global Music Report 2016*, http://www.ifpi.org/*downloads*/GMR2016.pdf

CITARELLA G., *Algoritmi e responsabilità civile,* in *Responsabilità civile e previdenza*, 2013, 234

CODIGLIONE G., *Opere dell'ingegno e modelli di tutela. Regole proprietarie e soluzioni convenzionali*, Torino, 2017

COLANGELO G., *Responsabilità degli intermediari online ed enforcement del diritto d'autore*, in *itmedia-consulting*, 2018, www.itmedia-consulting.com/DOCUMENTI/dirittodautore.pdf

COLANGELO G., *La responsabilità del service provider per violazione indiretta del diritto d'autore nel caso Yahoo! Italia*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2012, 894

COLANGELO M., *Internet e sistemi di filtraggio tra enforcement del diritto d'autore e tutela dei diritti fondamentali: un commento ai casi Scarlet e Netlog,* in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, 580

CORPORATE EUROPE OBSERVATORY, "*Copyright Directive: how competing big business lobbies drowned out critical voices"*, 10 December 2018, https://corporateeurope.org/en/2018/12/copyright-directive-how-competing-big-business-lobbies-drowned-out-critical-voices

COSTANZO, *I newsgroups al vaglio dell'Autorità giudiziaria (ancora a proposito della responsabilità degli attori d'Internet)*, nota a Tribunale Roma, 04/07/1998 in *Riv. inf. e informatica 1998*, 4-5, 0811

COSTES A., *Observations sur les articles du projet du nouveau Code criminel, qui concernent la Librairie*, Lyon Floréal an 12 (1804)

CREATe, '*Copyright Directive approved at plenary vote'* (26 March 2019) www.create.ac.uk/copyright-directive-approved-at-plenary-vote

CREATe, '*EU Copyright Reform*' (26 March 2019), www.create.ac.uk/policy-responses/eu-copyright-reform/

CREATe, "*The Copyright Directive: Articles 11 and 13 must go - Statement from European Academics in advance of the Plenary Vote on 26 March 2019*" (24 marzo 2019), https://tinyurl.com/yxmudrdg

CREATe, *"Article 11 Research"* (2017), www.create.ac.uk/policy-responses/eu-copyright-reform/article-11-research/

CRIMI G., *Il Tribunale di Roma riconosce a RTI un risarcimento di oltre 5 milioni di euro per la violazione del diritto d'autore*, in *DirittodAutore.it*, 25 luglio 2019, www.dirittodautore.it/news/sentenzenews/il-tribunale-di-roma-riconosce-a-rti-un-risarcimento-di-oltre-5-milioni-di-euro-per-violazione-del-diritto-dautore/

D'AMMASSA G., *Corte di Giustizia Europea: il titolare di una connessione internet non può esonerarsi dalla responsabilità indicando un familiare*, in *DirittodAutore.it*, 22 ottobre 2018, www.dirittodautore.it/news/sentenzenews/corte-di-giustizia-europea-il-titolare-di-una-connessione-internet-non-puo-esonerarsi-dalla-responsabilita-indicando-un-familiare/

D'ARRIGO R., *Recenti sviluppi in tema di responsabilità degli Internet Service Providers*, Milano, 2012

D'ARRIGO R., *La responsabilità degli intermediari nella nuova disciplina del commercio elettronico*, in *Danno e responsabilità*, 2004, 253

DANAHER B.; SMITH M.D., *Gone In 60 Seconds: The Impact of The Megaupload Shutdown on Movie Sales*, 33 INT'L J. INDUS. ORG. 1, 2 (2014)

DEAZLEY R. (2008) '*Commentary on Tonson v. Collins* (1762)', in *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

DEAZLEY R., *Rethinking Copyright: History, Theory, Language*, Edward Elgar Publishing, Incorporated, Great Britain, 2006

DE BARTHOLOMAEIS V., *Poscritta a "boves se pareba"*, in *Giornale storico della letteratura italiana*, 91, pp. 67 ss., 1928

DE BARTHOLOMAEIS V., *Ciò che veramente sia l'antichissima "cantilena" boves se pareba*, in *Giornale storico della letteratura italiana*, 90, pp. 197 ss., 1927

DE CATA M., *Il caso "Peppermint". Ulteriori riflessioni anche alla luce del caso "Promusicae",* in *Rivista di diritto industriale*, 2008, 404

DEFOE D., *A Review*, 3 Dec. 1709

DE FELICE A., *Linking e violazione del diritto d'autore da parte degli ISP: la sentenza del Tribunale di Roma nel caso RTI/Facebook*, in *MediaLaws*, 30 ottobre 2019, www.medialaws.eu/linking-e-violazione-del-diritto-dautore-da-parte-degli-isp-la-sentenza-del-tribunale-di-roma-nel-caso-rtifacebook/#prettyPhoto/0/

DE LAMOIGNON; DE MALESHERBES, *Mémoires sur la librairie. Mémoires sur la liberté de la presse*, rist. anast. Paris 1994, con una Présentation di R. CHARTIER

DINWOODIE GRAEME B., *A Comparative Analysis of the Secondary Liability of Online Service Providers (May 17, 2017). Secondary Liability of Internet Service Providers* (Graeme Dinwoodie ed., Springer 2017); Oxford Legal Studies Research Paper No. 47/2017, https://ssrn.com/abstract=2997891

DEL NINNO A., *Il caso Pormusicae-Telefonica: la Corte di Giustizia UE si pronuncia sul rapporto tra tutela della privacy e protezione del copyright nell'ordinamento comunitario*, in *Diritto e Giustizia. Il quotidiano di informazione giuridica*, 2 febbraio 2008

DINWOODIE G. B., *A Comparative Analysis of the Secondary Liability of Online Service Providers* (May 17, 2017). *Secondary Liability of Internet Service Providers* (Graeme Dinwoodie ed., Springer 2017); Oxford Legal Studies Research Paper No. 47/2017. Disponibile su SSRN: https://ssrn.com/abstract=2997891

DRAETTA U., *Internet e commercio elettronico*, Milano, 2001

DUCATO R.; STROWEL A., "*Limitations to Text and Data Mining and Consumer Empowerment. Making the Case for a Right to 'Machine Legibility'*" (19 March 2019), in *Kluwer Copyright Blog*, http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/03/19/limitations-to-text-and-data-mining-and-consumer-empowerment-making-the-case-for-a-right-to-machine-legibility/

EDRi, '*Press release: MEPs ignore expert advice and vote for mass internet censorship*' (20 June 2018), https://edri.org/press-release-meps-ignore-expert-advice-and-vote-for-mass-internet-

censorship/

EISENBERG H.B., *A Speedbump on the Information Superhighway: Pushing Copyright Law into the Online Era: Playboy Enterprises, Inc. v. Frena, 839 F. Supp. 1552* (M.D. Fla. 1993, The Florida Historical Quarterly 92, no. 2 (2013): 337-50. http://www.jstor.org/stable/43487589

ELKIN-KOREN N., "*Fair Use by Design*", UCLA *Law Review* 64 (2017), 1082 (1093)

ELKIN-KOREN N.; NAHMIAS Y.; PEREL M. (Filmar), "*Is It Time to Abolish Safe Harbor? When Rhetoric Clouds Policy Goals*" (2019), *Stanford Law & Policy Review*, (Forthcoming), https://ssrn.com/abstract=3344213

ENGELER M., *Copyright Directive: Does the best effort principle comply with GDPR?*, in *Telemedicus. Recht der Informationsgesellschaft*, 23 marzo 2019, www.telemedicus.info/article/3402-Copyright-Directive-Does-the-best-effort-principle-comply-with-GDPR.html%EF%BB%BF

ERICKSON K.; KRETSCHMER M., *"This video is unavailable": Analyzing Copyright Takedown of User-Generated Content on Youtube*, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law* (JIPITEC), vol. 9, n. 1, 2018, pp. 75-89, www.jipitec.eu/issues/jipitec-9-1-2018/4680

EUIPO, *2019 Status Report on IPR Infringement*, www.euipo.europa.eu/ohimportal/en/web/observatory/status-reports-on-ip-infringement

EUIPO/EPO, *IPR-intensive industries and economic performance in the European Union*, Industry-Level Analysis Report, September 2019 Third edition, https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/documents/IPContributionStudy/IPR-intensive_industries_and_economicin_EU/WEB_IPR_intensive_Report_2019.pdf

FARRAND B., "*Towards a modern, more European copyright framework", or, how to rebrand the same old approach?* E.I.P.R. 2019, 41(2), 65-69

FICHTE J.G., «*Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks. Ein Räsonnement und eine Parabel*», Berlinische Monatsschrift, Mai 1793

FRIGERIO F., *RTI v. Dailymotion: il Tribunale di Roma interviene nuovamente sulla responsabilità dell'hosting provider sulla scia della sentenza della Cassazione nel caso RTI v. Yahoo!*, in *Filodiritto. Approfondisci sempre*, Diritto (d)e(i) nuova media, 2 settembre 2019, www.filodiritto.com/rti-v-dailymotion-il-tribunale-di-roma-interviene-nuovamente-sulla-responsabilita-dellhosting

FRIGERIO F., *Attivo, anche se inconsapevole. Il Tribunale di Roma sanziona Vimeo e conferma i caratteri della responsabilità dell'hosting provider attivo per violazione del diritto d'autore altrui*, in *MediaLaws*, 23 luglio 2019, www.medialaws.eu/attivo-anche-se-inconsapevole-il-tribunale-di-roma-sanziona-vimeo-e-conferma-i-caratteri-della-responsabilita-dellhosting-provider-attivo-per-violazione-del-diritto-dautore-altrui/

FRIGERIO F., *Responsabilità dell'hosting provider: la Cassazione conferma la distinzione tra attivo e passivo*, in *Filodiritto. Approfondisci sempre*, 18 aprile 2019, www.filodiritto.com/responsabilita-dellhosting-provider-la-cassazione-conferma-la-distinzione-tra-attivo-e-passivo

FROSIO G., *Reforming Intermediary Liability in the Platform Economy: A European Digital Single Market Strategy* (February 6, 2017). 112 Northwestern University Law Review 19 (2017), https://ssrn.com/abstract=2912272

FUSCO M.A., *Youtube condannata per violazione del copyright di alcune telenovelas*, in *Millecanali*, Leggi&Norme, 8 maggio 2017, www.millecanali.it/youtube-condannata-per-violazione-del-copyright-di-alcune-telenovelas

GAIO, *Inst.*, 2.73-77

GIACCARDI AVOCATS, *Responsabilità del titolare di una connessione Internet per mezzo della quale sono state commesse violazioni del diritto d'autore*, in *Giaccardi&Brezzo Avocats*, http://giaccardi-avocats.com/it/, 19 ottobre 2018

GIANNI, ORIGONI, GRIPPO, CAPPELLI & PARTNERS, *Linking e diritto d'autore - La sentenza*

*Svensson e altri contro Retriever Sverige AB della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sul linking ad opere dell'ingegno messe a disposizione su Internet*, in www.gop.it, marzo 2014

GIANNONE CODIGLIONE G., *Corte di Giustizia e diritto d'autore*, in *Comp. e dir. civ.*, 2012, www.comparazionedirittocivile.it

GIGLIUCCI R. (a cura di), *Furto e plagio nella letteratura del classicismo*, in *Studi (e testi) italiani: Semestrale del Dipartimento di italianistica e spettacolo dell'Università di Roma "La Sapienza"*, 1998

GIOVANELLA F., *Copyright and Information Privacy. Conflicting Rights in Balance*, Edward Elgar Pub., Cheltenham, 2017

GIOVANELLA F., *La responsabilità per linking a files audiovisivi contraffatti e l'incerta natura del motore di ricerca,* Tribunale di Roma, 22 marzo 2011, ord. - Giud. Muscolo - *PFA Films s.r.l. c. Yahoo! Italia s.r.l.,* in *Diritto e Responsabilità,* 8-9/2011

GLOBAL MUSIC REPORT 2018 – State of the Industry, *Fixing the value gap*, www.ifpi.org/downloads/GMR2018_ValueGap.pdf

GRECO P.; VERCELLONE P., *I diritti sulle opere dell'ingegno*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da Vassalli F., XI/3, Torino 1974

GREENBERG J.M., *From Betamax to Blockbuster. Video Storesand the Invention of Movies on Video*, Cambridge, MIT Press, 2008

GUSMINI G.; MANNA L., *La Corte di Cassazione mette un punto fermo sulla responsabilità dell'hosting provider: Cass. n. 7708/2019*, in *Martini Manna Blog*,16 maggio 2019, www.martinimanna.it/la-corte-di-cassazione-mette-un-punto-fermo-sulla-responsabilita-dellhosting-provider-cass-n-7708-2019

HAJJAR J., *Confusion within the DMCA: Resolving the Red Flag Knowledge Circuit Split* (2019). *Law School Student Scholarship*. 969, https://scholarship.shu.edu/student_scholarship/969

HARDY W. et al., *Friends or Foes? A Meta-Analysis of the Link Between "Online Piracy" and Sales of Cultural Goods* 2 (Univ. Warsaw Fac. Econ. Sci. Working Paper No. 23, 2015)

HEATH M., *Aristophanes and His Rivals*, in *Greece & Rome*, vol. 37 n. 2, 1990, pp. 143-158 (p.152)

HERRERA J.R., *The Recent and Relevant Copyright Bill in Colombia (Law 1915-2018)*, in *Kluwer Copyright Blog* [http://copyrightblog.kluweriplaw.com/], 2018

HESSE C., *The Rise of Intellectual Property, 700 B.C.-A.D. 2000: An Idea in the Balance*, in *Daedalus*, vol. 131, n. 2, 2002

HOOTSUITE, *Digital 2019 Q4 Global Digital Statshot* report, www.slideshare.net/slideshow/embed_code/key/NSBCWzcfsbGXTg

HUSOVEC M., "*How Europe Wants to Redefine Global Online Copyright Enforcement*" (2019). In: Tatiana EleniSynodinou (ed.), *Pluralism or Universalism in International Copyright Law* (*Kluwer law*, Forthcoming), http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3372230

HUSOVEC M., *The Promises of Algorithmic Copyright Enforcement: Takedown or Staydown? Which is Superior? And Why?* (August 26, 2018). *Columbia Journal of Law & the Arts*, Forthcoming; Tilburg Law School Research Paper Forthcoming, https://ssrn.com/abstract=3239040

HUSOVEC M., LEENES R., *Study on the Role of Online Intermediaries – Summary of the Public Consultation*, study prepared for the European Commission, SMART number 2015/0084/

HUSOVEC M., QUINTAIS J., *How to License Article 17? Exploring the Implementation Options for the New EU Rules on Content-Sharing Platforms* (October 1, 2019), in *SSRN* https://ssrn.com/abstract=3463011

IAIA V. (a cura di), *La rinnovata responsabilità dell'internet service provider tra tenaci esigenze imprenditoriali e copiose istanze di tutela dei diritti d'autore nel mercato unico digitale*, in *Ius in itinere. Rivista semestrale di diritto*, n. 1/2019, www.rivistadidiritto.it

IASELLI M., *Video-sharing: condannata la piattaforma Dailymotion*, in *Altalex*, 31 luglio 2019, www.altalex.com/documents/news/2019/07/31/video-sharing-piattaforma-dailymotion

IASELLI M., *Linking a contenuti non autorizzati: Facebook condannata*, in *Altalex*, 22 febbraio 2019, www.altalex.com/documents/news/2019/02/22/*link*ing-a-contenuti-non-autorizzati-facebook-condannata

IEMMA G., *E-commerce e Direttiva 2000/31/CE: scenari attuali e prospettive future*, in *diritto&diritti dal 1996* (Diritto civile e commerciale), 2016, www.diritto.it/e-commerce-e-direttiva-200031ce-scenari-attuali-e-prospettive-future

IMPERADORI R., *La responsabilità dell'Internet Service Provider per violazione del diritto d'autore: un'analisi comparata*, in *Trento Law and Technology Research Group*, Student Paper n. 21, 2014, http://eprints.biblio.unitn.it/4377/1/LT_Student_Papers_Imperadori_21.pdf

INGRASSIA A., *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine? Risposte attuali e scenari futuribili di una responsabilità penale dei provider nell'ordinamento italiano*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 8 novembre 2012, www.penalecontemporaneo.it

INSTITUTE FOR INFORMATION LAW (IViR), *Research*, *Copyright in the Age of Online Access: Alternative Compensation Systems in EU Law*, NWO Project number 407-11-050, in *Kluwer Law International*, 2017

IViR, "*Academics Against Press Publishers' Right*" (24 April 2018), www.ivir.nl/academics-against-press-publishers-right/

IZZO U., *Alle origini del copyright e del diritto d'autore. Tecnologia, interessi e cambiamento giuridico*, postfazione di R. Caso, Roma, 2010

IZZO U., *Alle radici della diversità tra copyright e diritto d'autore*, in G. PASCUZZI, R. CASO, *I diritti sulle opere digitali*, Padova, 2002

JANSSENS M.C., "*The issue of exceptions: reshaping the keys to the gates in the territory of literary, musical and artistic creation*". In *Estelle Derclaye*, Research Handbook on the Future of EU Copyright (EdwardElgar, 2009), pp. 317–348

JIARUI L., *Why is Betamax anAnachronism in the Digital Age? Erosion of the Sony Doctrine and Indirect Copyright Liability of Internet Technologies*, in *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, Vol. 7, p. 343, gennaio 2005, https://ssrn.com/abstract=1869349

JOHNS A., *Pirateria. Storia della proprietà intellettuale da Gutenberg a Google*, Torino, 2011

KANT I., *Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks*, trad. it. *L'illegittimità della ristampa dei libri*, a cura di M.C. Pievatolo, in *Bollettino telematico di filosofia politica*, gennaio 2019, in https://btfp.sp.unipi.it/dida/kant_7/ar01s06.xhtml

KARAPAPA S., *The press publishers' right in the European Union: an overreaching proposal and the future of new online*, in E. Bonadio; N. Lucchi (a cura di), *Non-Conventional Copyright. Do New and Atypical Works Deserve Protection?*, 2018, 325, www.e-elgar.com/shop/eep/preview/book/isbn/9781786434074/

KELLER P., "*Implementing the Copyright Directive: Protecting the Public Domain with Article 14*" (25 June 2019), *Communia*, www.communia-association.org/2019/06/25/implementing-copyright-directive-protecting-public-domain-article-14/

KING GEAR V.B., *The Day Napster Died*, in *Wired*, 15 maggio 2002, www.wired.com/2002/05/the-day-the-napster-died/

KRETSCHMER M., "*European copyright reform: Is it possible*?" (7 May 2019), *re:publica*, 2019, www.youtube.com/watch?v=ZyujNlpxu9k

KRETSCHMER M.; ERICKSON K., *How much do we know about notice-and-takedown? New study tracks YouTube removals*, in *Kluwer Copyright Blog* [http://copyrightblog.kluweriplaw.com/], 2018

KUCZERAWY L., "T*o Monitor or Not to Monitor? The Uncertain Future of Article 15 of the E-Commerce Directive*" (29 May 2019), *Balkinization*, https://balkin.blogspot.com/2019/05/to-monitor-or-not-to-monitor-uncertain.html

KUCZERAWY L., *From 'Notice and take down' to 'Notice and Stay Down': Risks and Safeguards for Freedom of Expression* (December 19, 2018). Giancarlo Frosio (ed), *The Oxford Handbook of Intermediary Liability Online*, 2019, Forthcoming, https://ssrn.com/abstract=3305153

KULK S.; BORGESIUS F., '*Filtering for Copyright Enforcement in Europe after the Sabam Cases*' (2012) 34(11) EIPR 791

LATRIVE F., *Sul buon uso della pirateria. Proprietà intellettuale e libero accesso nell'ecosistema della conoscenza*, Roma, 2005

LESSIG L., *Remix. Making art and commerce thrive in the hybrid economy*, New York, 2008

LESSIG L., *Cultura libera. Un equilibrio fra anarchia e controllo, contro l'estremismo della proprietà intellettuale*, Milano, 2005

LIGUORI J., *La responsabilità degli Internet Service Provider*, Dottorato di ricerca in *Diritto Commerciale: Proprietà Intellettuale e Concorrenza*, Ciclo XXIII, Università degli Studi di Parma, 2012, http://dspace-unipr.cineca.it/handle/1889/1787

LOCCHI G., *Il principio di trasparenza in Europa nei suoi risvolti in termini di Governance amministrativa e di comunicazione istituzionale dell'Unione*, in *Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"* [http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/], 2011

LOCKE J. (a cura di CASALINI B.), *Due trattati sul governo*, Pisa, 2006, 205, https://archiviomarini.sp.unipi.it/87/1/casaliniultimo.pdf

LOFRANCO N., *Corte di Appello Milano (Rti/Yahoo) versus Corte di Giustizia (Papasav-*

*vas/Fileleftheros). Sulla effettiva portata delle deroghe all'ordinario regime di responsabilità del provider*, in *Diritto.it*, Giurisprudenza europea, 18 febbraio 2015, www.diritto.it/corte-di-appello-milano-rtiyahoo-versus-corte-di-giustizia-papasavvasfileleftheros-sulla-effettiva-portata-delle-deroghe-all-ordinario-regime-di-responsabilita-del-provider/.

LONG T., *Copyright case: Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc., USA*, in *Kluwer Copyright Blog* [http://copyrightblog.kluweriplaw.com/], 2018

LUCCHI N., *I contenuti digitali. Tecnologie, diritti e libertà*, Milano, 2010, www.researchgate.net/publication/236649444_I_Contenuti_Digitali_Tecnologie_Diritti_e_Liberta

MANTELERO A., *L'ingegneria interpretativa della Corte di Giustizia delle Comunità europee in soccorso della tutela online del diritto d'autore*, in *Giurisprudenza italiana*, 2008, 1422

MARSOOF A., *'Notice and takedown': a copyright perspective*, in *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, Vol. 5 (2), 183-205, Aprile 2015

MARTINI V.E., *Il Tribunale di Torino sulla responsabilità dell'Internet Service Provider*, in *Lexology*, 9 giugno 2014, www.lexology.com/library/detail.aspx?g=5adb6c7f-c306-4d19-b5b1-df51622eee66

MARUCCI B., *La responsabilità civile in rete: necessità di introdurre nuove regole*, in *Comparazione e diritto civile (a cura di P. Stanzione)*, *www.comparazionedirittocivile.it*

MARZANO P., VENEZIA M., *Internet e copyright*, in *Working Papers*, Giuffré, Gennaio 2000, 46 ss.

MARZIALE M.V., *Epigrammaton liber*, I, 20, 29, 38, 52, 53

MASNICK M., '*EU Commissioner Gunther Oettinger Admits: Sites Need Filters To Comply With Article 13*', (3 April 2019), *Techdirt*, www.techdirt.com/articles/20190329/15501341902/eu-commissioner-gunther-oettinger-admits-sites-need-filters-to-comply-with-article-13.shtml

MASNICK M., "*After Insisting That EU Copyright Directive Didn't Require Filters, France Immediately Starts Promoting Filters*" (28 March 2019), *Techdirt*, www.techdirt.com/articles/20190327/17141241885/after-insisting-that-eu-copyright-directive-didnt-require-filters-france-immediately-starts-promoting-filters.shtml

MAUGHAM R., *A treatise on the laws of literary property, comprising the statutes and cases relating to books, manuscripts, lectures: Dramatic and musical compositions; engravings, sculpture, maps, &c., including the piracy and transfer of copyright; with a historical view, and disquisitions on the principles and effects of the laws*, *Lawbook Exchange*, 2008

MERLA F., *Diffusione abusiva di opere in internet e sequestro preventivo del sito web: il caso "The Pirate Bay"*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, 448

MICELI G., *Profili evolutivi della responsabilità in Rete: il ruolo degli Internet Service Provider tra prevenzione e repressione*, in *MediaLaws*, n. 1/2017, 2017

MIGLIOTTI G.R., *Verso un "nuovo" diritto d'autore: profili di tutela ed esigenze di armonizzazione con la normativa comunitaria*, Nota a commento a Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sezione IV, sentenza 12 Novembre 2015, causa C-572/13 *Hewlett-Packard Belgium SPRL v. ReprobelSCRL*, 2015

MILESZYK N., *Commission's proposal on new rights for press publishers: A terrible solution good for no one*, in *Communia*, 14 dicembre 2016, www.communia-association.org/2016/12/14/commissions-proposal-new-rights-press-publishers-terrible-solution-good-no-one/

MONTAGNANI M.L., *Internet, contenuti illeciti e responsabilità degli intermediari*, Milano, 2018

MONTAGNANI M.L.; YORDANOVA TRAPOVA A., *Safe harbours in deep waters: a new emerging liability regime for Internet intermediaries in the Digital Single Market*, in *Internation Journal of Law and Information Technology*, 2018, vol. 26, n. 4, pp. 294-310

MONTALDO S., *Internet governance and the European Union: between net neutrality and the implementation of the digital single market*, in *Diritto dell'economia*, 2015, 601 ss.

MONTANARI A., *Questions and answers on AdWords' cases,* in *Diritto del commercio internazionale*, 2012, 141

MONTANARI A, *Contratto di AdWords e profili di responsabilità. Osservazioni a margine di Corte di giustizia 23 marzo 2010, cause riunite da C-236/08 a C-238/08*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2011, 524 ss.

MONTI M.*, La Corte di giustizia, la direttiva e-commerce e il controllo contenutistico online: le implicazioni della decisione C 18-18 sul discorso pubblico online e sul ruolo di Facebook*, in *MediaLaws*, 15 ottobre 2019, www.medialaws.eu/la-corte-di-giustizia-la-direttiva-e-commerce-e-il-controllo-contenutistico-online-le-implicazioni-della-decisione-c-18-18-sul-discorso-pubblico-online-e-sul-ruolo-di-facebook/

MONTI M., *Di Facebook e del diritto UE: «Polizeirecht» o privatizzazione della censura? Geoblocking o imposizioni globalizzanti? (Commento alle Conclusioni dell'avvocato generale Maciej Szpunar sul caso Eva Glawischnig-Piesczek v Facebook Ireland Limited – Causa C-18/18)*, in *MediaLaws*, 19 settembre 2019, www.medialaws.eu/di-facebook-e-del-diritto-ue-polizeirecht-o-privatizzazione-della-censura-geoblocking-o-imposizioni-globalizzanti-commento-alle-conclusioni-dellavvocato-generale-maciej-szpuna/

MORILLOT A., *De la personnalité du droit de publication qui appartient à un auteur vivant*, in "*Revue critique*", 1872, t. II, pp. 29 ss.

MOSCATI L., *Tra 'copyright' e 'droit d'auteur'. Origine e sviluppo della proprietà intellettuale in Europa*, Napoli, 2012

MOSCATI L., *Alle radici del Droit d'auteur*, in *Studi di storia del diritto medioevale e moderno* (a cura di F. Liotta), Bologna, 2007

MOSCATI L., *Lo statuto di Anna e le origini del copyright nell'Inghilterra del Settecento*, in *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, VI, Napoli, 2007, 3680, www.academia.edu/35604049/Lo_Statuto_di_Anna_e_le_origini_del_copyright_nellInghilterra_del_
Settecento?auto=download

MULA, *Responsabilità del motore di ricerca nel caso About Elly: fraintendimenti informatici a base di un'ordinanza (revocata) dal contenuto anomalo*, in *Quaderni, Anno III, n. 2,* Aprile/Giugno 2013, 149 ss.

MUSO, *Global Piracy Increases Throughout 2017, MUSO Reveals*, MUSO (2017), www.muso.com/magazine/global-piracy-increases-throughout-2017-muso-reveals

NOBRE T., '*The education exception was gutted during the Trilogues*' (27 February 2019), *Communia*, www.communia-association.org/2019/02/27/education-exception-gutted-trilogues/

NORDEMANN J.B., *Are preventive duties on hosting service providers in line with EU law? Some comments from a legal perspective on Art. 13 Draft DSM Directive and "upload filters"*, in *Kluwer Copyright Blog* [http://copyrightblog.kluweriplaw.com/], 2018

NORDEMANN J.B., *Liability of Online Service Providers for Copyright Protected Content – Regulatory Action Needed?*, in *Kluwer Copyright Blog* [http://copyrightblog.kluweriplaw.com/], 2018

NOTARI F., *La controversa responsabilità dell'Internet Service Provider in materia di privacy nella giurisprudenza europea e interna: il caso Google*, in *Amministrazione in Cammino*, 30 aprile 2016, www.amministrazioneincammino.luiss.it/app/uploads/2016/07/Notari.pdf

PACCAGNELLA L., *Open access. Conoscenza aperta e società dell'informazione*, Bologna, 2010

PALAZZOLO E., *Misure tecnologiche di protezione dei diritti di proprietà intellettuale: mostri giuridici o*

*ancore di salvezza?*, in *IUS in itinere*, 26 febbraio 2019, www.iusinitinere.it/misure-tecnologiche-di-protezione-dei-diritti-di-proprieta-intellettuale-mostri-giuridici-o-ancore-di-salvezza-17924

PARDESSUS J.M., *Cours de droit commercial*, 4 voll., Paris 1814-16, preceduta dagli *Elemens de jurisprudence commerciale*, Paris 1811

PASCUZZI G., *Il problem solving nelle professioni legali*, Bologna, 2017

PASCUZZI G. (a cura di), *Il diritto nell'era digitale*, Bologna, 2016

PASCUZZI G., *La videoregistrazione domestica di opere protette davanti alla «Supreme Court»*, nota alla sentenza *Sony Corp. of America* v. *Universal City Studios*, in *Foro it.*, 1984, IV, 351

PATTERSON L.R., *Copyright in Historical Perspective*, Nashville, 1968

PEDILARCO E., *Il mercato unico digitale per l'integrazione europea. La prospettiva del FinTech*, in *MediaLaws*, 24 ottobre 2018, www.medialaws.eu/il-mercato-unico-digitale-per-lintegrazione-europea-la-prospettiva-del-fintech

PEGUERA M., "*The New Copyright Directive: Online Content-Sharing Service Providers lose eCommerce Directive immunity and are forced to monitor content uploaded by users (Article 17)*" (26 September 2019), *Kluwer Copyright Blog*, http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/09/26/the-new-copyright-directive-online-content-sharing-service-providers-lose-ecommerce-directive-immunity-and-are-forced-to-monitor-content-uploaded-by-users-article-17/

PELLEGRINI D.M., *Della prima origine della stampa in Venezia per opera di Giovanni da Spira del 1469*, Venezia, 1794.

PETRUSO R., *Fatto illecito degli intermediari tecnici della rete e diritto d'autore: un'indagine di diritto comparato,* in *Europa e diritto privato*, 2012, 1175

PETRUSO R., *La responsabilità dell'Internet service provider nella legislazione e nella giurisprudenza eu-*

*ropea,* in *Scritti di comparazione e storia giuridica. Atti dei seminari del Dottorato di Diritto Comparato dell'Università di Palermo* (a cura di Cerami P. e Serio M.), Torino, 2011, www.academia.edu/28675158/La_responsabilit%C3%A0_dellinternet_service_provider_nella_legislazione_e_nella_giurisprudenza_europea.pdf

PEUKERT C. et al., *Piracy and Box Office Movie Revenues: Evidence from Megaupload*, 52 INT'L J. INDUS. ORG. 188, 189-91 (2017)

PICOTTI L., *I diritti fondamentali nell'uso ed abuso dei social network. Aspetti penali*, in *Giurisprudenza di merito*, 2012, 2522B

PIERGIGLI D., *Social network e watermarking: alcuni risultati preliminari*, Corso di laurea triennale in Informatica, Università di Bologna, Anno Accademico 2015-2016

PIEVATOLO M.C., *Il mercante e il califfo: politiche della proprietà intellettuale*, in A. Di Corinto (a cura di), *L'innovazione necessaria*, Roma, 2006

PILOTTI L.; GANZAROLI A., *Proprietà condivisa e open source. Il ruolo della conoscenza in emergenti ecologie del valore*, Milano, 2009

PINO G., *Assenza di un obbligo generale di sorveglianza a carico degli Internet Service Providers sui contenuti immessi da terzi in rete*, in *Danno e responsabilità*, 2004, 832 ss.

PIRAINO F., *Spunti per una Rilettura della Disciplina Giuridica degli Internet Service Provider (Ideas for a New Reading of the Law Regulation of Internet Service Providers)* (July 2, 2018). d/SEAS Working Paper No. 18-7, in SSRN, https://ssrn.com/abstract=3206527

PIRRUCCIO P., *Diritto d'autore e responsabilità del provider*, in *Giurisprudenza di merito*, 2012, 2591 B

PLATONE, *Phed.*, 276b-276d

PLINIO, *Epistola*, 1, 8, 3

PLINIO IL GIOVANE, *Epistola*, III, 5, 17

POLLICINO O.; FROSINI T.; APA E.; BASSINI M. (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Milano, 2017

POORT J.; WEDA J., *Elvis Is Returning to the Building: Understanding a Decline in Unauthorized File Sharing*, 28 J. MEDIA ECON. 63, 66, 79 (2015)

QUINTAIS J.P., *The New Copyright in the Digital Single Market Directive: A Critical Look* (October 14, 2019). *European Intellectual Property Review* 2020(1) (Forthcoming). In *SSRN*, *https://ssrn.com/abstract=3424770*

QUINTAIS J.P., *The New Copyright Directive: A tour d'horizon – Part I*, in *Kluwer Copyright Blog*, giugno 2019, http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/06/07/the-new-copyright-directive-a-tour-dhorizon-part-i/

QUINTAIS J.P., *The New Copyright Directive: A tour d'horizon – Part II (of press publishers, upload filters and the real value gap)*, in *Kluwer Copyright Blog*, giugno 2019, http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/06/17/the-new-copyright-directive-a-tour-dhorizon-part-ii-of-press-publishers-upload-filters-and-the-real-value-gap/

QUINTAIS J.P., *Copyright in the Age of Online Access: Alternative Compensation Systems in EU Law* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2017), pp. 191-197

QUINTAIS J.; POORT J., *The Decline of Online Piracy: How Markets – Not Enforcement – Drive Down Copyright Infringement* (August 14, 2019). *American University International Law Review*, Vol. 34, No. 4, pp. 807-876 (2019). In *SSRN*, https://ssrn.com/abstract=3437239

QUINTAIS J.P.; POORT J., *Global Online Piracy Study*, in *Kluwer Copyright Blog* [copyrightblog.kluweriplaw.com], 2018

QUINTILIANO, *Inst. Or.*, 10.3.18 ss.

RADOSAVLJEV P., *For whom the copyright scale tips: has the CJEU established a proper balance of rights with its GS media case judgement?,* in *European Journal of Law and Technology*, Vol 8, No 3, 2017

REDA J., "*EU copyright reform: Our fight was not in vain*" (18 April 2019), https://juliareda.eu/2019/04/not-in-vain/

REDA J., "*Extra copyright for news sites ('Link tax')"* (2017), https://juliareda.eu/eu-copyright-reform/extra-copyright-for-news-sites/

RICCIO G. M., *Alla ricerca della responsabilità dei motori di ricerca*, in *Danno e responsabilità*, 2011, 758

RICCIO G. M., *La responsabilità degli internet providers nel d. lgs. n. 70/2003*, in *Danno e responsabilità*, 2003, vol. 12, 1157-1169

RICCIO G. M., *La responsabilità civile degli internet providers,* Torino, 2002

RIVINGTON C.R.; ARBER E., *A transcript of the registers of the Company of Stationers of London, 1554-1640 a.d.*, London, 1950, pp. 584 ss.

ROSATI E., *Copyright and the Court of Justice of the European Union*, Oxford, 2019

ROSATI E., *The CJEU Pirate Bay Judgment and Its Impact on the Liability of Online Platforms* (July 21, 2017). *European Intellectual Property Review*, Forthcoming. Disponibile su SSRN: https://ssrn.com/abstract=3006591

ROSE M., *The Author as Proprietor: Donaldson v. Becket and the Genealogy of Modern Authorship*, in Representations 23, 1988, 51–85, https://www.jstor.org/stable/2928566

ROSSI G., *Aste online: sulla responsabilità del provider per le aste che si svolgono nel proprio sito si pronuncia la Corte di Giustizia,* in *Contratto e impresa*, 2012, 73

ROTOLO F., *Diritto alla vita privata e tutela della proprietà intellettuale: un bilanciamento ponderato tra gli interessi in gioco*, in *MediaLaws*, 10 marzo 2019, www.medialaws.eu/la-tutela-dei-diritti-di-proprieta-intellettuale-nel-bilanciamento-con-il-diritto-al-rispetto-della-vita-privata/#_ftnref8

SAMUELSON P., *The EU's Controversial Digital Single Market Directive – Part I: Why the Proposed Internet Content Filtering Mandate Was So Controversial*, in *Kluwer Copyright Blog* [http://copyrightblog.kluweriplaw.com/], 2018

SAMUELSON P., *The EU's Controversial Digital Single Market Directive – Part II: Why the Proposed Mandatory Text- and Data-Mining Exception Is Too Restrictive*, in *Kluwer Copyright Blog* [http://copyrightblog.kluweriplaw.com/], 2018

SAMUELSON P., *Digital media and the law*, in *Communications of the ACM*, vol. 34, 1991, 23-28; traduzione italiana disponibile in Scelsi R. V. (a cura di), *No copyright. Nuovi diritti nel 2000*, Milano, 1994

SANTANO MORENO J., *Il solco e il verso. Il luogo della metafora*, in *Rivista filologica cognitiva*, 1, 2003

SARACENO A., *Note in tema di violazione del diritto d'autore tramite Internet: la responsabilità degli Internet Service Provider*, in *Rivista di diritto industriale*, 2011, 375

SCANNICCHIO T., *Il provider non risponde degli accostamenti diffamatori prodotti automaticamente dal motore di ricerca,* in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2013, 152

SCHRIJVERS V.M., *European Court rules on the position of eBay regarding sale of infringing products: L'Oréal v. eBay,* in *European Intellectual Property Review*, 732 (2011)

SCORZA G., *Yahoo libera Google da RTI?,* in *Leggioggi.it,* 19 luglio 2011

SCORZA G., *Yahoo: la legge è uguale per tutti (anche per Elly!),* in *Leggioggi*, 14 luglio, 2011

SCUDERI S., *La responsabilità dell'internet service provider alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea, causa c-610/15, 14 giugno 2018*, in *Diritto Mercato e Tecnologia* [www.dimt.it/images/pdf/SimonaScuderi.pdf], 2018

SENECA, *De beneficiis*, VII, 6, 1

SENFTLEBEN M., *Bermuda Triangle - Licensing, Filtering and Privileging User-Generated Content Under the New Directive on Copyright in the Digital Single Market*, in *SSRN*, 4 aprile 2019, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3367219

SGANGA C., *Propertizing European Copyright History, Challenges and Opportunities*, Cheltenham Northampton MA, 2018, www.researchgate.net/publication/323342864_Propertizing_European_Copyright_History_Challenges_and_Opportunities

SIMMACO, *Epistula*, I, 31

SIMEONE V.G., voce *Mercato Unico Digitale*, in *www.treccani.it*

SOCIETÀ ITALIANA BREVETTI, *Caso RTI – Yahoo! Italia: perché la corte d'appello ha ribaltato la sentenza di I grado*, in *SIB Intellectual Property since 1882*, Diritto d'autore e Internet, 10 febbraio 2015, www.sib.it/flash-news/caso-rti-yahoo-italia-perche-la-corte-appello-ha-ribaltato-la-sentenza-di-primo-grado

SPAGNOLO A., *Bilanciamento tra diritto d'autore, libertà d'impresa e libertà fondamentali nella giurisprudenza recente della Corte di Giustizia,* in *Giurisprudenza di merito*, 2013, 125

SPEDICATO G., *Interesse pubblico e bilanciamento nel diritto d'autore*, Milano, Giuffrè, 2013

SVETONIO, *De grammaticis et de rhetoribus*, cap. VIII

TANI T., *The "Link tax" in the Experiences of Germany, Spain and the Article 11 of the EC Proposal for the New Copyright Directive*, 2018, www.*link*edin.com/pulse/*link*-tax-experiences-

germany-spain-article-11-ec-proposal-tani

TEN THIJE P., *Bastei Lübbe: "Fundamental Rights as a defence to circumvent enforcement of Copyright protection? No!", says CJEU*, in *Kluwer Copyright Blog*, 11 febbraio 2019, http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/02/11/bastei-lubbe-fundamental-rights-as-a-defence-to-circumvent-enforcement-of-copyright-protection-no-says-cjeu/

TESCARO M., *Schemi legali e opposte tendenze giurisprudenziali in tema di responsabilità civile dell'internet provider,* in *Giurisprudenza di merito*, 2013, 2584 B

TOSI E.*, La responsabilità civile per fatto illecito degli Internet Service Provider e dei motori di ricerca a margine dei recenti casi "Google Suggest" per errata programmazione del software di ricerca e "Yahoo! Italia" per "link" illecito in violazione dei diritti di proprietà intellettuale,* in R*ivista di diritto industriale*, 61(1), 2012, 44-66

TROTTA A., *Responsabilità del provider per riproduzione di video televisivi: il caso Yahoo*, in *Diritto industriale*, 2011, 559

TURGOT, *Fondation*, in *Encyclopédie méthodique. Jurisprudence dédiée et présentée a Monsieur de Miromesnil garde des Sceaux de France*, IV, Parigi 1784

UBERTAZZI L.C., *I diritti d'autore e connessi*, Milano, Giuffrè, 2003

URBAN J. M.; KARAGANIS J.; SCHOFIELD B., *Notice and Takedown: Online Service Provider and Rightsholder Accounts of Everyday Practice* (November 1, 2017). 64 J. Copyright Soc'y 371, Summer 2017, https://ssrn.com/abstract=3126401

URBAN J. M.; KARAGANIS J.; SCHOFIELD B., *Notice and Takedown in Everyday Practice'* (March 2016) UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2755628, ssrn.com/abstract=2755628

VALLBÉ J.; BODÓ B.; QUINTAIS J.P.; HANDKE W.C., *Knocking on Heaven's Door: User preferences on digital cultural distribution* (2019), in *Internet Policy Review*, vol. 8 (2).

DOI: 10.14763/2019.2.1404

VIGLIANISI FERRARO A., *L'incidenza dell'art. 17 della Carta di Nizza nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Proprietà e diritto europeo. Atti del Convegno Reggio Calabria, 11 e 12 ottobre 2013* (a cura di D'AMICO G.), Napoli, 2013

VERBIEST T., *La responsabilité des outils de recherche sur Internet en droit français et droit belge*, in *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, 1999, n. 116, 6

VEZZADINI S., *Realtà virtuale e nuove forme di vittimizzazione: quale spazio per il riconoscimento?*, in A. PITASI (a cura di), *Webcrimes. Normalità, devianze e reati nel cyberspace*, Milano, 2007

VISSER D., *Trying to understand article 13*, 18 marzo 2019, in *www.ssrn.com*

VITRUVIO, *De Architectura*, Libro VII, Prefazione, 1-3

VITRUVIO, *praef.* ad 7. 4-7

VECCHI G., *Alcune considerazioni relative alla sentenza del Tribunale di Milano sul caso RTI v. Yahoo! Italia*, in *MediaLaws*, 28 settembre 2011, www.medialaws.eu/alcune-considerazioni-relative-alla-sentenza-del-tribunale-di-milano-sul-caso-rti-v-yahoo-italia-2/

VOLK J., *The Betamax Case and the History of Time Shifting*, *Copyright, Legal Issues and Policy*, 14 dicembre 2008, www.nyu.edu/tisch/preservation/program/student_work/2008fall/08f_1804_Volk_a2.pdf

VON LEWINSKI S., *Comments on Article 13 and related provisions in the JURI Committee Report for a Directive on Copyright in the Digital Single Market,* in *Kluwer Copyright Blog* [http://copyrightblog.kluweriplaw.com/], 2018

VON LEWINSKI S., *Comments on the 'value gap' provisions in the European Commission's Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market (Article 13 and Recital 38)*, in *Kluwer Copyright Blog* [http://copyrightblog.kluweriplaw.com/], 2017

WESTERMEIER J.T., GERVAISE DAVIS III G., *DMCA Section 512(c) 'Safe Harbor' Requirements, Strategies, and Risks*, in *The Computer & Internet Lawyer*, 10 (2012)

YEN A.C., *Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability, and the First Amendment*, Boston College Law School Research Paper No. 2000-03. In *SSRN*, https://ssrn.com/abstract=236478 o http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.236478

YEN A.C., *A First Amendment Perspective on the Idea/ Expression Dichotomy and Copyright in a Work's "Total Concept and Feel",* in *Emory Law Journal 38,* 393 (1989)

ZENO-ZENCOVICH V., *Note critiche sulla nuova disciplina del commercio elettronico dettata dal d. lgs. 70/2003*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica,* 2003, 505

ZHANG L., *Intellectual property strategy and the long tail: evidence from the recorded music industry*, *Management Science*, 1 (2016)

## The Student Paper Series of the Trento Lawtech Research Group is published since Fall 2010

http://www.lawtech.jus.unitn.it/index.php/student-paper-series?start=1

## Freely downloadable papers already published:

**STUDENT PAPER N. 57**

**Rischio idrogeologico e responsabilità civile**

CATERINA ROBERTI (2020), Rischio idrogeologico e responsabilità civile, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 57. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-891-1

---

**STUDENT PAPER N. 56**

**Assistente vocale e dati sanitari. Le sfide dell'intelligenza artificiale alla luce del regolamento (UE) N. 2016/679**

LIVIA PETRUCCI (2020), Assistente vocale e dati sanitari. Le sfide dell'intelligenza artificiale alla luce del regolamento (UE) N. 2016/679, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 56. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-889-8

---

**STUDENT PAPER N. 55**

**The Legal Dimensions of Energy Security in EU Law**

ANDREAS SCHMIEDHOFER (2020), The legal dimensions of energy security in EU law, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 55. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978 88 8443 888 1

---

**STUDENT PAPER N. 54**

**Macchine intelligenti che creano ed inventano. Profili e rilievi critici del nuovo rapporto tra intelligenza artificiale e diritti di proprietà intellettuale**

LAURA TRAVISANELLO (2020), Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 54. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-887-4

---

**STUDENT PAPER N. 53**

**La protezione delle indicazioni geografiche: il sistema europeo e il sistema cinese a confronto**

MARTA COGO (2019), Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 53. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-857-7

---

**STUDENT PAPER N. 52**

**Responsabilità civile e prevenzione dell'abuso interpersonale, fra molestie sessuali e bullismo**

FRANCESCA PERETTI (2019), Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 52. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-856-0

---

**STUDENT PAPER N. 51**

**Blockchain, Smart Contract e diritto d'autore nel campo della musica**

FRANCESCO FAGLIA (2019), Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 51. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-855-3

---

**STUDENT PAPER N. 50**

**Regole per l'innovazione: responsabilità civile e assicurazione di fronte all'auto a guida (progressivamente) autonoma**

FILIPPO ZEMIGNANI (2019), Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 50. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-850-8

---

**STUDENT PAPER N. 49**

**Unravelling the nexus between food systems and climate change: a legal analisys. A Plea for smart agriculture, a "new" organic agriculture and a wiser use of biotechnologies in the name of human rights protection**

ALESSANDRA TELCH (2019), Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 49. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-842-3

---

**STUDENT PAPER N. 48**

**Wireless community networks e responsabilità extracontrattuale**

CHIARA VIDORNI (2019), Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 48. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-841-6

---

**STUDENT PAPER N. 47**

**Proprietà intellettuale e scienza aperta: il caso studio del Montreal Neurological Institute**

GIOVANNA CASSIN (2019), Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 47. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-835-5

---

**STUDENT PAPER N. 46**

**Il "ciclista previdente" che si scontrò due volte: con un'auto e col principio indennitario applicato all'assicurazione infortuni,**

CHRISTOPH SIMON THUN HOHENSTEIN WELSPERG (2019), Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 46. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-834-8

---

**STUDENT PAPER N. 45**

**«Errare humanum est». L'errore nel diritto tra intenzionalità, razionalità ed emozioni**

LEILA BENSALAH (2018), Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 45. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-829-4

---

**STUDENT PAPER N. 44**

**La gestione del rischio fitosanitario nel diritto agroalimentare europeo ed italiano: il caso Xylella**

MARINA DE NOBILI (2018), Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 44. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-828-7

---

**STUDENT PAPER N. 43**

**Mercato agrolimentare e disintermediazione: la dimensione giuridica della filiera corta**

ORLANDI RICCARDO (2018), Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 43. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-827-0

---

**STUDENT PAPER N. 42**

**Causa, meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale**

PULEJO, CARLO ALBERTO (2018), Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 42. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-810-2

---

**STUDENT PAPER N. 41**

**Graffiti, street art e diritto d'autore: un'analisi comparata**

GIORDANI, LORENZA (2018), Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 41. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-809-6

---

**STUDENT PAPER N. 40**

**Volo da diporto o sportivo e responsabilità civile per l'esercizio di attività pericolose**

MAESTRINI, MATTIA (2018), Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 40. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-784-6

---

**STUDENT PAPER N. 39**

**“Attorno al cibo”. Profili giuridici e sfide tecnologiche dello Smart Packaging in campo alimentare**

BORDETTO, MATTEO (2018), Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 39. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-795-2

---

**STUDENT PAPER N. 38**

**Kitesurf e responsabilità civile**

RUGGIERO, MARIA (2018), Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 38. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-793-8

---

**STUDENT PAPER N. 37**

**Giudicare e rispondere. La responsabilità civile per l'esercizio della giurisdizione in Italia, Israele e Spagna**

MENEGHETTI HISKENS, SARA (2017), Giudicare e rispondere. La responsabilità civile per l'esercizio della giurisdizione in Italia, Israele e e Spagna, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 37. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-778-5

---

**STUDENT PAPER N. 36**

**Il diritto in immersione: regole di sicurezza e responsabilità civile nella subacquea**

CAPUZZO, MARTINA (2017), Il diritto in immersione: regole di sicurezza e responsabilità

civile nella subacquea, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 36. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-775-4

---

**STUDENT PAPER N. 35**

**La privacy by design: un'analisi comparata nell'era digitale**

BINCOLETTO, GIORGIA (2017), La privacy by design: un'analisi comparata nell'era digitale, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 35. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-733-4

---

**STUDENT PAPER N. 34**

**La dimensione giuridica del Terroir**

BERTINATO, MATTEO (2017), La dimensione giuridica del Terroir, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 34. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-728-0

---

**STUDENT PAPER N. 33**

**La gravità del fatto nella commisurazione del danno non patrimoniale: un'indagine (anche) nella giurisprudenza di merito**

MARISELLI, DAVIDE (2017), La gravità del fatto nella commisurazione del danno non patrimoniale: un'indagine (anche) nella giurisprudenza di merito, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 33. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-727-3

**STUDENT PAPER N. 32**

**«Edible insects». l'Entomofagia nel quadro delle nuove regole europee sui novel foods**

TASINI, FEDERICO (2016), «Edible insects». l'Entomofagia nel quadro delle nuove regole europee sui novel foods = «Edible Insects»: Entomophagy in light of the new European Legislation on novel Foods, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 32. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN 978-88-8443-709-9

---

**STUDENT PAPER N. 31**

**L'insegnamento dello sci: responsabilità civile e assicurazione per danni ad allievi o a terzi**

TAUFER FRANCESCO (2016), L'insegnamento dello sci: responsabilità civile e assicurazione per danni ad allievi o a terzi, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 31. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN 978-88-8443-697-9

---

**STUDENT PAPER N. 30**

**Incrocio tra Contratti e Proprietà Intellettuale nella Innovazione Scientifica e tecnologica: il Modello del Consortium Agreement europeo**

MAGGIOLO ANNA (2016), Incrocio tra Contratti e Proprietà Intellettuale nella Innovazione Scientifica e tecnologica: il Modello del Consortium Agreement europeo, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 30. Trento: Università degli Studi di

Trento. ISBN 978-88-8443-696-2

---

**STUDENT PAPER N. 29**

**La neutralità della rete**

BIASIN, ELISABETTA (2016) La neutralità della rete, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 29. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN 978-88-8443-693-1

---

**STUDENT PAPER N. 28**

**Negotiation Bases and Application Perspectives of TTIP with Reference to Food Law**

ACERBI, GIOVANNI (2016) Negotiation Bases and Application Perspectives of TTIP with Reference to Food Law. The Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 28. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN 978-88-8443-563-7

---

**STUDENT PAPER N. 27**

**Privacy and Health Data: A Comparative analysis**

FOGLIA, CAROLINA (2016) Privacy and Health Data: A Comparative analysis. The Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 27. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN 978-88-8443-546-0

**STUDENT PAPER N. 26**

**Big Data: Privacy and Intellectual Property in a Comparative Perspective**

SARTORE, FEDERICO (2016) Big Data: Privacy and Intellectual Property in a Comparative Perspective. The Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 26. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN 978-88-8443-534-7

---

**STUDENT PAPER N. 25**

**Leggere (nel)la giurisprudenza: 53 sentenze inedite in tema di responsabilità civile nelle analisi di 53 annotatori in formazione = Reading (in) the caselaw: 53 unpublished judgemnts dealing with civil liability law analyzed with annotations and comments by 53 students during their civil law course**

REMO ANDREOLLI, DALILA MACCIONI, ALBERTO MANTOVANI, CHIARA MARCHETTO, MARIASOLE MASCHIO, GIULIA MASSIMO, ALICE MATTEOTTI, MICHELE MAZZETTI, PIERA MIGNEMI, CHIARA MILANESE, GIACOMO MINGARDO, ANNA LAURA MOGETTA, AMEDEO MONTI, SARA MORANDI, BENEDETTA MUNARI, EDOARDO NADALINI, SERENA NANNI, VANIA ODORIZZI, ANTONIA PALOMBELLA, EMANUELE PASTORINO, JULIA PAU, TOMMASO PEDRAZZANI, PATRIZIA PEDRETTI, VERA PERRICONE, BEATRICE PEVARELLO, LARA PIASERE, MARTA PILOTTO, MARCO POLI, ANNA POLITO, CARLO ALBERTO PULEJO, SILVIA RICCAMBONI, ROBERTA RICCHIUTI, LORENZO RICCO, ELEONORA RIGHI, FRANCESCA RIGO, CHIARA ROMANO, ANTONIO ROSSI, ELEONORA ROTOLA, ALESSANDRO RUFFINI, DENISE SACCO, GIULIA SAKEZI, CHIARA SALATI, MATTEO SANTOMAURO, SILVIA SARTORI, ANGELA SETTE, BIANCA STELZER, GIORGIA TRENTINI, SILVIA TROVATO, GIULIA URBANIS, MARIA CRISTINA URBANO, NICOL VECCARO, VERONICA VILLOTTI, GIULIA VISENTINI, LETIZIA ZAVATTI, ELENA ZUCCHI (2016) Leggere (nel)la giurisprudenza: 53 sentenze inedite in tema di responsabilità civile nelle analisi di 53 annotatori in formazione = Reading (in) the caselaw: 53 unpublished judgemnts dealing with civil liability law analyzed with annotations and comments by 53 students during their civil law course. The Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 25. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN 978-88-8443-626-9

**STUDENT PAPER N. 24**

**La digitalizzazione del prodotto difettoso: stampa 3D e responsabilità civile= The Digital Defective Product: 3D Product and Civil Liability**

CAERAN, MIRCO (2016) La digitalizzazione del prodotto difettoso: stampa 3D e responsabilità civile = The Digital Defective Product: 3D Product and Civil Liability. The Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 24. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN 978-88-8443-663-4

---

**STUDENT PAPER N. 23**

**La gestione della proprietà intellettuale nelle università australiane = Intellectual Property Management in Australian Universities**

CHIARUTTINI, MARIA OTTAVIA (2015) La gestione della proprietà intellettuale nelle università australiane = Intellectual Property Management in Australian Universities. The Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 23. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN 978-88-8443-626-9

---

**STUDENT PAPER N. 22**

**Trasferimento tecnologico e realtà locale: vecchie problematiche e nuove prospettive per una collaborazione tra università, industria e territorio = Technology Transfer and Regional Context: Old Problems and New Perspectives for a Sustainable Co-operation among Universitiy, Entrepreneurship and Local Economy**

CALGARO, GIOVANNI (2013) Trasferimento tecnologico e realtà locale: vecchie problematiche e nuove prospettive per una collaborazione tra università, industria e territorio. The Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 22. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN 978-88-8443-525-5

**STUDENT PAPER N. 21**

**La responsabilità dell'Internet Service Provider per violazione del diritto d'autore: un'analisi comparata = Internet Service Provider liability and copyright infringement: a comparative analysis.**

IMPERADORI, ROSSELLA (2014) *La responsabilità dell'Internet Service Provider per violazione del diritto d'autore: un'analisi comparata.* Trento Law and Technology Research Group. Student Paper; 21. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN 978-88-8443-572-9

---

**STUDENT PAPER N. 20**

**Open innovation e patent: un'analisi comparata = Open innovation and patent: a comparative analysis**

PONTI, STEFANIA (2014) *Open innovation e patent: un'analisi comparata.* The Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 20. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN 978-88-8443-573-6

---

**STUDENT PAPER N. 19**

**La responsabilità civile nell'attività sciistica**

CAPPA, MARISA (2014) La responsabilità civile nell'attività sciistica = Ski accidents and civil liability. Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series, 19. Trento: Università degli Studi di Trento.

---

**STUDENT PAPER N. 18**

**Biodiversità agricola e tutela degli agricoltori dall'Hold-Up brevettuale: il caso degli OGM**

TEBANO, GIANLUIGI (2014) Biodiversità agricola e tutela degli agricoltori dall'Hold-Up brevettuale: il caso degli OGM = Agricultural Biodiversity and the Protection of Farmers from patent Hold-Up: the case of GMOs.Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 18. Trento: Università degli Studi di Trento.

---

**STUDENT PAPER N. 17**

**Produrre e nutrirsi "bio": analisi comparata del diritto degli alimenti biologici**

MAFFEI, STEPHANIE (2013) Produrre e nutrirsi "bio" : analisi comparata del diritto degli alimenti biologici = Producing and Eating "Bio": A Comparative Analisys of the Law of Organic Food. Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 17. Trento: Università degli Studi di Trento.

---

**STUDENT PAPER N. 16**

**La tutela delle indicazioni geografiche nel settore vitivinicolo: un'analisi comparata = The Protection of Geographical Indications in the Wine Sector: A Comparative Analisys**

SIMONI, CHIARA (2013) La tutela delle indicazioni geografiche nel settore vitivinicolo: un'analisi comparata. The Trento Law and Technology Research Group. Student Papers Series; 16. Trento: Università degli Studi di Trento. Facoltà di Giurisprudenza.
This paper is published in the Trento Law and Technology Research Group - Student Paper Series Electronic copy available at: http://eprints.biblio.unitn.it/archive/00004292/
142.

---

**STUDENT PAPER N. 15**

**Regole di sicurezza e responsabilità civile nelle attività di mountain biking e downhill montano**

SALVADORI, IVAN (2013) Regole di sicurezza e responsabilità civile nelle attività di mountain biking e downhill montano. Trento Law and Technology Research Group. Student Pa-

per; 15. Trento: Università degli Studi di Trento.

---

**STUDENT PAPER N. 14**

**Plagio, proprietà intellettuale e musica: un'analisi interdisciplinare**

VIZZIELLO, VIVIANA (2013) Plagio, proprietà intellettuale e musica: un'analisi interdisciplinare. Trento Law and Technology Research Group. Student Paper; 14. Trento: Università degli Studi di Trento.

---

**STUDENT PAPER N.13**

**The Intellectual Property and Open Source Approaches to Biological Material**

CARVALHO, ALEXANDRA (2013) The Intellectual Property and Open Source Approaches to Biological Material. Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 13. Trento: Università degli Studi di Trento.

---

**STUDENT PAPER N.12**

**Per un’archeologia del diritto alimentare: 54 anni di repertori giurisprudenziali sulla sicurezza e qualità del cibo (1876-1930)**

TRESTINI, SILVIA (2012) Per un’archeologia del diritto alimentare: 54 anni di repertori giurisprudenziali sulla sicurezza e qualità del cibo (1876-1930) = For an Archeology of Food Law: 54 Years of Case Law Collections Concerning the Safety and Quality of Food (1876-1930). The Trento Law and Technology Research Group. Student Papers Series, 12.
This paper is published in the Trento Law and Technology Research Group - Student Paper Series Electronic copy available at: http://eprints.biblio.unitn.it/archive/00004292/
143.

---

**STUDENT PAPER N.11**

**Dalle Alpi ai Pirenei: analisi comparata della responsabilità civile per attività turistico-ricreative legate alla montagna nel diritto italiano e spagnolo**

PICCIN, CHIARA (2012) Dalle Alpi ai Pirenei: analisi comparata della responsabilità civile per attività turistico-ricreative legate alla montagna nel diritto italiano e spagnolo = From the Alps to the Pyrenees: Comparative Analysis of Civil Liability for Mountain Sport Activities in Italian and Spanish Law. The Trento Law and Technology Research Group. Student Papers Series, 11

---

**STUDENT PAPER N.10**

**Copynorms: Norme Sociali e Diritto d'Autore**

PERRI, THOMAS (2012) Copynorms: Norme Sociali e Diritto d'Autore = Copynorms: Social Norms and Copyright. Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series, 10

---

**STUDENT PAPER N. 9**

**L'export vitivinicolo negli Stati Uniti: regole di settore e prassi contrattuali con particolare riferimento al caso del Prosecco**

ALESSANDRA ZUCCATO (2012), L'export vitivinicolo negli Stati Uniti: regole di settore e prassi contrattuali con particolare riferimento al caso del Prosecco = Exporting Wines to the United States: Rules and Contractual Practices with Specific Reference to the Case of ProseccoTrento: Università degli Studi di Trento (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series 9)

---

**STUDENT PAPER N.8**

**Equo compenso e diritto d'autore: un'analisi comparata = Fair Compensation and Au-**

**thor's Rights: a Comparative Analysis.**

RUGGERO, BROGI (2011) Equo compenso e diritto d'autore: un'analisi comparata = Fair Compensation and Author's Rights: a Comparative Analysis. Trento: Università degli Studi di Trento (TrentoLawand Technology Research Group. Student Papers Series, 8)
This paper is published in the Trento Law and Technology Research Group - Student Paper Series Electronic copy available at: http://eprints.biblio.unitn.it/archive/00004292/
144

---

**STUDENT PAPER N.7**

**Evoluzione tecnologica e mutamento del concetto di plagio nella musica**

TREVISA, ANDREA (2012) Evoluzione tecnologica e mutamento del concetto di plagio nella musica = Technological evolution and change of the notion of plagiarism in music Trento: Università degli Studi di Trento (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series 7)

---

**STUDENT PAPER N.6**

**Il trasferimento tecnologico università-imprese: profili giuridici ed economici**

SIRAGNA, SARA (2011) Il trasferimento tecnologico università-imprese: profili giuridici ed economici = University-Enterprises Technological Transfer: Legal and Economic issues Trento: Università degli Studi di Trento (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series 6)

---

**STUDENT PAPER N.5**

**Conciliare la responsabilità medica: il modello "generalista" italiano a confronto col modello "specializzato" francese**

GUERRINI, SUSANNA (2011) Conciliare la responsabilità medica: il modello "generalista"

italiano a confronto col modello "specializzato" francese = Mediation & Medical Liability: The Italian “General Approach” Compared to the Specialized Model Applied in FranceTrento: Università degli Studi di Trento (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series 5)

---

**STUDENT PAPER N.4**

**“Gun Control” e Responsabilità Civile: una comparazione fra Stati Uniti e Italia**

PODETTI, MASSIMILIANO (2011) “Gun Control” e Responsabilità Civile: una comparazione fra Stati Uniti e Italia = Gun Control and Tort Liability: A Comparison between the U.S. and Italy Trento: Università degli Studi di Trento. (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series 4)

This paper is published in the Trento Law and Technology Research Group - Student Paper Series Electronic copy available at: http://eprints.biblio.unitn.it/archive/00004292/

145

---

**STUDENT PAPER N.3**

**Smart Foods e Integratori Alimentari: Profili di Regolamentazione e Responsabilità in una comparazione tra Europa e Stati Uniti**

TOGNI, ENRICO (2011) Smart Foods e Integratori Alimentari: Profili di Regolamentazione e Responsabilità in una comparazione tra Europa e Stati Uniti = Smart Foods and Dietary Supplements: Regulatory and Civil Liability Issues in a Comparison between Europe and United States Trento: Università degli Studi di Trento - (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series; 3)

---

**STUDENT PAPER N.2**

**Il ruolo della responsabilità civile nella famiglia: una comparazione tra Italia e Francia**

SARTOR, MARTA (2010) Il ruolo della responsabilità civile nella famiglia: una comparazione

tra Italia e Francia = The Role of Tort Law within the Family: A Comparison between Italy and France Trento: Università degli Studi di Trento - (Trento Law and Technology Research Group. Students
Paper Series; 2)

---

**STUDENT PAPER N.1**

**Tecnologie belliche e danno al proprio combattente: il ruolo della responsabilità civile in una comparazione fra il caso statunitense dell'Agent Orange e il caso italiano dell'uranio impoverito**

RIZZETTO, FEDERICO (2010) Tecnologie belliche e danno al proprio combattente: il ruolo della responsabilità civile in una comparazione fra il caso statunitense dell'Agent Orange e il caso italiano dell'uranio impoverito = War Technologies and Home Soldiers Injuries: The Role of Tort Law in a Comparison between the American "Agent Orange" and the Italian "Depleted Uranium" Litigations Trento: Università degli Studi di Trento - (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series; 1)