



QUADERNI DI DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA



Numero 2/3
Anno II
Aprile/Settembre 2012

CON CONTRIBUTI DI:

Anna Chiara Calabrese, Monica Di Genova, Giuseppina Napoli,
Gilberto Nava, Eleonora Sbarbaro, Rosetta Surdo, Alessandra
Taccone, Marialisa Taglienti.

Diritto d'autore e cultura libera nella società dell'informazione

di
Monica Di Genova

Abstract

Almost forty years has passed from the birth of Internet; since then, the net has overwhelmed official channels of spread of the knowledge.

The principles of freedom and sharing, which were the basis for the start and the development of the web, enabled the creation of a so-called "diffused power society", where everybody has the right to inform and to be informed. If this is an advantage in the exchange of creative contents and in the direct access to knowledge, the freedom of the net cannot be synonym of anarchy. This is especially true if we focus on the author's rights of the creative contents shared online.

The tension between copyrights and spread of knowledge should be mitigated by searching a balance between access and protection or, better perhaps, author's fair retribution.

Since the net is capable to host every kind of data and informations, it is easy to commit there those kind of crimes whose basis are the spread and the use of those data and informations.

In the complex dynamics bound with the crimes committed online there is the problem to portray the responsibility, in addition to the one of the crime perpetrator, of the network operators, specifically the Internet Service Providers (ISPs). The Italian and European legislators tried to outline this responsibility in the last twenty years, reaching to conclusions not widely accepted, in particular from the so-called "people of the web".

A ormai quasi quarant'anni dalla nascita di Internet si può indubbiamente affermare che la Rete ha travolto i canali ufficiali di diffusione della conoscenza. I principi di libertà e condivisione, che hanno reso possibile la nascita e lo sviluppo del *web*, hanno permesso la costruzione di una società a "potere diffuso", nella quale tutti hanno il diritto di informare e di essere informati.

Se ciò pone vantaggi relativamente allo scambio di contenuti creativi e all'accesso diretto alla cultura, la libertà della rete non può certamente essere sinonimo di anarchia della rete, soprattutto con riguardo alla tutela dei titolari dei diritti sui contenuti creativi diffusi *on line*. La tensione esistente tra diritto d'autore e diffusione della conoscenza dovrebbe essere temperata dalla ricerca di un equilibrio tra accesso e protezione o, meglio, giusta remunerazione dell'autore.

Posto che la rete è in grado di ospitare dati ed informazioni di ogni tipo possono in tale sede essere agevolmente consumati tutti gli illeciti che si

fondano sulla diffusione o sulla utilizzazione di tali dati e informazioni. Nella complessa dinamica legata al tema dell'illecito on line si pone il problema dell'eventualità di configurare, oltre ad una responsabilità in capo all'autore materiale dello stesso, anche una responsabilità in capo agli operatori della rete, in particolar modo gli ISP. Proprio nel tentativo di tracciare i contorni di tale responsabilità si sono mossi il legislatore europeo ed italiano negli ultimi vent'anni, giungendo a soluzioni tuttavia non sempre condivise soprattutto da parte del c.d. popolo della rete.]

Sommario: 1. Internet e diritto d'autore. *Selling Wine without Bottles on the GlobalNet*; 2. Cenni alla normativa di riferimento: la sfida del diritto d'autore nell'era digitale; 3. La responsabilità degli Internet Service Providers; 3.1. Una panoramica italiana: il d. lgs. n. 70/2003, a) La responsabilità del Provider nell'attività di semplice trasporto (*mere conduit*), b) La responsabilità del Provider nell'attività di memorizzazione temporanea (*caching*), c) La responsabilità del Provider nell'attività di memorizzazione delle informazioni (*hosting*), d) L'assenza di un obbligo generale di sorveglianza, e) La neutralità della rete; 4. L'evoluzione della giurisprudenza nazionale e comunitaria; 5. Lo "Schema di regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica" dell'AGCom; 6. Conclusioni.

1. Internet e diritto d'autore. *Selling Wine without Bottles on the GlobalNet* [1]

Da strumento nato per finalità militari - grazie all'iniziativa del Dipartimento Americano per la Difesa, attraverso la costituzione dell'ente di ricerca ARPA (*United States Defense Advanced Research Project Agency*), per la realizzazione di una rete di comunicazioni efficace anche in caso di conflitto nucleare[2] e capace di sopravanzare tecnologicamente il nemico sovietico appena lanciato nella corsa allo spazio[3] - e utilizzato poco dopo per finalità accademiche - con l'istallazione del primo server Internet presso la UCLA di Los Angeles nel 1969[4] - Internet è diventato un mezzo di comunicazione di massa facilmente accessibile dagli utenti di qualunque parte del mondo.

La Rete ha ampliato e decentralizzato le strutture di produzione e distribuzione di informazione, cultura e conoscenza, consentendo contemporaneamente l'incremento esponenziale dello scambio sia di beni materiali, attraverso l'*e-commerce*[5], sia di beni immateriali. Il termine Internet, infatti, deriva dall'espressione *interconnected networks*, ovvero "rete di reti interconnesse"; tale connessione crea uno spazio,

comunemente definito come *cyberspazio*, dove i computer di milioni di utenti interagiscono tra di loro utilizzando protocolli di comunicazione comuni.

Proprio sotto il profilo della tutela giuridica ed economica dei beni immateriali, Internet rappresenta una rivoluzione epocale, paragonabile a quella della stampa, poiché non solo rimette in discussione i modelli giuridici ed economici di fruibilità dei beni immateriali, ma aggiunge a questi la questione della a-territorialità della loro fruizione.

L'evoluzione della tecnologia digitale, attraverso la trasformazione dell'informazione in un'espressione in codice binario, ha consentito di inserire, riprodurre e modificare dati e, dunque, intere opere con una facilità prima inimmaginabile, permettendo a qualsiasi utente di diffondere il materiale digitalizzato, moltiplicando enormemente la probabilità di lesioni del diritto d'autore. Il processo di digitalizzazione ha permesso di scindere l'opera creativa dal supporto materiale in cui necessariamente prima si estrinsecava, e di renderla, dunque, idonea a viaggiare in uno spazio virtuale non più soggetto a limiti di territorialità. Proprio le caratteristiche dell'a-materialità e a-territorialità del dato creativo trasmesso su internet, suscitando non pochi problemi di identificazione fra l'opera digitale e quella tradizionale, permettono un numero infinito di lesioni potenziali e rendono difficile la definizione della loro collocazione spaziale[6].

A fronte del dibattito scaturito dal problema giuridico della trasposizione delle vecchie categorie concettuali alle nuove situazioni verificabili nel mondo digitale, possono individuarsi varie correnti di pensiero a seconda della diversa prospettiva dalla quale viene osservato il Web; parte della dottrina, considerando la Rete una vera e propria rivoluzione nel campo delle comunicazioni, ritiene necessaria una regolamentazione *ex novo* della disciplina esistente, magari con una codificazione ripensata a livello transnazionale, perché questa non sarebbe più in grado di provvedere alla protezione della proprietà intellettuale[7]; altri, considerando Internet solo come un ulteriore fenomeno tecnologico, ritengono che le previsioni dei propri ordinamenti siano sufficientemente elastiche a coprire i problemi ad esso connessi, seppur necessitando qualche adattamento, così come è avvenuto per altre tecnologie rivoluzionarie, quali la radio e la televisione[8]; una terza corrente, più radicale, coglie nella rivoluzione informatica il momento fondamentale per ripensare l'intera disciplina della proprietà intellettuale e, partendo dal presupposto che la forza innovativa di internet sia fortemente legata alla scomparsa dei costi imposti dal mondo fisico, ritiene che la questione della tutela della proprietà intellettuale *on line* non possa essere scissa dalla re-indagine sui suoi stessi fondamenti[9]. Soprattutto le prime due correnti, nonostante le svariate differenze, riconoscono la necessità di assicurare agli autori nel *web* una protezione altrettanto intensa rispetto a quella assicurata agli autori nel

mondo reale; assumendo che medesima cosa è l'opera nel mondo virtuale ed in quello analogico, medesimi sono gli illeciti lesivi, medesima deve essere l'efficacia della tutela. Nonostante questa tesi, sicuramente prevalente, non manca chi, in posizione critica rispetto al ruolo della proprietà intellettuale nel mondo digitale, ha messo in discussione l'applicabilità delle previsioni tradizionali all'opera virtuale supponendo che queste fossero pensate per beni che necessitavano una estrinsecazione fisica e, dunque, un investimento maggiore a livello produttivo; su tali basi l'equiparazione tra opera analogica e opera virtuale non sarebbe allora possibile per la mancanza del requisito di fisicità di quest'ultima[10]. La ragione della ostilità di tale corrente all'estensione del diritto d'autore in Internet e, dunque, all'equiparazione tra opera tradizionale ed opera digitale, sta nel fatto che, ove questa equiparazione avvenisse, verrebbe implicitamente affermato che il diritto esclusivo è attribuito indipendentemente dai presupposti economici che ne hanno storicamente segnato la nascita. Questo porterebbe, sempre secondo tali autori, alla pericolosa estensione del diritto esclusivo ben oltre i motivi per il quali è stato riconosciuto, con un pronunciato sbilanciamento a favore degli interessi degli autori nei confronti del pubblico.

Si ritiene, infatti, che la creazione intellettuale debba essere considerata un bene pubblico, sia perché non suscita godimento rivale, sia perché, tanto nel contenuto quanto nella forma di espressione, risulta essere in gran parte il prodotto della società cui appartiene.

Nello specifico, la tutela su qualsiasi opera dell'ingegno trasforma quest'ultima da semplice bene di mercato, potenzialmente concorrenziale, in "minimonopolio" (ossia monopolio su quella specifica opera). La diretta conseguenza è la libertà da parte del suo possessore, che ne possiede la totalità dei diritti di utilizzo e sfruttamento, di restringere l'offerta e fissare il prezzo che ritiene per lui più vantaggioso, che sarà necessariamente superiore a quello che si avrebbe se non vigesse alcuna forma di privativa sul bene. Secondo la "teoria economica del diritto d'autore" esiste una relazione causale tra diritti di proprietà intellettuale e mercati: in sostanza, la struttura di un mercato e i comportamenti degli agenti economici che vi operano sono in buona sostanza indirizzati e circoscritti dalle norme che lo governano. A sua volta, la dottrina ha poi rilevato un nesso deterministico tra assetto tecnologico e diritti di proprietà, laddove ad ogni significativo cambiamento del primo corrisponde un radicale cambiamento dei secondi[11]. Quest'ultima relazione serve ad interpretare l'attuale rilevanza del dibattito contemporaneo sul diritto d'autore da un lato, e a spiegare la strutturale debolezza di tale diritto rispetto ad uno scenario tecnologico in radicale mutazione, segnata da un marcato spostamento dall'ambito della riproduzione delle informazioni a quello della comunicazione. La tesi economica più diffusa a sostegno del diritto d'autore è quella dell'"incentivo a creare"[12]. Dietro il concetto di proprietà intellettuale si cela

infatti un conflitto di difficile soluzione che contrappone la sfera pubblica, propria del sapere, a quella privata, propria dei mercati. Le idee sono un bene pubblico, ma lo sono anche nell'accezione economica che rimanda a particolari tipi di beni i quali non sono rivali al possesso - tutti ne possono avere senza pregiudizio per alcuno - né si esauriscono al consumo. I mercati, invece, sono luoghi economici in cui vengono allocate in modo efficiente risorse scarse e private. Data la natura pubblica delle idee, dunque, la funzione allocativa del mercato sembrerebbe superflua. Tuttavia, la teoria economica ha sollevato l'obiezione che, nonostante un bene pubblico non provochi tensioni dal lato della domanda, talvolta ne può creare dal lato dell'offerta, giacché di norma gli individui si dedicano a quelle attività dalle quali possono ricavare un beneficio, che nel contesto del mercato è primariamente pecuniario. Nel caso delle idee, in particolare, i cui costi di duplicazione sono relativamente modesti, alcuni individui, definiti *free rider*, riuscirebbero facilmente ad appropriarsene senza remunerare l'autore che, quindi, potrebbe decidere di non continuare nella sua attività creativa. In tal frangente, l'impossibilità di appropriarsi dei benefici delle attività creative avrebbe la conseguenza di dirigere il lavoro di alcuni creatori verso ambiti più remunerativi, a danno della società. Questa situazione viene indicata in letteratura come «fallimento del mercato», nel senso che il normale funzionamento del mercato (senza d.d.a.) non permetterebbe di produrre e scambiare una quantità socialmente ottimale, anche in termini qualitativi, di nuove opere dell'ingegno[13]. L'attribuzione di nuovi diritti di proprietà ad un individuo, l'autore, permette di risolvere questo problema al prezzo, però, di creare un monopolio. L'autore infatti diventa titolare del diritto esclusivo di disporre della sua creazione e ciò, nella logica del mercato, lo spinge a comportarsi da monopolista. Naturalmente, tale soluzione non è ottima in senso assoluto, in quanto il monopolio inietta un certo grado di inefficienza nel sistema economico, ma la dottrina più recente arriva a considerarla preferibile, quindi teoricamente ottimale, nel punto in cui il costo sociale dell'opera (in termini di prezzi più alti pagati dai consumatori, che costituiscono l'incentivo per il suo ideatore a produrre nuove opere) eguaglia il beneficio sociale derivante dalla disponibilità sul mercato di una nuova opera originale protetta.

Il riconoscimento di questa sorta di monopolio, tuttavia, sarebbe legata al mondo fisico, mentre nel mondo virtuale, ove i costi di produzione e diffusione dell'opera esterni all'autore scompaiono, esso andrebbe perlomeno ripensato nella sua estensione se non, secondo alcuni, addirittura eliminato[14].

Nonostante le posizioni critiche anzidette, tali problemi, se fanno discutere, non appaiono irrisolvibili alla dottrina maggioritaria; secondo i più, infatti, una volta compiuto il salto mentale che permette di equiparare l'opera tradizionale a quella digitale, anche l'equiparazione del contesto in

cui essa si trova e dei rapporti tra questa e l'autore è pressoché automatico. Se c'è un diritto esclusivo sull'opera, infatti, ci saranno potenziali violatori e ci sarà la necessità di individuare un luogo fisico in cui l'illecito viene perpetrato.

2. Cenni alla normativa di riferimento: la sfida del diritto d'autore nell'era digitale

Nonostante le perplessità sopra riportate e tuttora presenti nell'ampio e controverso dibattito sulla tutela autorale *on line*, tale tutela non è in discussione in quanto essa è essenziale anche per lo sviluppo delle reti di comunicazione elettronica che veicolano i contenuti protetti. D'altra parte, fino allo sviluppo capillare della Rete i detentori dei diritti di proprietà intellettuale non erano soliti perseguire i privati trasgressori soprattutto perché le infrazioni erano economicamente irrilevanti e generalmente non soggette ad ulteriori diffusioni[15]. Con Internet le violazioni dei singoli sono divenute potenzialmente molto più dannose per i diritti degli autori, sia per la possibilità di riprodurre e diffondere senza costo l'opera, sia per il numero sempre maggiore di trasgressori.

Sul piano della normativa di settore, a seguito della rivoluzione digitale, Stati Uniti ed Unione Europea hanno iniziato a compiere passi necessari ad aggiornare la normativa generale sul diritto d'autore, adattandola alle nuove tecnologie, anche attraverso accordi internazionali e attraverso l'armonizzazione del quadro normativo europeo, tentando di superare così il dato testuale della protezione c.d. *off line*.

Fra gli accordi più importanti è doveroso ricordare l'accordo GATT/Trips, sugli "aspetti della proprietà intellettuale attinenti al commercio" adottato a Marrakech il 15 aprile 1994, il quale ha il merito di introdurre la protezione dei programmi per elaboratore come opera letteraria ai sensi della Convenzione di Berna e le compilazioni di dati o altro materiale che a causa della selezione o disposizione del contenuto costituiscono creazioni intellettuali.

Di maggior rilevanza è altresì l'accordo OMPI sul diritto d'autore e diritto connesso (WCT WIPO - *World Copyright Treaty*), adottato dalla *WIPO Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighboring Rights Questions*, tenutasi a Ginevra il 20 dicembre 1996, ed entrato in vigore il 6 marzo 2002; tale accordo assicura la protezione dei programmi per elaboratore e banche dati secondo la formula già adottata dagli accordi Trips, e rafforza i diritti degli autori a livello di distribuzione, locazione commerciale, comunicazione al pubblico con tutti i mezzi con o senza fili, prevedendo inoltre l'obbligo per gli Stati contraenti di stabilire sanzioni contro l'aggiramento dei mezzi tecnici di protezione. Un secondo trattato OMPI è stato concluso nello stesso momento con riguardo ai diritti di artisti interpreti ed esecutori (*WPPT WIPO - Performances and Programs Treaty*).

Il WCT all'art. 8 garantisce agli autori di opere letterarie ed artistiche "il diritto esclusivo di autorizzare ogni comunicazione al pubblico, sul filo o via etere, delle loro opere"[16]. Ma è il trattato WPPT a specificare il significato del concetto di "comunicazione al pubblico". Essa viene definita quale "trasmissione al pubblico mediante qualunque mezzo, diverso dalla radiodiffusione, di suoni di una esecuzione, ovvero dei suoni o di una rappresentazione di suoni fissati su un fonogramma", comprendendo questa definizione anche "l'atto di rendere udibile al pubblico". Tale definizione, contenuta in una fonte internazionale, non fa esplicito riferimento a Internet, o a comunicazioni *on line* o telematiche; ciò nonostante l'art. 10 e l'art. 14 del trattato WPPT prevedono, a favore dei produttori e degli esecutori, il diritto esclusivo di autorizzare la messa a disposizione del pubblico, sul filo o con la tecnologia *wireless*, delle esecuzioni fissate in fonogrammi, anche digitali, in modo che ciascun utente possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente[17]. Si tratta di una norma che disciplina tutte le diverse modalità di messa a disposizione al pubblico create con lo sviluppo della c.d. *information society*, come la diffusione, comunicazione e trasmissione di contenuti *on line* e i servizi c.d. *on demand*[18].

I suddetti Trattati sono stati poi implementati dalla Decisione del Consiglio dell'Unione Europea 2000/278/CE del 16 marzo 2000[19], la quale al primo Considerando afferma che "il trattato dell'OMPI sul diritto d'autore e il trattato OMPI sulle interpretazioni ed esecuzioni e sui fonogrammi (...) concorreranno a garantire un livello di protezione equilibrato alle opere e alle altre espressioni letterarie ed artistiche, consentendo l'accesso del pubblico ai contenuti che potranno essere veicolati sulle reti telematiche".

Per quanto concerne lo specifico della disciplina comunitaria, le direttive europee riprendono in sostanza la formulazione degli accordi OMPI. In particolare, cronologicamente, è doveroso citare la Direttiva n. 2000/31/CE del Parlamento e del Consiglio Europeo dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (c.d. "Direttiva sul commercio elettronico")[20].

A seguito della citata Decisione 2000/278/CE è stata emanata, inoltre, dal Parlamento e dal Consiglio una Direttiva n. 2001/29/CE relativa all'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, recepita nel nostro ordinamento dal d. lg. n. 68/2003. Tale direttiva riprende quanto stabilito in sede di accordi internazionali, rendendo pienamente esecutivi i principi degli accordi Trips e OMPI e prevedendo mezzi tecnici di protezione molto simili a quelli previsti nel *Digital Millennium Copyright Act* americano.

Di fronte alla diffusione della tecnologia digitale e della fruizione, anche illegale, di contenuti protetti dal diritto d'autore, la Direttiva n. 2004/48/CE sul c.d. *Enforcement* dei diritti di proprietà intellettuale ha inteso poi

rafforzare gli strumenti di protezione dei diritti esclusivi riconosciuti ai titolari di opere intellettuali, privilegiando gli strumenti processuali rispetto a quelli sostanziali.

Particolare importanza ha rivestito la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo “sui contenuti creativi on-line nel mercato unico” del gennaio 2008 (COM (2007) 836), in cui si è analizzato il tema delle eccezioni e delle limitazioni al diritto d’autore rilevanti per la diffusione della conoscenza nell’era digitale. La Commissione ha sostenuto che lo sviluppo di servizi leciti presuppone che si affronti e risolva il problema della pirateria on-line e si chiariscano i confini tra lecito e illecito, invocando una riforma della legge[21].

Nel 2009, ancora, la Commissione europea ha indicato, attraverso la Comunicazione su “il diritto d’autore nell’economia della conoscenza” (COM (2009) 532), alcune linee operative, basate sulla supervisione di un dialogo costante fra i portatori di interessi rilevanti. Tale Comunicazione ha portato alla stesura di un documento di riflessione che, con riguardo alla sfida costituita dalla creazione di un mercato unico europeo del digitale per i contenuti creativi, illustra le sfide attuali relative a tre categorie coinvolte: i titolari del diritto d’autore, i consumatori e gli utenti commerciali.

Il dibattito comunitario riguardante l’approvazione del nuovo quadro normativo per le comunicazioni elettroniche si è incentrato in particolare sul profilo della tutela delle prerogative degli utenti di fronte ad una possibile sospensione dell’accesso a Internet nei casi di violazione dei diritti d’autore. L’accesso ai contenuti *on line* costituisce lo snodo fondamentale con il quale il legislatore e le autorità di concorrenza e regolazione del settore devono confrontarsi. A fronte di inadeguate garanzie contro restrizioni eccessive all’accesso a Internet da parte della Commissione europea e del Consiglio, il Parlamento europeo ha richiesto che i diritti degli utenti non fossero limitati senza una decisione preliminare di un’autorità giudiziaria, come previsto dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea.

In seguito all’approvazione, da parte del Comitato di conciliazione, di una nuova versione di compromesso riguardante la tutela della libertà di accesso ad Internet da parte dei cittadini europei, è stata approvata la Direttiva 2009/140/CE che riconosce la possibilità di restrizione dell’uso di Internet quando appropriata, proporzionata e necessaria in una società democratica. La Direttiva, inoltre, ha eliminato l’esigenza di un intervento esclusivo dell’autorità giudiziaria, apportando una serie di garanzie procedurali all’intervento di sospensione del collegamento.

Nel 2010 la Commissione europea ha pubblicato una relazione[22] sull’applicazione della Direttiva Enforcement (Direttiva 2004/48/CE) in cui si rilevano dati “allarmanti” riguardo al volume e al valore finanziario delle violazioni dei diritti di proprietà intellettuale. In seguito, la Commissione europea ha avviato una consultazione pubblica al fine di intraprendere una

riflessione che coinvolga gli Stati membri in un progetto di protezione dei diritti di proprietà intellettuale più efficace. La Commissione ha annunciato che la consultazione pubblica sarà il punto di partenza per una proposta di direttiva che sarà presentata nel 2012. Infine, nel maggio 2011, con una Comunicazione al Parlamento europeo, la Commissione ha posto ancora una volta l'attenzione sulla necessità di un quadro globale di regolamentazione del diritto d'autore nel mercato unico digitale[23].

In una prospettiva internazionale, nel 2006 su iniziativa di alcuni Paesi occidentali, in particolare degli Stati Uniti e del Giappone, è stata intrapresa la discussione su un nuovo trattato intergovernativo in materia di lotta alla contraffazione dei beni sia su Internet sia *off line*. Il discusso progetto dell'ACTA (*Anti-Counterfeiting Trade Agreement*) avrebbe dovuto inserire norme di maggior rigore in materia di responsabilità per violazione della proprietà intellettuale, anche di natura penale, nonché filtri sulla rete per impedire lo scambio, soprattutto *peer to peer* dei files. Nonostante le critiche sia di parte della dottrina, che, in maniera molto più pressante, da parte dell'opinione pubblica, in special modo delle associazioni dei consumatori e del popolo della rete, l'ACTA è stato siglato a Tokyo il 26 gennaio 2012 tra 22 dei 27 Stati membri dell'Unione europea, tra cui l'Italia, e gli Stati che hanno adottato l'ACTA già nell'ottobre 2011 (l'Australia, il Canada, il Giappone, la Repubblica di Corea, gli Stati Uniti messicani, il Regno del Marocco, la Nuova Zelanda, la Repubblica di Singapore, la Confederazione svizzera e gli Stati Uniti d'America). Il Parlamento europeo è stato chiamato a ratificare l'accordo l'11 giugno 2012. Proprio nei giorni in cui si scrive, nello specifico il 4 luglio 2012, la ratifica è stata respinta con una significativa votazione del Parlamento europeo. Da quando la proposta dell'accordo è trapelata raggiungendo l'opinione pubblica, sono state numerose ed accese le proteste contro l'ACTA poiché oggetto di negoziati riservati fra gli Stati e ritenuto lesivo dei diritti e delle libertà fondamentali dei cittadini europei e non europei; infatti il timore condiviso da diversi operatori nasceva dalla consapevolezza che l'entrata in vigore di un trattato simile avrebbe privilegiato gli interessi dei detentori di diritti di proprietà intellettuale, rispetto ad altri interessi di natura più generale, quali quello alla riservatezza delle comunicazioni, alla libertà di manifestazione del pensiero, al diritto di venire sottoposti ad un processo equo e non sommario.

3. La responsabilità degli *Internet Service Providers*

Tra i numerosi problemi giuridici posti dalla diffusione di Internet ve ne sono alcuni che vengono ormai comunemente riassunti nella formula "responsabilità del *provider*". Si allude, in tal modo, all'eventualità di ritenere civilmente, o anche penalmente, responsabile il provider tutte le

volte in cui la immissione o la circolazione in Rete di dati della più varia specie integri gli estremi di un illecito[24].

L'illecito *on line* può derivare dalla violazione di norme a tutela del diritto d'autore, ma anche dalla violazione del diritto alla riservatezza o di altri diritti della persona, come l'onore o la reputazione, dalla violazione di norme a tutela dei marchi, dalla violazione di norme in materia di concorrenza sleale. Posto che la rete è in grado di ospitare dati ed informazioni di ogni tipo è del tutto naturale che sulla Rete, o meglio, attraverso la Rete, possano essere agevolmente consumati tutti gli illeciti che si fondano sulla diffusione o sulla utilizzazione di dati e informazioni. Gli svariati illeciti che possono essere compiuti per mezzo della rete Internet pongono il problema relativo all'eventualità di configurare, oltre ad una responsabilità in capo all'autore materiale dell'illecito, anche una responsabilità in capo all'Internet Provider[25].

Propedeuticamente all'esame, sul piano giuridico, della problematica in oggetto appare opportuno comprendere, attraverso brevi cenni tecnici, il funzionamento della rete Internet[26], ambiente virtuale nel quale si muovono i c.d. prestatori intermediari, e l'attività e il ruolo di questi ultimi. Nel sistema Internet la trasmissione delle informazioni dei dati avviene, materialmente, tramite impulsi trasmessi attraverso cavi in rame che sono di proprietà di alcune società e passano, per la maggior parte, accanto ai binari delle normali linee ferroviarie. Alla stazione di arrivo i "cavi dedicati" finiscono nei c.d. bocchettoni di derivazione per terminare nei computer dei prestatori intermediari di servizi che, poi, forniscono agli utenti finali l'accesso alla rete Internet. I computer dei prestatori intermediari sono chiamati *server*, perché prestano un servizio tra l'utente finale e la società proprietaria dei cavi della rete. I *server* sono in comunicazione tra di loro attraverso un linguaggio comune basato su un protocollo di comunicazione; in sostanza, dunque, il *server* è il computer che dispone delle informazioni richieste da altri computer chiamati *client* (i quali lo interrogano alla ricerca di informazioni, *file*, pagine *web* o per l'esecuzione di procedure) e Internet, di conseguenza, è una rete di computer in comunicazione tra loro.

La Direttiva 31/2000/CE ha inteso anzitutto regolamentare il servizio di "trasmissione delle informazioni" attraverso la rete, occupandosi di coloro i quali, con propri mezzi, svolgono tale servizio intermediario tra utenti finali e proprietari dei cavi. Appariva fondamentale, dunque, disciplinare le responsabilità di tutti gli intermediari della Rete perché proprio tale attività di trasporto permette il funzionamento dell'intera rete Internet[27]. Se questi intermediari si fermassero, perché troppo gravati di responsabilità, il mercato europeo si arresterebbe a sua volta perché nessun imprenditore accetterebbe il "rischio di prestare il servizio di intermediario", con la conseguenza che gli operatori economici del settore cercherebbero un mercato nel quale il regime giuridico delle responsabilità sia più

liberale[28]. Naturalmente analogo discorso vale per i diritti civili connessi alla comunicazione: si è osservato, infatti, che un eccesso di responsabilità degli intermediari potrebbe comportare il blocco del settore connesso allo stesso diritto di comunicazione e più a monte alla libera manifestazione del pensiero[29].

Detto ciò appare intuibile la delicatezza e l'importanza dell'individuazione del corretto regime di responsabilità degli intermediari della rete Internet, avendo questa un riflesso diretto non solo sul piano giuridico ma anche su quello economico e sociale.

Nell'esame della problematica in oggetto è imprescindibile individuare il ruolo svolto in concreto dal prestatore del servizio; in modo particolare, si deve accertare se l'Internet provider si sia limitato a fornire l'accesso alla rete o ad offrire alcuni servizi, oppure se abbia rivestito il ruolo di produttore diretto dell'informazione (c.d. *content provider*); in quest'ultimo caso, è indubbio che il provider sia chiamato a rispondere del proprio operato in quanto autore e non in quanto intermediario di informazioni altrui. Il problema, invece, sorge nella fattispecie in cui manchi una qualsiasi partecipazione attiva del provider alla commissione dell'illecito.

L'affermazione di responsabilità in capo all'intermediario comporta indubbi vantaggi sul versante della semplificazione probatoria e sul piano di una maggiore garanzia dal punto di vista economico a favore del danneggiato[30]; infatti, anche se ogni utente accede alla Rete mediante un codice di accesso, ciò non garantisce di poter individuare con sicurezza l'identità del soggetto che ha commesso l'illecito e può accadere, altresì, che anche se si individua il responsabile, questo si trovi in uno stato la cui normativa non permetta di perseguirlo; l'Internet provider invece rimane un soggetto sempre identificabile.

3.1. Una panoramica italiana: il d. lgs. n. 70/2003

Il d. lgs. n. 70/2003 disciplina la responsabilità del provider agli artt. 14-17, recependo, in modo pressoché invariato, gli artt. 12-15 della Direttiva sul commercio elettronico.

Gli artt. 14-16 del d. lgs. 70/2003 distinguono tre tipologie di servizi svolti dall'intermediario, rispettivamente, semplice trasporto (*mere conduit*), memorizzazione temporanea (*caching*), memorizzazione delle informazioni (*hosting*). In questo modo si differenziano le condizioni che escludono la responsabilità, sulla base del ruolo effettivamente svolto dal prestatore del servizio, nel contesto in cui è svolto l'illecito. L'art. 17, invece, prevede una norma generale, la quale si applica a tutte le tipologie di servizi svolti dall'intermediario, disponendo che il provider, nella prestazione dei servizi di cui agli articoli precedenti, non ha un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né un obbligo generale di

ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite.

Il provvedimento sul commercio elettronico non introduce, in effetti, una specifica forma di responsabilità per i provider, bensì afferma che, ferma restando l'applicazione delle altre regole di diritto comune, per andare incontro a responsabilità extracontrattuale in ordine al fatto illecito commesso *on line* dagli utenti, nei confronti del provider dovranno risultare insussistenti le condizioni espressamente previste dal d.lgs. 70/2003. Viene insomma introdotta una sorta di "immunità condizionata" dell'intermediario[31].

In sostanza, i fornitori di servizi non hanno alcuna responsabilità per i contenuti, a condizione che non intervengano in alcun modo sui contenuti stessi. Tuttavia la formulazione delle norme è tale da ingenerare non poche perplessità in relazione alla natura degli interventi dei fornitori di servizi, perché è noto che le attività di trasmissione e instradamento delle informazioni comportano sempre qualche forma di intervento che potrebbe rientrare tra le cause di non esenzione della responsabilità[32].

La responsabilità del prestatore viene dunque definita in negativo: se sussistono le condizioni di cui al D.L.vo 70/2003 allora il prestatore non potrà essere chiamato a rispondere degli illeciti commessi on-line dagli utenti. Se, viceversa, il provider pone in essere un comportamento contrario a quanto sancito dal provvedimento, allora scatterà l'obbligo di risarcire il danno prodotto. Si tratterà evidentemente di una responsabilità solidale con l'autore dell'illecito *ex art.* 2055 cod. civ.[33].

a) La responsabilità del Provider nell'attività di semplice trasporto (*mere conduit*)

Ai sensi dell'art. 14, comma 1, del decreto sul commercio elettronico, nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nel:

- trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio,

- o nel fornire un accesso alla rete di comunicazione,

il prestatore non è responsabile delle informazioni trasmesse a condizione che:

a) non dia origine alla trasmissione;

b) non selezioni il destinatario della trasmissione;

c) non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse.

Le predette attività di trasmissione e di fornitura di accesso 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 (art. 14, comma 2).

L'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 2 dell'art. 14, appena illustrate, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse[34].

Quello del *mere conduit* è il caso specifico del fornitore di posta elettronica, oppure dell'*access provider*, il quale si limita a fornire il semplice accesso alla Rete per gli utenti, ed è equiparato al gestore di una rete telefonica (*carrier*), il quale non può certamente essere ritenuto responsabile per gli illeciti commessi dagli utenti della rete stessa, in quanto si limita a porre a disposizione una piattaforma tecnologica che l'utente usa come preferisce.

Un problema si è posto nei casi di c.d. gerarchizzazione dei contenuti, cioè quando l'intermediario adotta politiche di gestione attiva nell'istradamento degli stessi. È il caso in cui si concede banda maggiore ad alcuni servizi (ad esempio i video) rispetto ad altri (come i *voip*). In questo caso il provider, a differenza di quanto avviene nei servizi telefonici, assume un ruolo attivo nella gestione delle comunicazioni in transito.

Come chiarito nei Considerando della direttiva europea, la neutralità, e quindi l'irresponsabilità, del provider deve ritenersi sussistente tutte le volte in cui esso pone in essere una attività di natura meramente tecnica, automatica e passiva (*mere technical, automatic and passive nature*), mentre non deve in alcun modo essere coinvolto con le informazioni trasmesse e non può volontariamente collaborare con l'utente che pone in essere l'illecito. Al comma 2 dell'articolo 14 è definita l'equiparazione delle attività di memorizzazione automatica, intermedia e transitoria (*caching*) all'attività di semplice trasporto delle informazioni, qualora il *caching* sia funzionale alla sola trasmissione delle informazioni e la durata sia proporzionata al tempo necessario per l'istradamento delle informazioni. In casi diversi si applica l'art. 15.

Ovviamente, il prestatore può essere oggetto di provvedimenti inibitori dell'autorità giudiziaria o amministrativa, anche in assenza di una sua responsabilità, al fine di impedire o porre fine ad un illecito[35].

b) La responsabilità del Provider nell'attività di memorizzazione temporanea (*caching*)

Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non è responsabile della memorizzazione automatica, intermedia e temporanea di tali informazioni effettuata al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltramento ad altri destinatari a loro richiesta, a condizione che (art. 15, comma 1):

- a) non modifichi le informazioni;
- b) si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni;

c) si conformi alle norme di aggiornamento delle informazioni, indicate in un modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore;
d) non interferisca con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni;
e) agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitare l'accesso, non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione.

Anche in questo caso, l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 1 dell'art. 15, appena illustrato, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse (art. 15, comma 2)[36].

Il sistema di *caching* ha lo scopo di aumentare l'efficienza della Rete, conservando presso il *server* del prestatore, per un periodo di tempo limitato, le informazioni a cui hanno accesso gli utenti del servizio, in modo da favorire l'accesso alle medesime informazioni da parte di altri destinatari. Proprio il riferimento ad altri destinatari distingue l'attività di *caching* dal "*caching* equiparato al trasporto". Ovviamente, anche in questo caso il riferimento all'obbligo di non modificare le informazioni, per andare esente da responsabilità, deve essere inteso in senso sostanziale e non meramente tecnico.

Quindi, l'intermediario per andare esente da responsabilità deve conformarsi alle condizioni di contratto e a quanto previsto dal fornitore delle informazioni, il quale resta nella piena disponibilità delle proprie comunicazioni, in riferimento all'accesso alle informazioni.

Le direttive CE prevedono che la rimozione delle informazioni, o la disabilitazione dell'accesso alle medesime, deve avvenire nel rispetto del principio della libertà di espressione e delle procedure previste a livello nazionale.

Si prevede inoltre l'obbligo di rimuovere prontamente le informazioni memorizzate, o di disabilitare l'accesso a tali informazioni, non appena il provider venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano originariamente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne abbia disposto la rimozione o la disabilitazione. A tale scopo rileva il momento dell'effettiva conoscenza da parte del prestatore, ovvero della comunicazione del soggetto che ha preteso la rimozione dei contenuti. Per non incorrere in responsabilità, il provider deve provvedere a cancellare le informazioni presenti nelle copie *cache*, nel caso in cui siano state rimosse dal sito d'origine sia dai titolari del sito stesso che, eventualmente, da un organo giurisdizionale o da un'autorità amministrativa.

Anche in questo caso permane la possibilità che il prestatore sia oggetto di provvedimenti inibitori da parte delle autorità, per impedire o porre fine ad un illecito.

c) La responsabilità del Provider nell'attività di memorizzazione delle informazioni (*hosting*)

Ai sensi dell'art. 16, comma 1, del provvedimento sul commercio elettronico, nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta del destinatario, a condizione che detto prestatore:

- a) non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione;
- b) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.

Le disposizioni di cui sopra non si applicano se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore (art. 16, comma 2).

L'autorità giudiziaria o quella amministrativa competente può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle predette attività, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse (art. 16, comma 3) [37].

Il caso dell'*host provider* è quindi quello del prestatore che si limita ad offrire ospitalità sui propri server ad un sito internet gestito da altri in piena autonomia.

Nell'ipotesi dei servizi di *hosting* si differenzia la responsabilità penale, per la quale è richiesta l'effettiva conoscenza delle attività o delle informazioni illecite da intendersi in senso rigoroso in conformità ai principi dell'imputabilità penale, e quella civile, rispetto alla quale si impone la valutazione di colpa per negligenza del prestatore a fronte dell'allegazione della conoscenza sostanziale di fatti o circostanze che rendano manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione, senza che ciò possa implicare l'esecuzione di un controllo approfondito sui contenuti veicolati, in assenza di specifiche segnalazioni da parte di soggetti terzi[38]. Si prevede, quindi, una generale esenzione di responsabilità, ma l'esenzione non si applica qualora l'intermediario, non appena sia a conoscenza di fatti illeciti, su espressa comunicazione delle autorità competenti, non si attivi per rimuovere le informazioni illecite o per disabilitarne l'accesso, oppure, ai fini della responsabilità civile, se il provider è informato di fatti o circostanze che rendono manifesto il carattere illecito o pregiudizievole per

qualcuno dell'attività o dell'informazione e non si attivi per informare l'autorità competente. L'esenzione di responsabilità cade, inoltre, qualora il destinatario del servizio agisca sotto l'autorità o il controllo del prestatore, come nel caso dei *content provider*, venendo meno la neutralità di quest'ultimo rispetto al contenuto.

Anche in questo caso permane la possibilità per l'autorità giudiziaria di imporre l'impedimento dell'illecito o di porne fine.

L'*host provider* non è responsabile del contenuto illecito di un sito ospitato sui propri server ma gestito da un terzo, a meno di non provare un diretto coinvolgimento. Non sussiste, infatti, in capo a tale soggetto alcun obbligo giuridico di controllo del materiale contenuto negli altri siti, controllo che sarebbe peraltro estremamente difficoltoso se non impossibile data l'enorme mole di dati, oltre che di scarsa utilità, vista la possibilità che i dati siano modificati in qualsiasi momento.

d) L'assenza di un obbligo generale di sorveglianza

Nella prestazione dei servizi di *mere conduit*, *caching* e *hosting*, di cui sopra, come accennato, il prestatore non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite (art. 17, comma 1). D'altra parte, fatte salve le disposizioni di cui agli artt. 14, 15 e 16 del provvedimento, già illustrate, il prestatore è comunque tenuto (art. 17, comma 2):

a) ad informare senza indugio l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza, qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un suo destinatario del servizio della società dell'informazione;

b) a fornire senza indugio, a richiesta delle autorità competenti, le informazioni in suo possesso che consentano l'identificazione del destinatario dei suoi servizi con cui ha accordi di memorizzazione dei dati, al fine di individuare e prevenire attività illecite.

Conseguentemente, il prestatore è civilmente responsabile del contenuto di tali servizi nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non abbia agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto, ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non abbia provveduto ad informarne l'autorità competente (art. 17, comma 3)[39].

Va sottolineato che la direttiva 2000/31/CE, nel prevedere all'art. 15 l'"assenza dell'obbligo generale di sorveglianza", prevedeva la facoltà, e non l'obbligo, per gli Stati membri di stabilire a carico del prestatore quanto oggi sancito dalle lettere a) e b) dell'art. 17, comma 2, del decreto legislativo in parola[40].

e) La neutralità della rete

In sintesi i provider non possono essere ritenuti responsabili per i contenuti immessi dagli utenti fin quando rispettino la *network neutrality*, cioè fin quando si limitino a far fluire il traffico in rete, al massimo attuando operazione meramente tecniche e passive sui contenuti. Nel momento in cui un provider non rispetta più tale neutralità, ad esempio sospendendo *l'account* di un utente, secondo la suddetta legge potrebbe essere ritenuto responsabile dei contenuti immessi dall'utente medesimo, poiché si ingerisce nelle scelte relative alla trasmissione dei contenuti, selezionandoli.

Allo stesso modo, un contratto di *hosting* dove il provider si riserva la facoltà di verificare i dati immessi dall'utente e rimuovere quelli che appaiono illeciti, oppure semplicemente in contrasto con la *netiquette* o la *policy* dell'azienda, si rivela pericoloso per il provider in quanto esso dichiara in tal modo di sorvegliare i contenuti immessi dal cliente e quindi si può presumere sia a conoscenza degli eventuali illeciti. In questo modo si addosserebbe automaticamente la responsabilità dei contenuti medesimi.

In conclusione, la responsabilità del provider si configura alla stregua di una responsabilità soggettiva: colposa, quando il fornitore del servizio, consapevole della presenza sul sito di materiale sospetto, si astenga dall'accertarne l'illiceità e, al tempo stesso, dal rimuoverlo; dolosa, quando egli sia consapevole anche della antigiuridicità della condotta dell'utente e ometta di intervenire.

4. L'evoluzione della giurisprudenza nazionale e comunitaria

Nel contesto di continuo cambiamento appena descritto e per districare le tante difficoltà applicative della normativa in esame, la giurisprudenza nazionale e quella comunitaria hanno svolto un ruolo significativo nel chiarire alcuni aspetti cruciali della disciplina del diritto d'autore *on line*, già affrontati dalle citate direttive comunitarie, tra i quali rientrano: la responsabilità imputabile agli Internet Service Provider, la difficile identificazione del giudice competente a risolvere una controversia generata dall'uso di Internet, la corretta definizione delle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore.

Per quanto riguarda la responsabilità degli ISP, la giurisprudenza è divisa tra l'escludere le responsabilità soggettive degli stessi sulla base dell'impossibilità di un controllo preventivo su tutti i contenuti veicolati attraverso la Rete e un atteggiamento più rigoroso, volto a configurare la responsabilità dell'ISP che non intervenga per prevenire od evitare l'illecito[41].

A livello nazionale, la III sezione penale della Corte di Cassazione ha stabilito, con la sentenza n. 49437 del 23 dicembre 2009[42] (c.d. caso "Pirate Bay"), che l'utilizzo di tecnologie *peer-to-peer* non esclude la responsabilità in capo al titolare del sito web che abbia messo a disposizione del pubblico opere protette dal diritto d'autore, nonostante il titolare del sito non detenga nei propri database l'opera protetta, detenuta invece dagli utenti che, attraverso il *peer-to-peer*, la trasferiscono direttamente ad altri soggetti. I giudici della Corte, inoltre, hanno avuto modo di affermare che in materia di circolazione di dati sulla Rete uno speciale potere inibitorio è assegnato all'autorità giudiziaria dal citato d. lgs. 70/2003, artt. 14 e 16. Come affermato dalla Suprema Corte, tale normativa nel prevedere in generale la libera circolazione di servizi, nei limiti del rispetto del diritto d'autore, quali quelli prestati dai provider per l'accesso alla Rete, contempla anche, come deroga a tale principio, che la libera circolazione di un determinato servizio possa essere limitata con provvedimento dell'autorità giudiziaria per motivi attinenti all'opera di prevenzione, investigazione, individuazione e perseguimento di reati. In particolare l'art. 14, comma 3, l'art. 15, comma 2, e l'art. 16, comma 3, prevedono che l'autorità giudiziaria possa esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore del servizio impedisca o ponga fine alle violazioni commesse. Le disposizioni citate vanno lette unitamente al successivo art. 17, il quale esclude sì un generale obbligo di sorveglianza, nel senso che il provider non è tenuto a verificare che i dati che trasmette concretino un'attività illecita, ma - congiuntamente all'obbligo di denunciare l'attività illecita, ove il prestatore del servizio ne sia comunque venuto a conoscenza, e di fornire le informazioni dirette all'identificazione dell'autore dell'attività illecita- contempla che l'autorità giudiziaria possa richiedere al prestatore di tali servizi di impedire l'accesso al contenuto illecito (art. 17, comma 3). La lettura congiunta di tali disposizioni consente di affermare che sussiste un potere inibitorio dell'autorità giudiziaria penale avente il contenuto di un ordine ai provider dei servizi suddetti di precludere l'accesso a Internet al solo fine di impedire la prosecuzione della perpetrazione del reati di cui all'art. 171 *ter*, comma 2, lett. a-bis) della legge 22 aprile 1941 n. 6331[43].

Con tale inibitoria si ha quindi un rafforzamento dei mezzi di tutela del diritto d'autore in quanto alla mera sottrazione della disponibilità della cosa, attuata con la misura cautelare del sequestro preventivo del sito web riservata all'autorità giudiziaria, si aggiunge la possibilità di richiedere ai provider di escludere l'accesso al sito al fine di precludere l'attività di diffusione illecita di opere coperte da diritto d'autore.

Con la stessa sentenza, però, la Suprema Corte ha precisato che tale inibitoria deve essere rispettosa del principio di proporzionalità della limitazione dell'accesso alla Rete e ai suoi contenuti rispetto all'obiettivo di individuazione e perseguimento di reati, atteso che la circolazione di

informazioni su Internet rappresenta una forma di espressione e diffusione del pensiero che ricade nella garanzia costituzionale dell'art. 21, primo comma, della Costituzione. Con particolare riferimento al tema della giurisdizione competente per reati commessi attraverso un mezzo di per sé neutrale e a-territoriale come Internet, nella stessa sentenza, la Corte ha affrontato la questione giuridica della delocalizzazione delle condotte, chiarendo che la localizzazione del sito all'estero non fa venir meno la giurisdizione del giudice nazionale quando una parte della condotta illecita concorsuale sia avvenuta nel territorio dello Stato[44].

Ancora in tema di responsabilità imputabile agli ISP, la IX sezione civile del Tribunale di Roma, nell'ordinanza del 12 dicembre 2009[45], ha ritenuto che l'ISP, nello svolgere un'attività di intermediario, non può essere ritenuto responsabile del contenuto dei dati che trasporta e quindi non può rimuovere i contenuti illeciti o sospendere il servizio, se non in attuazione di un ordine dell'autorità giudiziaria.

Significativo è, sicuramente, il caso *Vividown c. Google*, risolto con la sentenza del Tribunale di Milano del 24 febbraio 2010[46]. Il Tribunale di Milano ha condannato tre dirigenti Google a sei mesi di reclusione (la condanna è stata in seguito sospesa) per non aver richiamato agli obblighi di legge gli utenti che avevano caricato un video che mostrava atti di bullismo nei confronti di un ragazzino Down. In capo a Google si era configurata la responsabilità per colpa con l'aggravante del fine di lucro. Il Tribunale ha argomentato che "la distinzione tra content provider e service provider è sicuramente significativa ma, allo stato e in carenza di una normativa specifica in materia, non può costituire l'unico parametro di riferimento ai fini della costruzione di una responsabilità penale degli internet providers".

Nel caso *PFA Film c. Yahoo!* del marzo 2011[47], il giudice ha riconosciuto la responsabilità del motore di ricerca Yahoo! per aver veicolato contenuti lesivi del diritto d'autore in quanto a conoscenza, perché informato dalla stessa società PFA Film, del contenuto illecito di specifici siti sorgente e quindi in condizione di esercitare un controllo successivo e impedirne il collegamento. Successivamente però, la Sezione Specializzata di proprietà intellettuale del Tribunale di Roma, in seguito a reclamo proposto da Yahoo!, ha revocato la citata ordinanza.

I Giudici hanno sottolineato che la vigente disciplina europea e nazionale in materia di tutela del diritto d'autore "nella consapevolezza delle preoccupazioni dell'industria delle telecomunicazioni e dei fornitori di accesso, ha ritenuto necessario precisare che nel bilanciamento dei contrapposti interessi deve essere assicurato il rispetto delle esigenze di promozione e tutela della libera circolazione dei servizi della società dell'informazione".

Il Tribunale di Roma, quindi, ha introdotto una limitazione della responsabilità a beneficio degli ISP volta ad "evitare l'introduzione di una

nuova ipotesi di responsabilità oggettiva non legislativamente tipizzata o quantomeno l'ipotesi di una compartecipazione dei providers ai contenuti illeciti veicolati da terzi utilizzando il servizio di connettività da essi fornito".

Il titolare dei diritti che richiede di rimuovere o rendere inaccessibile un contenuto lesivo del diritto d'autore, inoltre, è tenuto a individuare l'URL - ovvero la sequenza che identifica univocamente l'indirizzo di una risorsa in Internet- del contenuto, non essendo sufficiente un generico riferimento a talune tipologie di contenuti. Altro aspetto di particolare rilievo della decisione è rappresentato da quanto i giudici sottolineano a proposito della difficoltà nell'accertare se, e in che misura, ogni atto di messa a disposizione del pubblico di un contenuto contestato risulti effettivamente abusivo. Nel caso di specie i giudici rilevano: "[...] dalla documentazione acquisita, prodotta dalla stessa parte ricorrente, risulta che la stessa P.F.A. Films s.r.l. è titolare solo di alcuni dei diritti di sfruttamento dell'opera cinematografica "About Elly" e solo per alcuni territori con la conseguenza che tali diritti possono legittimamente essere esercitati da terzi anche attraverso le reti telematiche e che pertanto - nella indiscriminata moltitudine dei possibili contenuti web riproducenti immagini del film "About Elly" - è necessario distinguere quelli provenienti da soggetti legittimati da quelli abusivi"[48].

La Corte di Giustizia dell'Ue, con decisione del 16 febbraio 2012 nella causa C- 360/10 (*Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA -SABAM- contro Netlog NV*)[49] è tornata a occuparsi dei profili di responsabilità degli Internet Service Provider ed, in particolare, dei gestori di siti di *social networking*, nella loro qualità di *hosting provider*, in relazione alle violazioni dei diritti di proprietà intellettuale di terze parti attuate attraverso la condivisione non autorizzata sulle piattaforme gestite dai provider di contenuti coperti da diritti di privativa. In particolare, la decisione è stata originata dall'iniziativa giudiziaria intrapresa dalla Sabam, *collecting society* belga, volta ad ottenere l'applicazione di un filtro sui contenuti ospitati dalla piattaforma di *social networking* gestita da Netlog, *hosting provider* convenuto nel giudizio insorto in Belgio. Tale sistema di filtraggio risultava diretto ad identificare i contenuti di proprietà degli associati della Sabam veicolati sul social network in questione al fine di inibirne, in via preventiva, la circolazione tra gli utenti della piattaforma stessa[50]. In proposito, i giudici di Lussemburgo hanno ricordato come dal *framework* legislativo comunitario emerge la necessità di assicurare che gli organi giurisdizionali degli Stati membri siano messi nelle condizioni di poter adottare provvedimenti nei confronti degli ISP, secondo le rispettive norme nazionali, che risultino idonei a contribuire in maniera effettiva a porre fine alle violazioni commesse in rete in danno dei titolari dei diritti di proprietà intellettuale. Almeno in linea di principio, gli organi giurisdizionali dei Paesi membri devono avere la possibilità di ingiungere

l'adozione di misure anche di carattere preventivo che siano idonee, in quanto tali, ad evitare nuove violazioni dei diritti in questione. Tali misure, tuttavia, così come ricorda la Corte, devono risultare eque, proporzionate e non eccessivamente onerose.

Le misure adottabili al fine di proteggere i diritti di proprietà intellettuale devono risultare altresì conformi, così come sottolinea la Corte nel proseguo della decisione, tanto con il rispetto dovuto ai diritti fondamentali degli utenti della rete internet (privacy e libertà d'espressione su tutti) quanto con la necessità di assicurare ai provider la possibilità di offrire i propri servizi, in linea con la regolamentazione comunitaria dettata in materia dalla direttiva 2000/31/CE.

Sotto tale profilo la Corte ha ricordato come da un lato, l'art. 15 della direttiva 2000/31/CE escluda che gli internet service provider, e dunque anche gli hosting provider, siano tenuti ad un obbligo di generale di controllo sulle informazioni veicolate o ospitate attraverso i propri servizi, e ha evidenziato come, sotto altro e concorrente profilo, se fosse ammissibile imporre a tali soggetti l'adozione a proprie spese delle tipologie di filtri al traffico richiesti dalla *collecting society* nella causa principale si determinerebbe un'inaccettabile compromissione del libertà di impresa degli *hosting provider* stessi. Così la Corte con riferimento agli *hosting provider* ha chiarito che: "Le direttive: 2000/31/CE - 2001/29/CE - 2004/48/CE , lette in combinato disposto e interpretate alla luce delle esigenze di tutela dei diritti fondamentali applicabili, devono essere interpretate nel senso che ostano all'ingiunzione, rivolta da un giudice nazionale ad un prestatore di servizi di hosting, di predisporre un sistema di filtraggio: - delle informazioni memorizzate sui server di detto prestatore dagli utenti dei suoi servizi; - che si applichi indistintamente nei confronti di tutti questi utenti; - a titolo preventivo; - a spese esclusive del prestatore, e - senza limiti nel tempo, idoneo ad identificare i file elettronici contenenti opere musicali, cinematografiche o audiovisive rispetto alle quali il richiedente il provvedimento di ingiunzione affermi di vantare diritti di proprietà intellettuale, onde bloccare la messa a disposizione del pubblico di dette opere, lesiva del diritto d'autore".

In ultimo, relativamente all'Italia, con un'ordinanza depositata lo scorso 25 maggio, la Sezione proprietà industriale del Tribunale di Firenze fa chiarezza in merito alla responsabilità dei motori di ricerca[51]. Il caso riguardava un imprenditore che, navigando su Internet, si imbatteva in un sito nel quale, a suo dire, sarebbero state pubblicate alcune immagini che lo ritraevano, pur in assenza di una preventiva autorizzazione, nonché affermazioni dal contenuto diffamatorio nei confronti della sua società. Il sito in questione è gestito anonimamente e non vi è alcun recapito per contattare il webmaster o il gestore del sito. L'imprenditore si rivolgeva allora alla Google Inc. (ossia alla sede centrale americana), chiedendo che

fosse impedito il collegamento dal motore di ricerca al sito oggetto di lite. Dinanzi al rifiuto di Google, l'attore decideva di adire le vie giudiziarie. La decisione, relativamente alle funzioni e agli obblighi dei motori di ricerca, affronta vari aspetti. Quanto al primo aspetto, l'ordinanza è dell'avviso che quella dei motori di ricerca sia un'attività di *caching*, atteso che sarebbe limitata "alla indicizzazione dei siti ed alla formazione di copie cache dei loro contenuti, con memorizzazione temporanea delle informazioni". Per ciò che concerne gli obblighi dei motori di ricerca nel caso in cui ricevano richieste di rimozione o di disattivazione dell'accesso a determinati contenuti, il giudice fiorentino precisa che "la conoscenza effettiva della pretesa illiceità dei contenuti del sito de quo non possa essere desunta neppure dal contenuto delle diffide di parte, trattandosi di prospettazioni unilaterali" e che la stessa conoscenza non sia neanche desumibile dal decreto di archiviazione del GIP, "trattandosi di un provvedimento privo di efficacia di giudicato e comunque reso perché ignoti gli autori del reato, senza alcun accertamento, dunque, sulla sussistenza del reato stesso, che non si può dare per presupposto". Dunque, perché possa ritenersi che un motore di ricerca abbia effettiva conoscenza dell'illiceità commessa da terzi, è necessario che un "organo competente abbia dichiarato che i dati sono illeciti, oppure abbia ordinato la rimozione o la disabilitazione dell'accesso agli stessi, ovvero che sia stata dichiarata l'esistenza di un danno" o, ancora, "che l'ISP stesso sia a conoscenza di una tale decisione dell'autorità competente"[52].

5. Lo "Schema di regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica" dell'AGCom

Con delibera n. 398/11/CONS, il 6 luglio 2011, l'AGCom ha pubblicato uno "Schema di regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica", frutto di una rielaborazione dei "lineamenti di provvedimento" in materia di diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica[53].

Lo schema è suddiviso in due parti: la prima è tesa ad incentivare lo sviluppo di misure per favorire l'offerta legale e la promozione effettiva dell'accesso ai contenuti *on line* da parte degli utenti, la seconda mira a tutelare i titolari del diritto d'autore attraverso due procedimenti, dinanzi ai gestori dei siti Internet e dinanzi all'Autorità. Inoltre, il regolamento prevede l'istituzione di un Tavolo tecnico all'interno dell'Autorità, composto da rappresentanti di tutte le categorie interessate e delle associazioni di consumatori e utenti, che ha il compito di agevolare accordi tra i vari attori coinvolti e di elaborare soluzioni al fine di promuovere l'offerta legale di contenuti digitali[54].

L'art. 6 dello schema di regolamento introduce l'istituto del *notice and take down*, ovvero una procedura di notifica di violazione del diritto d'autore

attraverso la quale un soggetto legittimato, che ritenga che uno specifico contenuto violi il diritto di cui è titolare, può rivolgersi direttamente al gestore del sito Internet inviandogli una richiesta di rimozione del contenuto. Il gestore del sito, se riconosce che i diritti del contenuto oggetto di segnalazione sono effettivamente riconducibili al segnalante, può rimuoverlo entro 4 giorni, accogliendo la richiesta rivoltagli. È fatta salva la facoltà del terzo che abbia caricato il contenuto oggetto di notifica di presentare le proprie controdeduzioni e, nel caso in cui ritenga che un contenuto sia stato rimosso ingiustificatamente, di presentare opposizione alla rimozione dello stesso (procedura della contro-notifica). In questo caso il segnalante avrà la facoltà di presentare le proprie controdeduzioni, nonché trasmettere la richiesta di rimozione all'AGCom o rivolgersi all'autorità giudiziaria.

Qualora l'esito della procedura di *notice and take down* non risulti soddisfacente per una delle parti, questa potrà rivolgersi all'Autorità, la quale, a seguito di contraddittorio, potrà impartire nei successivi 20 giorni, prorogabili per non oltre 15 giorni in caso di necessità di ulteriori approfondimenti, un ordine di rimozione selettiva dei contenuti illegali o, rispettivamente, di loro ripristino, a seconda di quale delle richieste rivoltegli risulti fondata. Nel caso in cui sia accertata la violazione dei diritti d'autore e in caso di mancato rispetto dell'ordine di rimozione, l'Autorità potrà irrogare le sanzioni amministrative pecuniarie previste dalla legge 31 luglio 1997, n. 249.

All'interno di questa procedura è compresa la possibilità di procedere ad adeguamento spontaneo da parte di chi viola il diritto d'autore, senza alcuna conseguenza sul piano sanzionatorio.

In ogni momento della procedura introdotta dal Regolamento è fatta salva la facoltà per il titolare del diritto di rivolgersi all'autorità giudiziaria, non configurandosi la procedura dinanzi al gestore del sito o quella dinanzi all'AGCom come sostitutiva della via giudiziaria. Le decisioni in materia di diritto d'autore, inoltre, sono impugnabili dinanzi al TAR del Lazio, come ogni provvedimento dell'AGCom.

Nel caso di siti esteri si è previsto che, qualora in esito all'attività istruttoria svolta, l'Agcom chieda la rimozione dei contenuti destinati al pubblico italiano in violazione del diritto d'autore e il sito non ottemperi alla richiesta, il caso verrà segnalato alla magistratura per i provvedimenti di competenza.

Una delle più importanti novità introdotte dallo schema di regolamento è, poi, la declinazione delle eccezioni alla disciplina del diritto d'autore, per la quale l'Autorità si è ispirata anche a *best practices* internazionali (la *fair use doctrine* statunitense). È previsto che le eccezioni si applichino: a) all'uso didattico e scientifico; b) al diritto di cronaca, commento, critica e discussione nei limiti dello scopo informativo e dell'attualità; c) in caso di assenza della finalità commerciale e dello scopo di lucro; d) in relazione

alla occasionalità della diffusione, della quantità e qualità del contenuto diffuso rispetto all'opera integrale, che non pregiudichi il normale sfruttamento economico dell'opera.

Conclusa la fase di elaborazione degli esiti della seconda consultazione pubblica relativa al regolamento, ad ogni modo, l' AGCOM, nella persona del suo Presidente uscente Corrado Calabrò, ha dichiarato, nell'audizione parlamentare che si è tenuta lo scorso 21 marzo, l'intenzione di rimandare l'adozione del regolamento predisposto[55], in attesa che "veda la luce" una norma di legge della Presidenza del Consiglio che "ribadisce la legittimazione di AGCOM e ne definisce meglio la competenza ed i poteri dell'autorità nella materia del diritto d'autore"[56].

6. Conclusioni

Nonostante gli sforzi del legislatore comunitario e di quello nazionale, la strada per l'adeguamento della normativa sul diritto d'autore alle nuove frontiere della realtà digitale sembra essere ancora impervia. Posto che l'oggetto del diritto d'autore rimane l'opera di carattere creativo qualunque ne sia il modo o la forma di espressione, l'a-materialità delle nuove opere circolanti nell'universo digitale, non può e non deve mettere in discussione una loro adeguata protezione. Il cambiamento connaturato a tali nuove forme di espressione creativa non deve consistere, infatti, nell'affievolimento della loro tutela, ma deve riguardare il nuovo modo di godere delle opere dell'ingegno.

Nell'ottica di un bilanciamento di interessi - distintivo della disciplina del diritto d'autore - tra la salvaguardia del bene intellettuale e dell'incentivo allo sforzo creativo degli autori da una parte, e la tutela della libera circolazione e utilizzazione delle conoscenze, dei saperi e delle idee a beneficio della collettività dall'altra, dovrebbe essere promossa una campagna di educazione e di incentivo allo scambio lecito di informazioni *on line* attraverso l'opera del legislatore e la collaborazione di tutti gli operatori del settore.

In tal modo sarà possibile migliorare l'accessibilità alle opere dell'ingegno in Internet, sfruttando a pieno le possibilità che le nuove tecnologie possono offrire per una più ampia e veloce diffusione della cultura e delle informazioni, ma allo stesso tempo plasmare un diritto d'autore che non serva da ostacolo, ma da incentivo allo sviluppo della conoscenza e della creatività attraverso la Rete.

Note:

[*] Il presente saggio è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

[1] J. P. Barlow, *The Economics of Ideas: Selling Wine Without Bottles on the Global Net*, in *Wired*, 1994.

[2] P. Visco, S. Galli, *Il diritto della musica*, Milano, 2009, 491; A. G. Blank, *TCP/IP Foundations*, Alameda, 2004, 3).

[3] R. T. Griths, *The history of the Internet, From ARPANET to World Wide Web*, in <http://let.leidenuniv.nl/ivh/chap2.htm>;

[4] Cfr. M. Kenney, *The growth and development of the Internet in the United States*, in B. Kogut, *The Global Internet Economy*, Cambridge, 2004, 69; M. Castells, *The Internet Galaxy*, Oxford, 2001, 11;

[5] Con il termine *e-commerce* si identifica lo scambio di beni e servizi realizzato attraverso un sito Internet predisposto al fine specifico di commercializzare determinati beni e servizi; si escludono però dalla categoria il contratto telematico in senso stretto e il contratto concluso via mail o per altro mezzo di comunicazione individuale (cfr. G. Scorza, *Il contratto del commercio elettronico*, in *Diritto delle nuove tecnologie telematiche*, a cura di Cassano, Ichino, Padova, 2009, 138; A. Zuccarello, *Il commercio telematico dell'Unione Europea*, in *I contratti di Internet*, a cura di A. Lisi, Torino, 2006; C. Rossello, *La Governance di Internet, tra diritto statale, autodisciplina, soft law e lex mercatoria*, DCol, 2006, 45).

[6] Cfr. B. Piola Caselli, *Internet ed il diritto d'autore*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civile*, UTET, 2003.

[7] Cfr. all'estero tra gli altri T. Dreier, *Copyright Digitalized: Philosophical Impacts and Practical Implications for Information Exchange in Digital Networks*, atti del *WIPO Worldwide Symposium on the Impact of Digital Technology on Copyright and Neighbouring Rights*, 19 marzo 1993; per la dottrina italiana, cfr. G. Alpa, in Tosi, *I problemi giuridici di Internet*, Milano 1999.

[8] Cfr. J. Ginsburg, *Putting Cars on The Information Superhighway*, in *Col. Law. Rev.*, 95, 1995, 1469; G. De Broglie, *Le droit d'auteur et l'internet*, Paris, 2001; Hugenholtz, *Adapting Copyright to the Information Superhighway*, in *The Future of Copyright in a Digital Environment*, Kluwer Law Int., London, 1996.

[9] Cfr. tra gli altri, Negroponte, *Being Digital*, New York, 1996; C. Oppenheim, *Great is the truth, and it will prevail, The internet copyright case and its implications for users of the WWW*, in *Labnews*, 1997; J. P. Barlow, *The Economics of Ideas: Selling Wine Without Bottles on the Global Net*, in *Wired*, 1994.

[10] Cfr. P. Goldstein, *Copyright's Highway: the Law and Lore of Copyright from Gutenberg to the Celestial Juke Box*, New York, 1996; M. B. Nimmer, D. Nimmer, *Nimmer on Copyright*, New York, 2000.

[11]H. Demsetz, *Toward a Theory of Property Rights*, in *American Economic Review (Proceedings)*, 57, 1967.

[12]La sua elaborazione ha richiesto alcuni secoli di riflessione da parte degli studiosi, ma la sua definizione essenziale avviene ad opera dell'economista utilitarista inglese Jeremy Bentham che scrive: «*which one man has invented, all the world can imitate. Without the assistance of the laws, the inventor would almost always be driven out of the market by his rival, who finding himself, without any expense, in possession of a discovery which has cost the inventor much time and expense, would be able to deprive him of all his deserved advantages, by selling at a lower price*» (J.Bentham, *Manuale di Economia*, 1839); V. Falce, nel suo saggio "Profili pro-concorrenziali dell'istituto brevettuale", afferma, citando Arrow e in questo caso facendo riferimento allo strumento del brevetto, che, in mancanza di un diritto esclusivo ed escludente, la rivelazione delle idee inventive ne agevolerebbe l'acquisizione e l'utilizzazione simultanea da parte di chiunque, con l'effetto di favorire la stabilizzazione del prezzo dell'invenzione originaria ad un livello non remunerativo per colui che l'ha per primo elaborata, ossia al suo costo marginale di produzione. Nell'impossibilità pratica di appropriarsi del valore economico dell'invenzione, il suo legittimo autore sarebbe spinto a destinare le risorse umane e finanziarie di cui dispone ad usi più remunerativi, con conseguente sottoinvestimento in attività di ricerca e sviluppo (Cfr. V. Falce, *Profili pro concorrenziali dell'istituto brevettuale*, Giuffrè, 2008).

[13]La giustificazione standard applicata al copyright, e agli altri DPI, riconduce in sostanza alla tesi dell'emergenza dell'istituzione giuridica come risposta a un fallimento del mercato, giacché senza tale diritto gli individui non avrebbero adeguato incentivo a dedicarsi alla creazione di idee nuove. L'argomentazione esposta trae origine dalla teoria dei beni pubblici e delle esternalità che viene risolta da Coase (*The Problem of Social Cost*, in *Journal of Law and Economics*, 3, 1960) tramite il conferimento a un individuo di diritti di proprietà. Questi, per effetto della contrattazione tra agenti economici (e senza intervento pubblico), permettono di raggiungere un equilibrio ottimo nel senso di Pareto. L'assunto centrale di tale approccio postula, dunque, l'esistenza di un problema d'appropriabilità che, in assenza di un adeguato sistema di incentivi, porterebbe alla produzione di un livello sub-ottimale di nuove idee (tra i molti si vedano Arrow, *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, in Nelson R.R. ed., *The Rate and Direction of Inventive Activity*, Princeton, Princeton University Press, 1962; Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston, Little Brown, 1992; Landes e Posner, *An Economic Analysis of Copyright Law*, in «*Journal of Legal Studies*», 18,

1989 e per una rapida rassegna Audretsch, *Technological Regimes, Industrial Demography and the Evolution of Industrial Structures*, in *Industrial and Corporate Change*, 6, n. 1, 1997).

In altri termini, il consumo non-rivale e il basso costo marginale di diffusione/riproduzione delle idee si scontrano con il loro elevato costo fisso di produzione e stimolano comportamenti di free riding che hanno effetti negativi sugli investimenti. Perciò, la situazione descritta, senza l'appropriato *mechanism design*, ovvero la creazione di un adeguato incentivo, può portare all'estremo a fenomeni di selezione avversa e il numero di coloro che si dedicano alle attività creative può ridursi drasticamente.

L'affermazione, comunque, non è universalmente condivisa e suscita perplessità presso numerosi studiosi che hanno elevato, ripetutamente, voci di dissenso (alcuni, ad esempio, sostengono che "*il miglioramento della tutela della proprietà intellettuale non è necessariamente socialmente benefico*" giacché la "*più forte appropriabilità non produrrà maggiore innovazione in ogni ambito e, dove ciò accadrà, l'innovazione può avvenire ad un costo eccessivo*", R.C. Levin, A.K. Klevorick, R.R. Nelson e S.G. Winter, *Appropriating the Returns from Industrial Research and Development*, in *Brookings Papers on Economic Activity*, n. 3, 1987).

[14] Cfr. B. Piola Caselli, op. cit., 801.

[15] Cfr. J. Ginsburg, op. cit.

[16] Tale normativa è intervenuta sul testo dell'art. 16 della Legge sul Diritto d'Autore il quale è stato sostituito dall'art. 2 del d. lg. N. 68/2003 ed ora dispone che "*il diritto di comunicazione al pubblico (...) dell'opera ha per oggetto l'impiego di uno dei mezzi di diffusione a distanza, quali il telegrafo, il telefono, la radio, la televisione ed altri mezzi analoghi, e comprende la comunicazione al pubblico via satellite e la ritrasmissione via cavo (...); comprende altresì la messa a disposizione al pubblico dell'opera in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente*".

[17] Cfr. P. Visco, S. Galli, op. cit.

[18] Tra gli esempi di musica *on demand* vedi lo *streaming on line* e iTunes, il *music store* della Apple.

[19] G.U.C.E. 1 marzo 2000, n. L 89/6.

[20] Cfr. *infra* in tema di responsabilità dei *providers*.

[21] Secondo la Commissione europea (COM (2007) 836) "*Il trasferimento dei servizi di contenuti creativi verso un ambiente online comporta un cambiamento sistemico. Per trarre il massimo benefici da questi cambiamenti, I responsabili politici devono conseguire i tre obiettivi seguenti:*

- *garantire che i contenuti europei contribuiscano nella misura del possibile alla competitività europea e favoriscano la disponibilità e la diffusione*

dell'ampia diversità della creazione di contenuti europei e del patrimonio linguistico e culturale dell'Europa;

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

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

[22] Cfr. la relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni "Applicazione della direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale" del 22 dicembre 2010, COM (2010) 779.

[23] Cfr. la Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni "Un mercato unico dei diritti di proprietà intellettuale. Rafforzare la creatività e l'innovazione per permettere la creazione di crescita economica, di posti di lavoro e prodotti e servizi di prima qualità in Europa" del 24 maggio 2011, COM (2011) 287.

[24] L. Nivarra, *Responsabilità del Provider*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civile*, 2003, 1196.

[25] Cfr. F. Di Ciommo, *La responsabilità civile nell'era di Internet*, in G. Ponzanelli, *La Responsabilità Civile*, 2002, 206; C. Gattei, *Considerazioni sulla responsabilità dell'Internet provider*, in www.interlex.com/regole/gattei2.

[26] In realtà la rete di trasmissione delle informazioni, presupposta dalla Direttiva comunitaria 2000/31/CE, c.d. Direttiva sul commercio elettronico (pubblicata sulla G.U.C.E. 17/7/00 n. L178), non è necessariamente la rete Internet, ma una qualsiasi rete di trasmissione dati per il commercio elettronico. Infatti, sebbene la Direttiva utilizzi, nel secondo Considerando, la parola Internet, affermando che lo sviluppo del commercio elettronico faciliterà la crescita delle imprese europee nonché gli investimenti nell'innovazione "a condizione che Internet sia accessibile a tutti", tale affermazione non esclude, in alcun modo, che il commercio elettronico si possa sviluppare anche su una rete dati che non sia necessariamente la rete Internet e, quindi, la normativa comunitaria è applicabile a tutte le reti dati, nelle quali si può sviluppare questo tipo di commercio (cfr. R. Bocchini, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico*, 2003, 20).

[27] Gli intermediari hanno cercato, inizialmente, di autodisciplinarsi ponendo una serie di regole comuni; i providers hanno creato il c.d. *galateo della rete* individuando una serie di usi comuni e sono nati così i c.d. *Netiquette* (cfr. G. Santosuosso, *Il codice Internet e del commercio elettronico*, 2001, 21; G. Palumbo, *L'autodisciplina del mercato virtuale*, in

A. Antonucci, *E-commerce. La Direttiva 2000/31/CE ed il quadro normativo delle rete*, 2001, 252); anche la Camera di Commercio di Milano ha pubblicato una raccolta di usi e consuetudini sugli Internet providers con la quale definisce il contratto di fornitura dei servizi Internet, gli obblighi del cliente, le prestazioni e gli obblighi del provider, le responsabilità di entrambi.

[28] Cfr. R. Bocchini, op. cit., 26.

[29] Cfr. G. Ponzanelli, *Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli Internet service providers?*, in *Danno e responsabilità*, 2002, 8.

[30] Cfr. G. Facci, *La responsabilità dei providers*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di M. Bessone, Vol. XXXII, 2007.

[31] Cfr. F. Di Ciommo, *Responsabilità civili in Internet: i soggetti, i comportamenti illeciti, le tutele*, in www.altalex.com.

[32] Cfr. M. Cammarata, *Sotto torchio gli operatori della Rete*, in www.interlex.it/regole/torchio.htm, il quale così prosegue: “È ovvio che, ai fini dell’attribuzione di una responsabilità, il giudice indagherà su quello che i giuristi chiamano ‘l’elemento soggettivo dell’illecito’, dovrà cioè stabilire se l’intervento del provider sui contenuti sia una mera operazione tecnica o se vi sia l’intenzione di influire in qualche modo sui contenuti stessi: solo in questo caso si potrà parlare di responsabilità del fornitore. Tuttavia l’esperienza insegna che disposizioni così generiche costituiscono un pericolo non trascurabile: non è comunque positivo che un’assenza di responsabilità sia sancita da un giudice al termine di un’istruttoria o addirittura di un processo, laddove una norma più chiara eviterebbe all’origine l’intervento dell’autorità giudiziaria”.

Con riguardo alle questioni concernenti la responsabilità penale del provider, si rimanda a D. Minotti, *Responsabilità penale: il provider è tenuto ad “attivarsi”?*, in www.interlex.it/regole/minotti8.htm, il quale osserva che “il decreto, agli artt. 14, 15 e 16, solleva i prestatori da ogni responsabilità (diverse da quelle amministrative fissate nel decreto) a condizione che essi non intervengano sulle informazioni (i.e. i dati) da loro memorizzate o veicolate. Previsione di mero valore riproduttivo, atteso che, anche senza il decreto, l’intervento (‘causalè) sulle informazioni (consapevolmente illecite) poteva già condurre, per i principi generali di diritto penale, ad ipotesi di concorso commissivo”.

[33] Cfr. F. Di Ciommo, op.cit. per il quale “Proseguendo l’analisi della direttiva 2000/31/Ce, pare interessante notare come la normativa in parola non lasci l’accertamento della colpa del provider alla discrezionalità del giudice. Quest’ultimo, infatti, non è genericamente chiamato, come sarebbe in forza dell’art. 2043, a valutare la correttezza della condotta edell’atteggiamento psichico dell’intermediario, bensì è tenuto ad applicare i principi della direttiva – che il d. lgs. 70/2003 ha riprodotto fedelmente –, e dunque esclusivamente ad accertare, quando il danneggiato agisca contro l’intermediario cercando di provare la sua colpa specifica, che

quest'ultimo non abbia posto in essere nessuna delle condizioni che fanno scattare la sua responsabilità.

Siamo, a ben vedere, alle prese con un sistema di imputazione della responsabilità basato esclusivamente sulla colpa specifica dell'intermediario, e cioè sulla colpa per violazione di legge; mentre al giudice è precluso, in quanto inutile al fine dell'imputazione della responsabilità, ogni accertamento ulteriore relativo all'atteggiamento psichico del convenuto".

[34] Cfr. tra gli altri, R. Bocchini, op. cit.; G. Facci, op. cit.; G. Cassano, I.P. Cimino, *Il nuovo regime di responsabilità dei providers: verso la creazione di un "novello censore telematico"*, in *I Contratti*, 1/2004; P. Sanna, *Il regime di responsabilità dei providers intermediari di servizi della società dell'informazione*, in *Resp. Civile e previdenza*, vol.I, 2004.

[35] Cfr. B. Saetta, *La responsabilità dei provider*, disponibile al link www.brunosaetta.it/diritto/la-responsabilità-dei-provider.html.

[36] Cfr. tra gli altri, R. Bocchini, op. cit.; G. Facci, op. cit., G. Cassano, I.P. Cimino, op. cit.; P. Sanna, op. cit.

[37] Cfr. tra gli altri, R. Bocchini, op. cit.; G. Facci, op. cit., G. Cassano, I.P. Cimino, op. cit.; P. Sanna, op. cit.; L. Bugiolacchi, *La responsabilità dell'host provider alla luce del d. lgs. 70/2003: esegesi di una disciplina dimezzata*, nota a Trib. Catania, 29 giugno 2004, in *Resp. Civile e previdenza*, 2005, 188.

[38] Il comma 3, infatti, sancisce che: "il prestatore è civilmente responsabile del contenuto di tali servizi nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non ha agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto, ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non ha provveduto ad informarne l'autorità competente". L'"ovvero" indica che è sufficiente una delle due ipotesi per far scattare la responsabilità.

[39] In tema di obblighi dei provider occorre oggi altresì segnalare quanto disposto dall'art. 1 D.L. 22 marzo 2004, n. 72 (cd. "Decreto Urbani") convertito con legge 21 maggio 2004, n. 128, GU 119 del 22 maggio 2004, recante *Interventi per contrastare la diffusione telematica abusiva di opere dell'ingegno, nonché a sostegno delle attività cinematografiche e dello spettacolo*.

[40] Cfr. 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*, n. 8.9/2004, 832; B. Terracciano, op. cit.

[41] Cfr. G. Gardini, *Le regole dell'informazione. Principi giuridici, strumenti, casi*, 2009, 227.

^[42] Pubblicata in *Diritto dell'informatica e dell'informazione*, 2010, 3.

[43] Si può rilevare che lo stesso potere inibitorio spetta all'AGCom in quanto le richiamate norme accomunano nell'azione di contrasto alla

violazione del diritto d'autore l'autorità giudiziaria e l'autorità amministrativa avente funzione di sorveglianza conferendo loro, nella materia in argomento, la possibilità di disporre che i provider inibiscano ai propri utenti l'accesso all'indirizzo del sito web operante in violazione del diritto d'autore.

[44] Cfr. L. Cuomo, *La Cassazione affonda la Baia dei Pirati*, in *Cassazione Penale*, Anno 2011, Vol. III, pag. 1102, parte A. A questo proposito cfr. anche il caso *Scarlet vs. Sabam* (procedimento C-70/10). Con sentenza del 24 novembre 2011 la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ha stabilito che è incompatibile con la normativa comunitaria l'ingiunzione, da parte dei giudici nazionali nei confronti dei fornitori dei servizi della società dell'informazione (o Internet Service Provider, "ISP"), di predisporre un sistema di filtraggio che sia generalizzato (*i.e.* destinato a tutti gli utenti e a tutti i contenuti che transitano attraverso la piattaforma dell'ISP), preventivo, a spese esclusive dell'ISP e senza alcun limite temporale, al fine di bloccare il trasferimento di contenuti in violazione di diritti d'autore di terzi. Con la decisione in esame, la Corte di Giustizia si è pronunciata sulla questione pregiudiziale sottoposta dalla Corte d'Appello di Bruxelles nel contesto di una controversia sorta in Belgio tra un ISP belga (Scarlet Extended SA, "Scarlet") e la società di gestione che rappresenta gli autori, i compositori e gli editori di opere musicali a livello nazionale (Société Belge des Auteurs, Compositeurs et Editeurs SCRL, "Sabam"), in Gianni, Origoni, Grippo & Partners, *Novità in tema di responsabilità degli Internet Service Provider*, in *Legal Update-Intellectual Property*, dicembre 2011.

[45] Caso *FAPAV c. Telecom Italia*, in cui FAPAV aveva richiesto a Telecom Italia di fornire i nominativi degli utenti che avessero prelevato in modo illecito contenuti tutelati dal diritto d'autore, di oscurare l'accesso ai siti di *file sharing* e inviare avvisi a coloro che commettono violazioni al diritto d'autore (Cfr. F. Macaluso, *Distribuzione di contenuti digitali in rete*, in *Diritto del commercio internazionale*, anno XXIV, 4-2010).

[46] Testo integrale pubblicato in http://speciali.espresso.repubblica.it//pdf/Motivazioni_sentenza_Google.pdf.

[47] Testo integrale pubblicato in <http://www.leggioggi.it/2011/12/22/il-motore-di-ricerca-non-e-responsabile-dei-contenuti-indicizzati/>.

[48] Cfr. B. Terracciano, *Il diritto d'autore on line: quale regolamentazione?*, in *Amministrazione In Cammino - rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione* a cura del Centro di Ricerca sulle amministrazioni pubbliche "V. Bachelet", 2011.

[49] Testo integrale pubblicato in http://www.comellini.it/autore_file/sentcortegiusteu2012-02-16.htm

[50] La causa principale presentava dei profili di indubbia somiglianza con un altro contenzioso che aveva condotto alla decisione della Corte di Giustizia del 24 novembre scorso nella causa C-70/10 (*Belgische*

Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA - SABAM contro Scarlet Extended SA), vedi nota 44. La Corte di Giustizia ha avuto, quindi, l'occasione di confermare il proprio orientamento contrario all'applicazione di tali tipologie di filtri al fine di offrire una protezione avanzata ai diritti di proprietà intellettuale in rete vagliando, in particolare, la posizione degli hosting provider in relazione alla richiesta di applicazione dei suddetti filtri.

[51] Tribunale ordinario civile di Firenze - Sezione marchi e brevetti - Sentenza 25 maggio 2012, Cfr. nota di G. M. Riccio, in *Guida al Diritto*, 4 giugno 2012.

[52] Un passo importante, perché sembra spazzar via l'indirizzo assunto da parte della giurisprudenza che, per mezzo di un'interpretazione (forse eccessivamente) estensiva del D. lgs. 70/2003, ha ritenuto sufficiente che il soggetto che pretenda di aver subito una lesione possa limitarsi a comunicare all'intermediario l'indirizzo Url contenente il presunto materiale illecito. La decisione fiorentina appare ancora più importante per Google se si allarga l'angolo prospettico e si considera la decisione, del 29 maggio scorso, del Tribunal de Grande Instance di Parigi (testo integrale pubblicato in <http://www.scribd.com/doc/95294667/youtube-TF1-Jugement-29-Mai-2012>), che ha statuito che YouTube non possa essere ritenuto responsabile in caso di pubblicazione, da parte dei propri utenti, di video tutelati dal diritto d'autore. Anche in questo caso, la posizione della giurisprudenza appare netta: gli operatori di internet sono degli intermediari e, in quanto tali, non possono essere considerati responsabili dei contenuti veicolati da terzi, né, tanto meno, essere equiparati a degli editori, neanche laddove, come nel caso deciso in Francia, operino una selezione di taluni contenuti ritenuti "*contrari alla propria linea editoriale*" ovvero organizzino i video, anche per mezzo di specifici suggerimenti agli utenti, o vendano spazi pubblicitari.

[53] Delibera n. 668/10/CONS dell'AGCom.

[54] Il Tavolo tecnico avrebbe dovuto avere come obiettivi: elaborare codici di condotta per gestori dei siti Internet e per i fornitori di servizi; promuovere accordi tra produttori e distributori al fine di semplificare l'*iter* di distribuzione dei contenuti; realizzare campagne di educazione alla legalità nella fruizione dei contenuti. Era prevista anche la creazione di un osservatorio per monitorare i miglioramenti della qualità e le riduzioni dei prezzi dell'offerta legale di contenuti digitali.

[55] "*In una prospettiva di più ampio respiro auspichiamo che il parlamento, nella sua sovranità, voglia affrontare le principali questioni aperte che si collocano oltre l'orizzonte dell'azione amministrativa. Ripensare sistematicamente la disciplina del diritto d'autore nel mondo digitale è un compito che solo le Camere elettive possono intraprendere. Proteggere i diritti di proprietà intellettuale vuol dire anche proteggere l'occupazione sul presupposto che l'economia italiana può restare*

competitiva soprattutto grazie all'innovazione, alla creatività e alla qualità (...) e forse, dato che il diritto d'autore travalica le frontiere nazionali, la sede più appropriata per una tale normativa – quanto meno sul piano degli indirizzi- sarebbe quella europea, se non addirittura l'ONU" (cfr. Audizione del Pres. AGCom Corrado Calabrò "Aggiornamento problematiche emerse nel settore internet in materia di diritto d'autore" alla VII Commissione e VIII Commissione del Senato della Repubblica, 21 marzo 2012).

[56]Lo schema era stato sottoposto infatti a numerose critiche da parte degli operatori del settore, soprattutto relativamente alla effettiva competenza dell'AGCom a dettare una disciplina generale relativa alla tutela del diritto d'autore in Rete che contemplasse l'adozione, in sede amministrativa, di provvedimenti pressoché sommari con l'affievolimento delle garanzie di difesa per i destinatari. Disciplina che, probabilmente, secondo i più, dovrebbe essere oggetto di un vaglio Parlamentare.