



Trento Law and Technology Research Group

Research Paper n. 20

*Enforcement del diritto d'autore
nell'ambito di Internet vs. protezione
dei dati personali: bilanciamento tra
diritti fondamentali e contesto
culturale*

Federica Giovanella | Aprile/2014

Copyright enforcement in the
Internet vs. personal data protection:
balance between fundamental rights
and cultural context

Federica Giovanella | April/2014

ISBN: 978-88-8443-537-8
ISSN: 2038-520X

COPYRIGHT © 2014 FEDERICA GIOVANELLA

This paper can be downloaded without charge at:

The Trento Law and Technology Research Group Research Papers Series Index
<http://www.lawtech.jus.unitn.it>

Unitn-eprints:
<http://eprints.biblio.unitn.it/archive/00004273/>

Questo paper © Copyright 2014 di Federica Giovanella è pubblicato con Licenza
Creative Commons Attribuzione – Condividi allo stesso modo
3.0 Italia. Testo completo della licenza:
<http://creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0/it/legalcode>

ABSTRACT

The starting point of this research are a number of selected lawsuits in which copyright holders have tried to enforce their rights against Internet users suspected of illegal file-sharing. In so doing, copyright enforcement collided with users' information privacy.

Employing a comparative and multidisciplinary approach, my aim is to understand the way judges solve the mentioned conflict between information privacy and copyright enforcement. The comparison involves the European system (with particular regard to Italy) and the North American ones (US and Canada).

The idea behind my analysis is that technology affects society, which in turn affects lawmakers, and even judges. Indeed, judges do not live a secluded life, but operate within a society. Therefore, it is at least plausible, if not necessary, that their decisions reflect the values of that society. Many studies illustrate the way courts decide and if and how they can be influenced by the society and culture in which they operate.

To assess if my statement is sound, I shall consider the perception of copyright in the three normative systems. The same analysis is undertaken with regard to information privacy. Importance is given also to the policies adopted for the two rights. Unsurprisingly, technology has affected in many ways the substance of both privacy and copyright norms, as well as people's lives and people's way of behaving. This has led to a different perception of the need to protect the aforementioned rights.

The question I mean to answer is the following: could this be a reason why, despite similar legal frameworks, the outcomes of lawsuits are quite different among the considered legal systems?

This is the goal of my research, conscious of the fact that anyway my answer can be just one of the many possible explanations.

CONTENTS

1. Introduction. – 2. The balance between rights as applied by judges: case studies. - 2.1 Italian cases. – 2.2 USA cases. - 2.3 Canadian cases. - 2.4 Preliminary thoughts. – 3. «Conception» and «perception» of *file-sharing*. – 4. «Conception» and «perception» of personal data protection. – 5. An hypothesis for the judicial solutions adopted

KEYWORDS

Copyright – Personal data protection – Privacy –
Balance between rights – Legal culture

About the Author

Federica Giovanella (federica.giovanella@unitn.it) is post-doc researcher at the Faculty of Law of the University of Trento, and fellow of the LawTech research group (<http://www.lawtech.jus.unitn.it/index.php/people/federica-giovanella>). Federica's research interests concentrate on intellectual property, data protection, ISPs' liability and Wireless community networks. She published in these fields, as well as on wrongful death damages.

ABSTRACT

Il punto di partenza della mia riflessione è dato da alcune controversie promosse dai detentori di *copyright*, in cui questi ultimi hanno tentato di ottenere l'*enforcement* dei propri diritti nei confronti di utenti di Internet sospettati di aver effettuato una condivisione *online* di contenuti coperti da diritto d'autore. In tali procedimenti, le richieste di tutela dei titolari del diritto d'autore hanno finito per scontrarsi con il diritto alla privacy (*rectius*: il diritto alla protezione dei dati personali) degli utenti.

Applicando il metodo comparatistico e un'analisi multidisciplinare, lo scopo della mia ricerca è stato quello di comprendere in quale modo i giudici risolvano il menzionato conflitto tra protezione dei dati personali e tutela del diritto d'autore. La comparazione considera il sistema italiano, con imprescindibile riferimento anche alla dimensione europea, nonché i sistemi nordamericani (USA e Canada).

L'idea sottesa alla mia analisi è che la tecnologia influisca sulla società, che a sua volta influisce sui c.d. *lawmakers*, giudici inclusi. Costoro infatti vivono ed operano all'interno di un preciso contesto, di una società. È pertanto plausibile, se non inevitabile, che le decisioni dei giudici riflettano i valori di quella società. Molti studi che hanno illustrato il modo in cui le corti decidono, hanno altresì verificato che esse possono essere influenzate dalla società e dalla cultura in cui operano.

Per comprendere se le mie ipotesi fossero plausibili, ho valutato ciò che ho definito come "percezione" del diritto d'autore da parte dei consociati nei tre sistemi considerati. La stessa analisi è stata effettuata con riferimento alla protezione dei dati personali. Altro dato importante che è stato esaminato è ciò che ho definito come "concezione", ovvero sia l'insieme di *policies* che caratterizzano la regolamentazione dei due diritti in gioco.

Da tali analisi è emerso come la tecnologia abbia profondamente influenzato sia l'essenza delle norme in materia di diritto d'autore e di protezione dei dati personali, sia il modo in cui i consociati vivono e si comportano. Questo ha conseguentemente portato a percezioni differenti circa la necessità di protezione dei diritti considerati.

La domanda cui intendevo dare risposta con questa ricerca è la seguente: possono tali diverse percezioni e concezioni essere la ragione sottesa ai diversi esiti che le controversie da cui prende spunto questo lavoro hanno raggiunto?

Questo è stato l'obiettivo della mia ricerca, pur conscia del fatto che la mia risposta è soltanto una delle molte possibili e concorrenti spiegazioni.

SOMMARIO

1. Introduzione. – 2. Il bilanciamento applicato dai giudici: casi studio. - 2.1 Casistica italiana. – 2.2 Casistica statunitense. - 2.3 Casistica canadese. - 2.4 Spunti di riflessione. – 3. La «concezione» e la «percezione» del *file-sharing*. – 4. La «concezione» e la «percezione» della protezione dei dati personali. – 5. Un'ipotesi per le soluzioni adottate dai giudici.

PAROLE-CHIAVE

Diritto d'autore – Protezione dei dati personali – Privacy –
Bilanciamento fra diritti – Cultura giuridica

Notizie sull'autore

Federica Giovanella (federica.giovanella@unitn.it) è assegnista di ricerca presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento, e *fellow* del LawTech research group presso la stessa facoltà (<http://www.lawtech.jus.unitn.it/index.php/people/federica-giovanella>). I suoi interessi di ricerca si concentrano su proprietà intellettuale, protezione dei dati personali, responsabilità dei *providers* e *wireless community networks*. Ha pubblicato in questi ambiti, nonché in tema di danno da uccisione.

Enforcement* del diritto d'autore nell'ambito di Internet vs. protezione dei dati personali: bilanciamento tra diritti fondamentali e contesto culturale

Federica Giovanella

1. Introduzione

La possibilità che esistano diritti confliggenti è connaturata alla scienza giuridica. Proprio per tale motivo è la stessa scienza giuridica ad aver elaborato uno strumentario concettuale atto a stabilire la prevalenza dell'uno o dell'altro dei diritti che si trovano in conflitto. Tuttavia le soluzioni fornite possono essere molte e divaricate, con il risultato che non si giunge a una univoca predeterminazione del diritto prevalente. Qualora tale predeterminazione non sia prescritta direttamente dal legislatore, spetterà al giudice stabilire la preponderanza di un diritto sull'altro in un giudizio di bilanciamento. Tale giudizio diviene particolarmente delicato nel momento in cui, sui piatti della bilancia, si trovano diritti che possono definirsi «fondamentali», e che assumono, almeno in apparenza¹, lo stesso rango supremo.

* Una versione riveduta e corretta di questo scritto è stata pubblicata nella *Rivista Critica del Diritto Privato*, n. 4/2013.

¹ Ciò in quanto non può sottacersi, almeno per il contesto italiano, che la categorizzazione di diritto fondamentale per il diritto d'autore è discussa (per il riconoscimento del rango costituzionale del diritto d'autore, v. *infra* nota n. 45). Sebbene infatti più carte sovranazionali enuncino la necessaria tutelabilità del diritto d'autore (si veda ad esempio l'art. 27.2 della Dichiarazione Universale dei

Quest'ultima constatazione è il punto di partenza da cui il presente lavoro prende le mosse. In particolare, si è voluto indagare se in tale attività di bilanciamento il giudice possa essere influenzato da fattori culturali che riguardino la percezione dei diritti in contrasto. Ci si è inoltre interrogati sulla possibilità che anche le *policy*, intese come «linee di indirizzo» seguite dal legislatore per la protezione di un determinato diritto, possano essere un elemento influente su tali decisioni giudiziali.

Al fine di rispondere a queste domande, la ricerca si è concentrata su alcuni casi pratici. Questi casi sono stati scelti all'interno di uno scenario che ha visto un recente e profondo mutamento dovuto all'introduzione delle cosiddette tecnologie digitali: un caso paradigmatico di conflitto fra diritti fondamentali è infatti rappresentato dalla violazione del diritto d'autore sulle opere musicali nella dimensione di Internet. Più precisamente, i casi analizzati riguardano la tutela del diritto d'autore nelle ipotesi di illecita condivisione in rete di opere musicali, e, specificatamente, nel contesto del cosiddetto *file-sharing*.

Diritti Umani del 1948 – fra i cui firmatari figurano peraltro anche USA e Canada; oppure la Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE all'art. 17.2), permangono scetticismi a tal proposito. Questo accade soprattutto laddove il diritto d'autore, esponente principe dei diritti di proprietà intellettuale, sia paragonato quando anche non assimilato al diritto di proprietà. Questo espediente retorico raccoglie sempre maggiori critiche sia all'interno dei confini italiani (cf. ad esempio M.R. MARELLA, *Il principio costituzionale della funzione sociale della proprietà e le spinte antiproprietarie dell'oggi*, in corso di pubblicazione: “la retorica dei diritti si iscrive a pieno titolo nello strumentario della *governance* neoliberale”) sia a livello internazionale (si v. l'intero volume di J. REYMAN, *The Rhetoric of Intellectual Property: Copyright Law and the Regulation of Digital Culture*, New York, 2009).

Attualmente, lo scambio in Internet di opere musicali avviene mediante piattaforme definite *peer-to-peer*, ovverosia sistemi in rete dove ciascuno degli utenti è sia *server* che *client* (e pertanto ciascuno è «pari», da cui *peer*). Ciascun utente può dunque sia «caricare» che «scaricare» dati attraverso queste reti. L'industria musicale ha cercato di arginare questo fenomeno, dapprima citando in giudizio i produttori dei *software* che permettevano lo scambio², e successivamente convenendo in giudizio i singoli utenti³. In queste ultime controversie, al fine di raggiungere il proprio scopo, vale a dire citare in giudizio l'utente finale, il titolare di diritto d'autore deve necessariamente compiere un particolare percorso. Gli utenti sono infatti normalmente identificabili solo in via parziale, vale a dire solo attraverso i loro pseudonimi o i loro indirizzi IP⁴. Per poter ricollegare questi dati alle vere identità degli utenti, i titolari di

² Negli USA, fra i più conosciuti ricordiamo il caso Napster: *A&M Records, Inc., v. Napster*, 114 F. Supp. 2d 896, 900 (N.D. Cal. 2000); *A&M Record Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (2001) e il caso Grokster, che raggiunse anche la Corte Suprema: *MGM Studios, Inc., v. Grokster, Ltd.*, 259 F.Supp. 2d 1029 (C.D. Cal. 2003); *MGM Studios, Inc., v. Grokster, Ltd.*, 380 F.3d 1154 (9th Cir. 2004); *MGM Studios, Inc., v. Grokster, Ltd.*, 545 U.S. 913 (2005) .

³ Alcuni dei casi in cui sono stati convenuti i singoli utenti verranno analizzati nel testo. Di recente le case discografiche stanno riprendendo a citare in giudizio i produttori di software, si v. ad es. il recente caso *Arista Records LLC v. Lime Wire LLC*, 2010 U.S. Dist. LEXIS 115675 (S.D.N.Y., Oct. 26, 2010).

⁴ L'Internet Protocol (IP) Address è un numero che identifica in via univoca un dispositivo collegato alla rete internet e permette pertanto l'identificazione del dispositivo stesso e la sua raggiungibilità. Sul funzionamento delle reti *peer-to-peer* e sui meccanismi per la tracciabilità di copie elettroniche in tali sistemi, v. G. RUFFO, *Protezione della Privacy e della Proprietà Intellettuale: il Caso del Peer-to-Peer in Italia*, in F. BERGADANO, A. MANTELERO, G. RUFFO, G. SARTOR, *Digital Privacy. Giuristi e informatici a confronto*, Torino 2006, 55.

diritto d'autore necessitano della collaborazione degli Internet Service Providers (ISP) ai cui servizi gli utenti sono abbonati. Nei sistemi giuridici considerati, gli ISP hanno talvolta negato la loro collaborazione, forzando i titolari di diritto d'autore a citarli in giudizio al fine di ottenere un provvedimento giudiziale che ordinasse la comunicazione dei dati degli abbonati.

In queste controversie fra *copyright holders* e ISP si palesa il contrasto fra diritti fondamentali. È evidente, infatti, come la richiesta effettuata dai detentori del *copyright* miri a ottenere informazioni che sono da considerarsi dati personali degli utenti⁵. I giudici si sono pertanto trovati di fronte al dilemma se dover dare prevalenza al diritto d'autore, e quindi ordinare che i dati degli utenti fossero comunicati, o se dover, viceversa, far prevalere la protezione

⁵ Gli stessi indirizzi IP sono a monte considerati dato personale. Di tale opinione è il Privacy Commissioner canadese, v. PIPEDA Case Summaries n. 25/2001 – *A Broadcaster Accused of Collecting Personal Information via Web Site*, rinvenibile all'url: http://www.priv.gc.ca/cf-dc/2001/cf-dc_011120_e.cfm; n. 2005/315 – *Web-centred company's safeguards and handling of access request and privacy complaint questioned* (http://www.priv.gc.ca/cf-dc/2005/315_20050809_03_e.cfm); n. 2005/319 – *ISP's anti-spam measures questioned* (http://www.priv.gc.ca/cf-dc/2005/319_20051103_e.cfm), in cui si legge: «an IP address can be considered personal information if it can be associated with an identifiable individual». Questa interpretazione è condivisa a livello europeo anche dal Gruppo di lavoro Articolo 29 per la protezione dei dati personali che così si è espresso: «IP addresses attributed to Internet users are personal data and are protected by EU Directives 95/46 and 97/66», cfr. Opinion 2/2002 on the use of unique identifiers in telecommunication terminal equipments: the example of IPv6, adottata il 30 maggio 2002, 3, http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/index_en.htm#h2-11. Ciò significa che il trattamento degli indirizzi IP dovrebbe pertanto essere effettuato in conformità alle norme in materia.

dei dati personali degli utenti⁶, frustrando le aspettative dei titolari di diritto d'autore.

Queste controversie si sono verificate in diversi ordinamenti. I sistemi presi in considerazione in questo scritto sono quelli statunitense, canadese e italiano.

Delineato il punto di partenza del presente scritto, si passerà a illustrare brevemente lo svolgimento dei casi giurisprudenziali analizzati (par. 2), cercando poi di fornire un sintetico quadro legislativo del *file-sharing* (par. 3) e della protezione dei dati personali per ciascuno degli ordinamenti considerati (par. 4). Infine, si argomenterà a favore della tesi in base alla quale l'influenza culturale e «politica» riveste un ruolo di primo piano nelle decisioni giudiziali di bilanciamento fra diritti contrastanti (par. 5)⁷.

⁶ Sebbene i casi considerati abbiano implicazioni principalmente per il diritto alla protezione dei dati personali, molto spesso nelle decisioni dei giudici si legge il termine «privacy». Per decenni la dottrina ha cercato di fornire una definizione esaustiva di «privacy», molto spesso finendo per sovrapporre tale concetto con quello di protezione dei dati personali (per alcune fra le più condivise e celebri definizioni v. C.H.H. MCNAIRN, A.K. SCOTT, *Privacy Law in Canada*, Markham, 2001, 4 ss.). A tal proposito utilizzerò il termine *privacy* in maniera intercambiabile rispetto a quello di «protezione dei dati personali». Questo utilizzo indistinto si giustifica anche alla luce del fatto che gli ordinamenti canadese e statunitense tendono a loro volta a confondere il piano della protezione dei dati personali con quello della *privacy*.

⁷ Per ragioni di spazio non è possibile procedere a una completa disamina delle discipline, né dei casi. Si cercherà piuttosto di fornire gli elementi necessari e sufficienti al fine di comprendere i casi studio, gli approcci di ciascun sistema a *privacy* e *copyright* e l'interpretazione che delle soluzioni a questi casi si intende dare.

2. Il bilanciamento applicato dai giudici: casi studio

Si deve innanzitutto chiarire che i casi presi in considerazione sono estremamente simili. In ciascuno di essi uno o più titolari di diritto d'autore hanno chiesto la collaborazione di società specializzate nel rilevare l'esistenza di scambi illeciti di file audio e nel rinvenire gli indirizzi IP degli utenti che a tale scambio contribuivano⁸.

Attraverso gli indirizzi IP è potenzialmente possibile per le case discografiche conoscere il nome degli utenti menzionati. Tuttavia, per raggiungere tale scopo, si rendeva necessaria la collaborazione degli ISP. A tal fine le case discografiche hanno citato in giudizio, o richiesto l'intervento come terze parti, degli intermediari, domandando ai giudici che ordinassero agli ISP l'esibizione dei dati identificativi dei loro clienti sospettati di *file-sharing*. L'idea delle case discografiche era quella di tentare conciliazioni con i singoli utenti finali o, in alternativa, di citarli in giudizio. In questi processi gli ISP hanno per lo più negato la loro collaborazione, sulla base di numerose eccezioni, fra cui spicca sempre la volontà di difendere la *privacy* dei propri clienti. Di fronte a questo contrasto, i giudici hanno reagito in modo differente nei tre

⁸ Più in particolare queste società utilizzano specifici *software* che distribuiscono file inoperanti attraverso gli stessi sistemi *peer-to-peer* cui accedono i «normali» utenti. Questi ultimi accedono e scaricano i file inoperanti, convinti che essi siano in realtà file musicali. In questo modo è possibile tracciare chi cerchi e scarichi musica dei cui diritti un soggetto giuridico(es: Peppermint) sia titolare.

sistemi considerati, come di seguito tenterò concisamente di illustrare.

2.1 Casistica italiana

Il caso studio del contesto italiano è quello che si è svolto negli anni 2006-2008 e ha visto contrapposte la Peppermint Jam Records GmbH e la Wind Telecomunicazioni Spa⁹.

La Peppermint è una casa discografica tedesca che detiene i diritti sulle opere musicali di diversi autori. Grazie alla collaborazione con una società svizzera (Logistep), la Peppermint aveva potuto constatare l'esistenza di uno scambio illecito attraverso programmi *peer-to-peer* di opere musicali di cui la casa discografica deteneva i diritti. In dettaglio, l'intervento della Logistep aveva permesso di tracciare gli utenti che condividevano i suddetti contenuti e di registrarne l'indirizzo IP.

Forte di questi dati, la Peppermint aveva dato il via a un giudizio facendo leva sull'art. 156*bis*, l. 633/41, strumento

⁹ Il caso verrà qui soltanto accennato. Per approfondimenti si vedano C. BLENGINO, M.A. SENOR, *Il caso «Peppermints»: il prevedibile contrasto tra protezione del diritto d'autore e tutela della privacy nelle reti peer to-peer*, in *Dir. inf. e informatica*, n. 4-5/2007, 835; R. CASO, *Il conflitto tra copyright e privacy nelle reti Peer to Peer: in margine al caso Peppermint – Profili di diritto comparato*, in *Dir. Internet*, n. 5/2007, 471; M. DE CATA, *Il caso «Peppermints». Ulteriori riflessioni anche alla luce del caso «Promusica»*, in *Riv. dir. industriale*, n. 4-5/2008, 404; G. FOGLIA, *La privacy vale più del diritto d'autore: note in materia di filesharing e di sistemi peer-to-peer*, in *Dir. industriale*, n. 6/2007, 585; M. GAMBINI, *Diritto d'autore e tutela dei dati personali: una difficile convivenza in Rete*, in *Giur. it.*, n. 2/2009, 509.

appositamente introdotto per il c.d. *enforcement* del diritto d'autore¹⁰. Tale previsione normativa permette a una parte che fornisca seri elementi da cui si possa desumere la fondatezza delle domande introdotte di chiedere al giudice che ordini alla controparte di fornire gli elementi necessari all'identificazione dei soggetti implicati nella violazione. Pertanto, la Peppermint aveva chiesto al Tribunale di Roma che la convenuta in giudizio Wind, in quanto ISP, fornisse i dati identificativi degli utenti associati agli indirizzi IP sospettati di scambiare illecitamente opere protette dal diritto d'autore di cui la casa discografica è titolare. Di fronte all'opposizione della Wind, il giudice capitolino era forzato a prendere posizione circa il bilanciamento fra diritto d'autore e diritto alla protezione dei dati personali.

L'illiceità dello scambio di opere musicali in rete è riconosciuta dai più nelle previsioni degli artt. 171, 171^{ter} e 171^{quater}, l. 633/41¹¹. La condotta punita con multa ai sensi dell'art.

¹⁰ Non a caso l'art. 156^{bis} è stato introdotto con il d.lgs. 140/06 di attuazione della direttiva 2002/48, c.d. «Direttiva IPR *enforcement*». La natura di questo strumento è discussa. Le stesse ordinanze del Tribunale di Roma qui considerate lo classificano talvolta quale misura cautelare, talvolta quale strumento di c.d. *discovery* come conosciuto nei paesi anglosassoni, per cui v. *infra* nota n. 28. Di quest'ultima opinione anche P. MARCHETTI, L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve alla leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2007, 1882, nonché A. SIROTTI GAUDENZI, *Il nuovo diritto d'autore. La tutela della proprietà intellettuale nella società dell'informazione*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2012, 450, che parla di nuovo regime di acquisizione delle prove.

¹¹ V. ad esempio MARCHETTI, UBERTAZZI, *Commentario breve alla leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., 1937; A. SIROTTI GAUDENZI, *Il nuovo diritto d'autore. La tutela della proprietà intellettuale nella società dell'informazione*, cit., 167. La triade degli artt. 171, 171^{ter} e 171^{quater}, l. 633/41 ha subito numerose modificazioni, incidendo sul

171, lett. *a-bis*) è quella di chi «mette a disposizione del pubblico, immettendola in un sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi genere, un'opera dell'ingegno protetta, o parte di essa»¹². A tale previsione è affiancata quella dell'art. 171*ter*, co. 2, lett. *a-bis*), che punisce con la reclusione chi «in violazione dell'articolo 16, a fini di lucro, comunica al pubblico immettendola in un sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi genere, un'opera dell'ingegno protetta dal diritto d'autore, o parte di essa»¹³. Infine l'art. 174*bis* prescrive l'applicabilità di una sanzione amministrativa per chi ponga in essere le attività appena descritte.

Le ordinanze che sono state emanate in questa controversia e in altre simili sono più d'una¹⁴. Ciò che importa rilevare è il loro

fine con cui l'attività illecita è effettuata («ai fini di lucro» *vs.* «per trarne profitto»); tali modificazioni hanno condotto a interpretazioni e decisioni altalenanti da parte della Suprema Corte di Cassazione, per cui v. D. TERRACINA, *Lucre e profitto nella giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia di violazione del diritto d'autore e dei diritti connessi*, in *Dir. Internet*, n. 3/2007, 259.

¹² Questa previsione fa riferimento solo a chi introduca nelle reti telematiche un'opera protetta da diritto d'autore; non considera, invece, la successiva circolazione e condivisione della stessa. V. MARCHETTI, UBERTAZZI, *Commentario breve alla leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., 1937.

¹³ La relazione fra questa previsione e quella contenuta nell'art. 171, co. 1, lettera *a-bis*), sembra risiedere nel fatto che una delle due previsioni fa riferimento alla «messa a disposizione», mentre l'altra alla «comunicazione al pubblico». V. MARCHETTI, UBERTAZZI, *Commentario breve alla leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., 1968.

¹⁴ Trib. Roma, ord., 18 agosto 2006 in *Riv. dir. Ind.*, n. 4-5/2008, II, 328, con nota di M. DE CATA; Trib. Roma, ord., 19.8.2006, in *Dir. Informatica*, n. 4-5/2007, 815 and in *Il civilista*, n. 5/2008, 30, con nota di F. VALERINI. Stando G. FOGLIA, *La privacy vale più del diritto d'autore: note in materia di filesharing e di sistemi peer-to-peer*, in *Dir. industriale*, n. 6/2007, 598, quest'ultima decisione fu confermata anche nell'appello proposto da Wind (Trib. Roma, ord., 22 settembre 2006). Inoltre, la

contenuto. Inizialmente il tribunale appare incline a ordinare all'ISP di comunicare i dati identificativi degli utenti¹⁵. In una delle ordinanze si legge che la raccolta degli indirizzi IP effettuata dalla Logistep era «affidabile, accettabile e soprattutto lecito, posto che colui il quale utilizza un programma di *filesharing* manifesta, per ciò solo, la volontà di accettare che il proprio indirizzo IP sia conoscibile da tutti gli altri utenti che utilizzano il medesimo programma»¹⁶. In sostanza, si sarebbe trattato di una sorta di eccezione non codificata al principio del consenso al trattamento previsto all'art. 23 d.lgs. 196/03, ovvero il Codice in materia di protezione dei dati personali¹⁷. Altra eccezione applicabile secondo quanto disposto dal Tribunale romano era quella sancita all'art. 24, co. 1, lett. f) del Codice, ove è previsto che il consenso del soggetto possa essere omesso quando i dati siano necessari «per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria».

Benché l'ordinanza appena illustrata abbia avuto un seguito in altre decisioni del Tribunale capitolino¹⁸, a partire dal 2007 lo scenario ha iniziato a mutare. A fini esemplificativi si prenda in

stessa conclusione fu raggiunta in un'altra causa fra le stesse parti (Trib. Roma, ord., 9 settembre 2007).

¹⁵ Trib. Roma, ord., 18 agosto 2006, cit.; Trib. Roma, ord., 19 agosto 2006, cit.; Trib. Roma, ord., 22 settembre 2006, cit.; Trib. Roma, ord., 9 settembre 2007, cit.

¹⁶ Cf. Trib. Roma, ord., 18 agosto 2006 cit., par. 5.1.

¹⁷ In realtà è lo stesso Codice della Privacy all'art. 24 e in altri articoli della Parte II, a indicare in quali casi il consenso può essere presunto o comunque non è necessario. Si sarebbe trattato di una deroga non esplicitamente prevista.

¹⁸ V. *supra* nota n. 15.

considerazione l'ordinanza del 16 luglio 2007¹⁹. Innanzitutto, un'importante differenza fra questa decisione e le precedenti è la presenza del Garante dei dati personali all'interno del procedimento. L'Autorità, con il proprio intervento a supporto del rispetto dei dati personali degli utenti, ha indubbiamente influenzato le decisioni del Tribunale di Roma²⁰. Fra le più importanti osservazioni effettuate dal Garante e fatte proprie dal tribunale vi è quella per cui la raccolta dei dati da parte della Logistep era stata effettuata in violazione degli artt. 37 e 13, d.lgs. 196/03, in quanto, rispettivamente, non preventivamente notificata al Garante stesso, né acconsentita dai titolari delle informazioni raccolte dopo una specifica informativa. L'art. 24, co. 1, lett. f) era qui interpretato come eccezione applicabile solo *in* giudizio, e non ad atti propedeutici a un eventuale e successivo giudizio²¹. Altro punto

¹⁹ Cf. Trib. Roma, ord., 16 luglio 2007 in *Dir. informatica*, n. 4-5/2007, 828, con nota di C. BLENGINO e M.A. SENOR. V. inoltre, nello stesso senso, Trib. Roma, ord., 14 luglio 2007 in *Riv. dir. ind.*, n. 4-5/2008, II, 330, con nota di M. DE CATA.

²⁰ Sono dello stesso avviso BLENGINO, SENOR, *Il caso «Peppermint»: il prevedibile contrasto tra protezione del diritto d'autore e tutela della privacy nelle reti peer to-peer*, cit., 836; G. SCORZA, *Il conflitto tra copyright e privacy nelle reti Peer to Peer: il caso Peppermint – Profili di diritto interno*, in *Dir. Internet*, n. 5/2007, 466; FOGLIA, *La privacy vale più del diritto d'autore: note in materia di filesharing e di sistemi peer-to-peer*, cit., 599.

²¹ Sul caso Peppermint e sulla raccolta dei dati da parte di Logistep, il Garante si esprime anche con una specifica decisione: Garante Privacy, 28 febbraio 2008, pubblicata nel Bollettino n. 91/Febrero 2008; rinvenibile all'url: <http://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=1495246>. Si vedano inoltre la delibera di data 19 settembre 2007, pubblicata nel Bollettino n. 86/Settembre 2007 (<http://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=1442463>), spec. par. 5, nonché il provvedimento «Sicurezza dei dati di traffico telefonico e telematico» del 17 gennaio 2008, in Bollettino n. 30/Febrero 2008 (<http://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=1482111>), dove l'Autorità

fermo da tenere in considerazione è l'affermazione che la *privacy* degli utenti e la segretezza delle loro comunicazioni sono valori fondamentali nel nostro ordinamento, protetti anche a livello costituzionale. Di conseguenza, per comprimerli, è necessario che ve ne siano altri di (quantomeno) pari o superiore valore; in ogni caso tale compressione sarà determinabile solo al termine di un effettivo giudizio di bilanciamento²².

A questa ordinanza ne sono seguite altre nel medesimo segno²³.

esclude espressamente che gli ISP possano «corrispondere a eventuali richieste riguardanti tali dati formulate nell'ambito di una controversia civile, amministrativa e contabile» con riferimento ai dati di traffico telefonico e telematico conservati ai sensi dell'art. 132, d.lgs. 196/03.

²² È lo stesso Codice della Privacy che, in alcune occasioni, prestabilisce quando il trattamento dei dati sia consentito in una logica di «bilanciamento preventivo», si vedano gli artt. 26, co.4, lett. c), 60 e 71, co. 2, d.lgs. 196/03, nei quali si parla di diritti di rango pari a quello interessato o di diritti della personalità o altri diritti o libertà fondamentali e inviolabili.

²³ Trib. Roma, ord., 17 marzo 2008, in *Giur. it.*, n. 7/2008, 1738, con nota di A. SIROTTI GAUDENZI. In quest'ultimo episodio il giudice prende in considerazione, sebbene non sia determinante ai fini della decisione, la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea «*Productores de Música de España (Promusicae) v. Telefónica de España SAU*» (C-275/06) del 29 gennaio 2008. Tale pronuncia scaturiva da un rinvio pregiudiziale effettuato dallo *Juzgado de lo Mercantil n. 5* di Madrid in quanto la Promusicae, associazione senza scopo di lucro che agiva per conto dei titolari di diritto d'autore facenti parte della stessa, aveva richiesto alla Telefonica, ISP spagnolo, alcuni dati personali identificativi di utenti (clienti di Telefonica) sospettati di aver condiviso illecitamente canzoni coperte dal diritto d'autore detenuto dagli associati alla Promusicae. Ne nasceva una controversia del tutto simile a quelle italiane riassunte nel testo. Il giudice spagnolo, trovandosi nell'impossibilità di dare prevalenza all'uno o all'altro interesse, rinviava alla Corte di Giustizia chiedendo se il diritto comunitario permettesse agli Stati membri di limitare l'obbligo di divulgazione dei dati personali relativi alle connessioni e al traffico generati dalle comunicazioni, effettuate durante la prestazione di un servizio della società dell'informazione, alle

2.2 Casistica statunitense

sole ipotesi di violazione del diritto penale o della tutela della pubblica sicurezza o difesa nazionale. Non potendo qui riassumersi l'intera argomentazione della corte, si riporta la massima, per cui le direttive UE (in particolare 2000/31/CE, sul commercio elettronico; 2001/29/CE, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione; 2004/48/CE, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale; 2002/58/CE, relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche) «non impongono agli Stati membri, in una situazione come quella oggetto della causa principale, di istituire un obbligo di comunicare dati personali per garantire l'effettiva tutela del diritto d'autore nel contesto di un procedimento civile. Tuttavia, il diritto comunitario richiede che i detti Stati, in occasione della trasposizione di tali direttive, abbiano cura di fondarsi su un'interpretazione delle medesime tale da garantire un giusto equilibrio tra i diversi diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico comunitario. Inoltre, in sede di attuazione delle misure di recepimento delle dette direttive, le autorità e i giudici degli Stati membri devono non solo interpretare il loro diritto nazionale in modo conforme a tali direttive, ma anche evitare di fondarsi su un'interpretazione di esse che entri in conflitto con i detti diritti fondamentali o con gli altri principi generali del diritto comunitario, come, ad esempio, il principio di proporzionalità». Per alcune disamine del provvedimento v. A. TROTTA, *Il traffico telefonico fra la tutela del diritto d'autore e quella della privacy*, in *Dir. Industriale*, n. 1/2008, 76; R. CASO, *Il conflitto tra diritto d'autore e protezione dei dati personali: appunti dal fronte euro-italiano*, in *Dir. Internet*, n. 5/2008, 459; DE CATA, *Il caso «Peppermint». Ulteriori riflessioni anche alla luce del caso «Promusicae»*, cit.; L. DI MICO, *Il rapporto tra diritto di autore e diritto alla riservatezza: recenti sviluppi nella giurisprudenza comunitaria*, in *Il diritto di autore*, n. 1/2010, 1 (in commento anche ad una successiva ordinanza della Corte di Giustizia, per un caso «fotocopia» sviluppatosi in Austria); F. COUDERT, E. WERKERS, *In the Aftermath of the Promusicae Case: How to Strike the Balance?*, 18 *International Journal of Law and Information Technology* 50 (2008); 37; X. GROUSSOT, *Rock the KaZaA: Another Clash of Fundamental Rights*, 45 *Common Market Law Review* 1745 (2008); K. BRIMSTED, G. CHESNEY, *The ECJ's judgement in Promusicae: The unintended consequences – music to the ears of copyright owners or a privacy headache for the future? A comment*, 24 *Computer Law & Security Report* 275 (2008). Per un'aggiornata analisi del problema del bilanciamento fra diritto d'autore ed altri diritti nella giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea, v. G. GIANNONE CORDIGLIONE, *Corte di Giustizia e diritto d'autore*, in *Comparazione e Diritto Civile*, 2013, all'url: http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/oda_cdg.pdf.

I casi decisi in territorio statunitense sono molto più numerosi di quelli che si sono avuti nel nostro Paese. Al fine di fornire un quadro sufficientemente chiaro, si illustreranno due controversie, nelle quali sono stati applicati due meccanismi processuali differenti.

Va innanzitutto premesso che negli USA l'attività di scambio di opere tutelate mediate reti telematiche, proprio come avviene nell'ordinamento italiano, sembra essere una condotta sanzionabile da diverse previsioni legislative, nessuna delle quali, tuttavia, vi fa esplicito accenno. Il Copyright Act, che costituisce il testo di riferimento in materia²⁴, è stato infatti più volte emendato per far fronte alle crescenti esigenze di tutela scaturenti dalle innovazioni tecnologiche. Tuttavia, dei numerosi disegni di legge proposti al fine di arginare il fenomeno del *file-sharing*, nessuno è ad oggi ancora divenuto legge²⁵. Ancorché non vi sia una previsione

²⁴ L'attuale Copyright Act è stato emanato il 19 ottobre 1976 (Pub.L. No. 94-553) ed è entrato in vigore all'inizio del 1978. Esso costituisce il titolo 17 dello U.S.Code.

²⁵ Alcuni fra i più recenti disegni di legge proposti al Congresso a tutt'oggi pendenti: Peer-to-peer Piracy Prevention Act, proposto nel 2003; Inducing Infringement of Copyrights Act (INDUCE Act), Piracy Deterrence and Education Act e Protecting Intellectual Rights Against Theft and Expropriation Act (PIRATE Act) tutti proposti nel corso del 2004; Prioritizing Resources and Organization for Intellectual Property Act (PRO-IP Act) del 2008; Combating Online Infringement and Counterfeits Act (COICA) introdotto al Senato nel settembre 2010 e mai approvato, successivamente venne riproposto con il titolo PROTECT IP Act (o PIPA – acronimo di: Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act) nel 2011, insieme ad un disegno di legge molto simile introdotto all'*House* intitolato Stop Online Piracy Act (SOPA).

specifica, non si dubita circa l'illiceità della condivisione di opere tutelate in rete²⁶.

Il caso *RIAA v. Verizon* genera dal rifiuto da parte di un ISP, Verizon, di conformarsi al subpoena presentato dalla *Recording Industry Association of America* (RIAA), l'associazione rappresentativa dell'industria discografica statunitense²⁷. Un *subpoena duces tecum* è uno strumento di *discovery* attraverso cui la corte, a richiesta di una parte, ordina a una terza persona la produzione di documenti o altre forme tangibili di prova²⁸. All'interno della disciplina del *copyright* vi è una specifica forma di *subpoena*, prevista dal § 512(h)²⁹, mediante la quale, chi sia titolare di *copyright* può richiedere direttamente a un

²⁶ La condivisione di contenuti in rete, invero, è considerata come un vero e proprio atto di copia, v. M. LAFRANCE, *Copyright Law in a Nutsbell*, St Paul, 2008, 161-162.

²⁷ *In re Verizon Internet Services*, 240 F. Supp. 2d 24 (D.D.C. 2003); *RIAA v. Verizon Internet Services*, 351 F.3d 1229 (DC Cir. 2003); *In re Verizon Internet Services*, 257 F. Supp. 2d 244 (D.D.C. 2003). Anche questa controversia verrà trattata solo tangenzialmente. Per approfondimenti si vedano, fra i tanti, A. KAO, *RIAA v. Verizon: Applying the Subpoena Provision of the DMCA*, 19 Berkeley Tech. L.J. 405 (2004); D. GORSKI, *The Future of the Digital Millennium Copyright Act (DMCA) Subpoena Power on the Internet in Light of Verizon Cases*, 24 Rev. Litig. 149 (2005); T.A. DUTCHER, *A Discussion of the Mechanics of the DMCA Safe Harbor and Subpoena Power, as Applied in RIAA v. Verizon Internet Services*, 21 Santa Clara Computer & High Tech. L.J. 493 (2005); K. RAYNOLDS, *One Verizon, Two Verizon, Three Verizon, More? – A Comment: RIAA v. Verizon and How The DMCA Subpoena Power Became Powerless*, 23 Cardozo Arts & Ent. L.J. 343 (2005).

²⁸ Si intende per *discovery* quella fase pre-processuale che può essere utilizzata da una parte per venire a conoscenza di fatti o informazioni sulla causa tramite controparte, ciò allo scopo della preparazione del processo stesso, v. voce «*Discovery*», in H.C. BLACK, *Black's Law Dictionary*, St Paul, 1979.

²⁹ Questo paragrafo è stato dal Digital Millennium Copyright Act (DMCA) del 1998, di attuazione del World Intellectual Property Organization (WIPO) Copyright Treaty (WCT) e Performances and Phonograms Treaty (WPPT) adottati nel 1996.

clerk di una delle corti distrettuali degli Stati Uniti di emettere un ordine (*subpoena*) affinché un ISP identifichi un soggetto sospettato di violare i diritti del titolare di *copyright*³⁰. Proprio di questo strumento intendeva servirsi la RIAA al fine di ottenere le identità degli utenti cui erano associati gli indirizzi IP raccolti, sospettati di condividere illecitamente contenuti musicali.

In primo grado la district court ritenne che Verizon dovesse adempiere all'ordine di esibizione, ma l'ISP appellò tale decisione, che fu rovesciata. Fra i motivi di appello Verizon inserì il contrasto della § 512(h) con il *first amendment*, protettivo della libertà di espressione e, conseguentemente, dell'anonimato. Anche se in realtà il *subpoena* fu stralciato sulla base di un'interpretazione restrittiva delle ipotesi in cui tale strumento poteva essere utilizzato, deve registrarsi l'opposizione mossa da Verizon in relazione all'anonimato e alla riservatezza degli utenti.

Visto l'insuccesso ottenuto con lo strumento del DMCA *subpoena*, la RIAA decise di utilizzare un altro istituto tipico del diritto processuale americano: la c.d. *ex parte discovery*, un tipo di processo in cui una delle parti non viene notificata della presenza del processo medesimo e non è pertanto presente né rappresentata. Più precisamente la RIAA ha iniziato una serie di processi contro

³⁰ Sono state sollevate questioni problematiche relative al fatto che il soggetto preposto a emanare il *subpoena* è il *clerk*, il quale ha funzioni di tipo amministrativo e non giudiziario, con la conseguenza che vengono meno le garanzie che sono classicamente collegate all'emanazione di un ordine da parte di un organo giudicante. Cfr. *In re Verizon Internet Services*, 257 F. Supp. 2d 244, cit., 248 ss.

«John Doe»³¹, potendo in questo modo richiedere agli ISP, quali terze parti, di fornire le informazioni circa i loro clienti. Questo strumento è stato utilizzato, ad esempio, nella controversia *Arista Records, LLC v. Does 1-16*³². Anche in questo caso fu sollevata, da parte dell'ISP, una questione inerente la violazione del primo emendamento, anche se fu ritenuto che lo scambio di *file* attraverso reti *peer-to-peer* non potesse essere considerato «espressione». La corte riscontrava inoltre una scarsa *expectation of privacy*³³, sulla base del fatto che l'utente che condivide *file* mediante sistemi *peer-to-peer* accetta che i propri dati personali possano essere diffusi³⁴.

Altro interessante passaggio, rinvenibile nella maggioranza delle decisioni omologhe a quelle qui illustrate, è l'applicazione di un particolare test al fine di comprendere quale dei due diritti in gioco

³¹ John e Jane Doe sono nomi fittizi che si attribuiscono a parti processali non note o i cui nomi non possono essere rivelati per motivi di legge.

³² *Arista Records, LLC v. Does 1-16*, 2009 U.S. Dist. LEXIS 12159.

³³ Si tratta di un test nato dalla *concurring opinion* di Justice Harlan nel caso *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967) e applicato nei casi relativi alla riservatezza protetta dal Quarto Emendamento. Il test è suddiviso in due fasi: dapprima si deve indagare se il soggetto abbia dimostrato un'effettiva (soggettiva) aspettativa di privacy e, in secondo luogo, se la sua aspettativa è tale che la società sia disposta a considerarla come *reasonable*. Come spesso accade per test che implicano valutazioni di questo genere, non fornendo il test effettivamente le indicazioni da seguire nei casi concreti, esso è da sempre fonte di numerosi dibattiti. Sul tema v. R.G. WILKINS, *Defining the «Reasonable Expectation of Privacy»: An Emerging Tripartite Analysis*, 40 Vand. L. Rev. 1077, 1089 (1987); G.A. ASHDOWN, *Legitimate Expectation of Privacy*, 34 Vand. L. Rev. 1289 (1981); A. LIBEU, *What is a reasonable expectation of privacy?*, 12 W. St. U. L. Rev. 849 (1985).

³⁴ Si tratta in sostanza dello stesso ragionamento effettuato dal Tribunale di Roma in *Peppermint vs. Wind* (cfr. Trib. Roma, ord., 18 agosto 2006 cit., par. 5.1).

(*privacy/copyright*) debba prevalere. Le voci considerate sono le seguenti:

1. concreta dimostrazione *prima facie* di un'azione per un danno perseguibile in giudizio;
2. specificità della richiesta di *discovery*;
3. assenza di mezzi alternativi per ottenere l'informazione richiesta;
4. importanza centrale dell'informazione richiesta rispetto alla possibilità di esercitare l'azione;
5. aspettativa di *privacy* della parte³⁵.

Come si vedrà, un test molto simile a questo è presente anche all'interno delle decisioni canadesi, mentre non viene applicato nei casi italiani, benché, qualora si consideri l'art. 156*bis* quale misura preventiva, *fumus boni iuris* e *periculum in mora* vengano sempre valutati³⁶.

2.3 Casistica canadese

Diversamente da quanto accade nei vicini Stati Uniti, in Canada si registra un numero irrisorio di decisioni simili a quelle appena

³⁵ V. ad es. *Sony Music Entertainment, Inc. v. Does 1-40*, 326 F. Supp. 2d 556 (S.D.N.Y. 2004); *UMG Recording, Inc. v. Does 1-4*, 2006 U.S. Dist. LEXIS 32821 (N.D. Cal. 2006); *Elektra Entertainment Group, Inc. v. Does 1-9*, 2004 U.S. Dist. LEXIS 23560, 8 (S.D.N.Y. 2004).

³⁶ Si veda ad es. Trib. Roma, ord., 18 agosto 2006 cit., par. 5.1. Si pone in maniera critica circa le modalità di applicazione dell'art. 156*bis* in questa decisione M. DE CATA, *Il caso «Peppermints». Ulteriori riflessioni anche alla luce del caso «Promusicae»*, in *Riv. dir. industriale*, n. 4-5/2008, 411 ss.

illustrate. Il caso qui preso in considerazione è *BMG v. Does*³⁷, prima e più importante decisione nell'ordinamento canadese.

Si tratta di un caso fotocopia rispetto a quelli verificatesi negli USA, proposto infatti dalla *Canadian Recording Industry Association* (CRIA), il corrispettivo canadese dell'associazione americana delle case discografiche (RIAA). Posto che in Canada non esiste uno strumento specificamente pensato per i titolari di diritto d'autore, la CRIA ha utilizzato fin da subito lo strumento del processo a John Doe, seguendo le regole 233 e 238 delle Federal Court Rules. In modo del tutto simile a quanto visto nel contesto statunitense, tali regole, inerenti la fase della *discovery*, mirano a rivelare l'esistenza di documenti e successivamente a far produrre gli stessi ad opera di soggetti che non sono parti del processo.

Nel caso qui esaminato gli ISP a cui vengono richieste le informazioni sono cinque: quattro di essi si oppongono alle richieste attoree, eccependo, fra gli altri, motivi in ordine alla protezione della *privacy* degli utenti/clienti. Tali affermazioni si basano sull'applicabilità a questi casi del Personal Information Protection and Electronic Documents Act (PIPEDA) del 2001.

³⁷ *BMG Canada Inc. v. John Doe*, [2004] 3 F.C.R. 241 e *BMG Canada Inc. v. John Doe*, [2005] 4 F.C.R. 81. Anche in questo caso, la controversia sarà solo brevemente accennata. Si vedano I. KERR, A. CAMERON, *Nymity, P2P & ISPs: Lessons from BMG Canada Inc. v. John Doe*, in K.J. STANBURG, D. STAN RAICU (a cura di), *Privacy and Technologies of Identity: a Cross Disciplinary Conversation*, New York, 2006, 269; M. A. WILKINSON, *Battleground between new and old orders: control conflicts between copyright and personal data protection*, in Y. GENDREAU (a cura di), *Emerging Intellectual Property Paradigm: Perspectives from Canada*, Cheltenham, 2008, 227.

Per quanto concerne il *file-sharing*, a differenza di quanto accadeva in Italia e Stati Uniti, in Canada non vi erano, al momento delle decisioni, disposizioni di legge da cui desumere con certezza la punibilità di tale pratica. La CRIA sosteneva che gli utenti avessero violato i diritti esclusivi dell'autore e, in particolare, le *Sections* 18 e 27 del Copyright Act canadese inerenti principalmente la riproduzione e distribuzione di opere protette. Tuttavia, proprio nel caso qui considerato, la corte sostenne che scaricare una canzone per uso personale non è una violazione del diritto d'autore, stante l'eccezione di «copia ad uso personale» prevista dalla *Section* 80(1) del Copyright Act.

Questa interpretazione, così come la mancanza, a monte, di previsioni normative specificamente volte a punire la condivisione di contenuti *online*, sono state influenzate indubbiamente (anche) dal mancato recepimento da parte del Canada, al momento delle decisioni, dei trattati WIPO del 1996. Mediante tali accordi internazionali si introduce a favore del titolare di *copyright* un *exclusive right to make available*, che mira più o meno direttamente a colpire il *file-sharing* e altre pratiche ad esso assimilabili³⁸.

³⁸ Il Canada ha tentato di modificare il testo del proprio Copyright Act e di implementare i trattati della WIPO con numerosi disegni di legge a partire dal 2005 in poi: per il susseguirsi di numerose crisi di governo, i disegni di legge non vennero mai approvati. Solo nel corso del 2012 il disegno di legge C-11 intitolato «Copyright modernisation act» è divenuto legge. Mediante questo nuovo testo di legge, il Canada si fa carico di implementare i trattati WIPO, con ciò che ne consegue in termini di *right to make available*, responsabilità degli ISP, *technological protection measures* etc.

Come accaduto nell'ordinamento statunitense, anche in questa ipotesi la corte, al fine di definire quale dei diritti contrastanti fosse prevalente, ha applicato un test composto di cinque voci:

- a) il richiedente deve provare l'esistenza di un'azione valida quantomeno *prima facie* nei confronti del asserito sconosciuto violatore;
- b) la persona cui si richiede la *discovery* deve essere in qualche modo coinvolta nella materia di cui è causa, essendo necessario che sia più di un «innocente passante»;
- c) la persona cui si richiede la *discovery* deve essere la sola concreta fonte di informazione disponibile al richiedente;
- d) la persona cui si richiede la *discovery* deve essere ragionevolmente rimborsata delle spese derivanti dall'adempimento dell'ordine di esibizione, oltre che delle spese legali;
- e) l'interesse pubblico in favore della rivelazione delle informazioni deve avere maggior peso della legittima preoccupazione per la *privacy*³⁹.

Il giudice, ritenuto che il *file-sharing* non potesse univocamente considerato illecito e che invece la *privacy* fosse di

³⁹ *BMG Canada Inc. v. John Doe*, [2004] 3 F.C.R. 241, par. 13-14.

assoluta importanza per la società canadese⁴⁰, decise che l'interesse alla protezione della *privacy* dovesse prevalere⁴¹.

La CRIA propose appello⁴². Nelle parole d'apertura della decisione, la Federal Court of Appeal riconobbe subito che il caso illustrava la tensione esistente fra il diritto alla riservatezza degli internauti e di coloro i cui diritti possono essere violati o abusati da utenti internet anonimi.

La Corte d'appello ritenne che, nonostante il giudice di prime cure avesse errato nel giudicare lecita la pratica della condivisione di opere in rete, la richiesta della CRIA andava rigettata, già solo per il fatto che era trascorso troppo tempo fra la rilevazione degli indirizzi IP e la richiesta di identificazione degli utenti⁴³.

2.4 Spunti di riflessione

Seppure brevemente esposti, i casi illustrati pongono in esponente il conflitto scaturente dall'introduzione di una nuova tecnologia

⁴⁰ La *Federal Court* testualmente sostenne: «[i]t is unquestionable but that the protection of privacy is of utmost importance to Canadian society», cf. *BMG Canada Inc. v. John Doe*, [2004] 3 F.C.R. 241, par. 36.

⁴¹ *BMG Canada Inc. v. John Doe*, [2004] 3 F.C.R. 241, par. 36-42.

⁴² *BMG Canada Inc. v. John Doe*, [2005] F.C.J. No. 858. V. *supra* nota n. 37 per riferimenti bibliografici.

⁴³ Infatti, gli indirizzi IP sono, nella normalità dei casi, indirizzi «dinamici», vale a dire che essi cambiano ad ogni connessione e possono essere riallocati ad altri utenti. Ciò permette a un ISP di gestire un numero di indirizzi IP inferiore al numero di utenti. Questo significa che un indirizzo IP può essere oggi attribuito a un utente e domani a un altro: per cui più il tempo passa, più diventa difficile risalire a chi effettivamente fosse l'utente ricollegabile a quell'indirizzo IP.

all'interno dello scenario giuridico esistente. A ben guardare, invero, entrambi i diritti in conflitto (riservatezza e diritto d'autore) sembrano generare proprio dall'introduzione di una più o meno rivoluzionaria innovazione tecnologica⁴⁴.

Trovandosi di fronte ad una situazione nuova il giudice, che non può sottrarsi all'attività decisoria, deve comprendere quale delle due sfere giuridiche in contrasto debba prevalere. Il giudicante si trova a bilanciare diritti la cui priorità non è pre-stabilita dall'ordinamento, essendo assente in ciascuno dei sistemi considerati una norma che indichi chiaramente la strada da percorrere e dovendo perciò presumere, almeno in prima battuta, che i due diritti, in tutti gli ordinamenti considerati, siano di pari rango⁴⁵.

⁴⁴ Sto facendo riferimento, da un lato, all'introduzione della stampa a caratteri mobili, generatrice di interessi che sono sfociati (anche) nella nascita del diritto d'autore V. G. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, Bologna, 2010, 11 ss., U. IZZO, *Alle origini del copyright e del diritto d'autore. Tecnologia, interessi e cambiamento giuridico*, Roma, 2010, *passim*; dall'altro lato, alla creazione di una macchina fotografica portatile che ha suscitato nelle menti di due giuristi statunitensi la sensazione di essere alla mercé della stampa scandalistica, v. il celeberrimo contributo di S.D. WARREN, L.D. BRANDEIS, *The Right to Privacy*, 4 Harvard Law Review 193 (1890).

⁴⁵ Invero, per quanto concerne il diritto alla privacy, per il cui rispetto la protezione dei dati personali è considerata propedeutica (si veda, per esempio, il pensiero di S. RODOTÀ, *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo codice sulla privacy*, in *Eur. dir. priv.*, n. 1/2004, 4) pur non essendovi esplicita menzione in nessuna delle carte fondamentali dei tre ordinamenti considerati, in ciascuno di essi giurisprudenza e dottrina si sono adoperate al fine di ricondurre quel concetto ad una o più previsioni costituzionali. In particolare, per quanto riguarda gli Stati Uniti, la privacy è principalmente ricondotta al Primo, Quarto, Quinto e Quattordicesimo Emendamento alla Costituzione (cf. D.J. SOLOVE, P.M. SCHWARTZ, *Information privacy law*, New York, 2011, 34-36; D.J. SOLOVE, M. ROTENBERG, *Information privacy law*, New York, 2003, 33-34); v. anche i seguenti

leading cases: Olmstead v. United States, 277 U.S. 438 (1928); *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) e, più di recente, *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001)). Nell'ordinamento canadese la protezione della privacy si fa risalire alla *Canadian Charter of Rights and Freedoms* del 1982 e, più precisamente, alle Sections 7 e 8. Si vedano le seguenti decisioni della Corte Suprema canadese: *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *M. (A.) v. Ryan*, [1997] 1. S.C.R. 157; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, nonché *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, dove si fa riferimento all'*expectation of privacy* (per cui vedi anche *R. v. Tessling*, [2004] 3 S.C.R. 432), con esplicita menzione della sentenza statunitense *Katz v. United States*, cit. Si veda inoltre B. MCISAAS, R. SHIELDS, K. KLEIN, *The law of privacy in Canada*, Toronto, 2007, spec. 2-9. Nel 1987, il Justice Committee della House of Common canadese suggerì, senza successo, di introdurre un vero e proprio diritto costituzionale alla privacy, si veda il contributo di D.H. FLAHERTY, *On the Utility of Constitutional Rights to Privacy and Data Protection*, 41 Case W. Res. L. Rev. 831 (1991), spec. 843 ss. per un approfondimento. Nel nostro ordinamento, il diritto alla privacy è stato ricondotto (quantomeno) agli artt. 2, 3, 13, 14, 15 della Costituzione: si veda a tal proposito la celeberrima sentenza «Soraya» (Cass. civ., 27 maggio 1975, n. 2129 in *Foro it.*, 1976, I, 2895). Non devono poi dimenticarsi i riferimenti della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (art. 8) e della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (art. 7) che sanciscono in eguale modo il diritto al rispetto della vita privata e familiare.

Per quanto concerne la protezione del diritto d'autore, nell'ordinamento statunitense essa è esplicitamente prevista alla Clause 8, Section 8 dell'Articolo 1 della Costituzione. Tale *section* conferisce al congresso di promuovere il progresso della scienza e delle arti utili, così sancendo, non solo la competenza del congresso stesso in materia di *copyright*, ma anche consacrando quest'ultimo quale diritto esclusivo degli autori, sebbene limitato nel tempo. La competenza è riservata al parlamento anche nell'ordinamento canadese, stante la Section 91(23) del Constitution Act del 1867, oggi parte della Canadian Constitution. Ciò permette di considerare il copyright come diritto riconosciuto a livello costituzionale, pur non dandone la *section* citata alcuna definizione. Infine, nel contesto italiano, il diritto d'autore è comunemente ricondotto agli artt. 9 (sviluppo della cultura, della ricerca scientifica e tecnica), 21 (libertà d'espressione), nonché 33 (libertà d'arte e scienza). È anche fatto risalire agli artt. 2 e 4, intendendo l'opera proteggibile dal diritto d'autore come attività che concorra al progresso materiale o spirituale della società. A queste previsioni, che non menzionano mai esplicitamente la proprietà intellettuale, deve aggiungersi, il co. 2 dell'art. 17 della già citata Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, che recita «La proprietà intellettuale è protetta».

Le risultanze dei casi succintamente illustrati permettono questa osservazione⁴⁶: negli Stati Uniti la maggioranza dei casi di conflitto come quelli esaminati è risolta a favore dei detentori di diritto d'autore; in Canada, nonostante il campione sia molto limitato, possiamo dire che la protezione dei dati personali ha prevalso sul *copyright*. Quest'ultima affermazione è vera anche per quanto concerne l'ordinamento italiano.

Se dunque il contesto dentro cui il giudice si trova non permette una chiara predeterminazione dell'interesse prevalente, ma al contrario lo pone di fronte a previsioni che permettono una certa discrezionalità decisoria, secondo quali parametri il giudice stabilisce

⁴⁶ Si tenga presente che la casistica analizzata prende in considerazione precedenti che non sono stati riportati, per ovvi motivi di spazio, in questo scritto. Tali casi sono i seguenti: per il contesto statunitense: *Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp. of America*, 480 F. Supp. 429 (C.D. Cal. 1979); *Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp. of America*, 659 F.2d 963 (9th Cir. 1981); *Sony Corp. of America v. Universal City Studios*, 464 U.S. 417 (1984); *A&M Records, Inc., v. Napster*, 114 F. Supp. 2d 896, 900 (N.D. Cal. 2000); *A&M Record Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (2001); *MGM Studios, Inc., v. Grokster, Ltd*, 259 F. Supp. 2d 1029 (C.D. Cal. 2003); *MGM Studios, Inc., v. Grokster, Ltd*, 380 F.3d 1154 (9th Cir. 2004); *MGM Studios, Inc., v. Grokster, Ltd*, 545 U.S. 913 (2005); *In re Charter Communications, Inc., Subpoena Enforcement Matter*, 393 F.3d 771, 773 (8th Cir., 2005); *In re Subpoena to University of North Carolina at Chapel Hill*, 367 F. Supp. 2d 945 (M.D.N.C., 2005); *Arista Records, LLC v. Does 1-12*, 2008 U.S. Dist. LEXIS 82548; *Arista Records, LLC v. Lime Group, LLC*, 715 F. Supp. 2d 481 (2010); *Sony Music Entertainment, Inc. v. Does 1-40*, 326 F. Supp. 2d 556 (S.D.N.Y. 2004). Per l'ordinamento canadese: *Glaxo Wellcome PLC v. Minister of National Revenue*, [1998] 4 F.C. 439; *Irwin Toy Ltd. v. Doe*, [2000] O.T.C. 561; *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, [2004] S.C.R. 339; SOCAN Statement of Royalties, Public Performance of Musical Works 1996, 1997, 1998 (Tariff 22, Internet) (Re) 1 C.P.R. (4th) 417; *Voltages Pictures LLC v. Jane Doe and John Doe*, 2011 FC 1024. Per il sistema italiano, oltre a tutte le ordinanze relative al caso Peppermint: Trib. Roma, ord., 14.4.2010, in *Riv. dir. ind.*, n. 3/2010, II, 248 con nota di D. MULA («Fapav v. Telecom»).

(e nei casi concreti: ha stabilito) la predominanza di uno o dell'altro diritto⁴⁷?

Ciò che vorrei cercare di comprendere o, quantomeno, di chiarire in questo scritto è se, nel prendere le proprie decisioni nei casi menzionati, i giudici si siano più o meno inconsciamente rifatti a una «cultura giuridica» predominante nella nazione di riferimento rispetto ai due diritti/istituti in conflitto. Utilizzerò, cioè, un approccio metodologico di tipo socio-culturale. In quest'analisi assume un ruolo fondamentale la nozione di «cultura giuridica». Con un certo grado di approssimazione possiamo dire che il concetto di cultura giuridica può spiegare, quantomeno quale causa concorrente, le differenze fra la cosiddetta *law in the books* e la *law in action*⁴⁸. Volendo fornire una definizione di cultura giuridica, possiamo considerarla come quell'insieme di idee, valori, attitudini e opinioni che le persone hanno in una determinata società, con riferimento alla legge e al sistema giuridico⁴⁹.

⁴⁷ È evidente che le differenze fra i sistemi considerati vanno ben oltre ciò che illustrerò nei prossimi paragrafi. A titolo esemplificativo basti pensare alle classiche differenziazioni che si danno fra paesi di *common law* e paesi di *civil law*.

⁴⁸ Questa contrapposizione può essere fatta risalire ai fondamentali contributi di Roscoe Pound, fondatore della corrente del realismo giuridico. Per una ricostruzione d'insieme di tale corrente di pensiero e per riferimenti bibliografici, si v. il volume di G. GURVITCH, *Sociologia del diritto*, Milano, 1957, spec. 189 ss.

⁴⁹ L. FRIEDMAN, *Is there a modern legal culture?*, 7 *Ratio Juris* 117 (1994), 119. Secondo l'Autore, ciascuna persona ha una «cultura giuridica», esattamente come ciascuno ha una cultura generale o una cultura sociale. Pur essendo ciascuna persona un individuo a sé stante e unico, ognuno è comunque parte di una collettività, di un gruppo, di un'entità sociale, e condivide le idee e le abitudini di tale gruppo.

Malgrado il fare riferimento al concetto stesso di cultura giuridica non sia scevro da conseguenze e implicazioni⁵⁰, esso può essere utilizzato quale chiave di lettura di alcuni fenomeni.

I giudici sono infatti parte di un tessuto sociale dal quale possono essere influenzati⁵¹: la cultura⁵², anche non necessariamente giuridica, può influenzare i giudici⁵³. Ogni nazione sembra mostrare invero una cultura sua propria⁵⁴, sebbene, nell'epoca della

⁵⁰ Cfr. D. NELKEN, *Using the concept of legal culture*, 29 *Australian journal of legal philosophy* 1 (2004), 2; dello stesso Autore si veda anche *Using Legal Culture: Purposes and Problems*, in D. NELKEN (a cura di), *Using Legal Culture*, Londra, 2012, 1 ss. (si consideri più in generale l'intero volume quale raccolta di saggi con taglio critico rispetto all'utilizzo del concetto di «cultura giuridica»).

⁵¹ L'operatore del diritto, in quanto membro della collettività e quindi, a titolo personale e non nel suo ruolo istituzionale, è portatore di propri valori e orientato dalle norme sociali. V. POCAR, *Il diritto e le regole sociali. Lezioni di sociologia del diritto*, cit., 146. Si veda al proposito l'interessante ricerca sociologica condotta da L. BIANCHI D'ESPINOSA, M. CELORIA, E. GRECO, R. ODORISIO, G. PETRELLA, D. PULITANÒ, *Valori socio-culturali della giurisprudenza*, Bari, 1970.

⁵² Intendo qui fare riferimento al concetto di cultura nei seguenti termini: «complesso di concezioni, conoscenze, idee, norme, valori, cui s'ispira una popolazione nel suo vivere quotidiano e nel conferirvi dei significati», cfr. V. FERRARI, *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, Bari, 2004, 23.

⁵³ Nella mia analisi farò riferimento a quella che Lawrence Friedman ha definito *external legal culture*. L'Autore ha riconosciuto una distinzione fra *external legal culture*, che è la cultura giuridica della popolazione nel suo complesso, e *internal legal culture*, che è la cultura giuridica di coloro che nella società compiono avanti attività legali specializzate (L. FRIEDMAN, *The Legal System: A Social Science Perspective*, New York, 1975, 223). È evidente che la magistratura rappresenta una parte della popolazione che ha conoscenza specializzata in campo giuridico e, pertanto, può presentare una sua *internal legal culture*. Tuttavia, ciò che a me preme evidenziare è l'influenza della *external legal culture* più che sulla cultura giuridica dei giudici, sulla loro decisione nel caso concreto. Si veda peraltro, per una critica a questa idea di Friedman, D.M. ENGEL, *The Uses of Legal Culture in Contemporary Socio-Legal Studies*, in NELKEN (a cura di), *Using Legal Culture*, cit., 77 ss.

⁵⁴ La quale, evidentemente, muta con il trascorrere del tempo, cf. NELKEN, *Using the concept of legal culture*, cit., 6.

globalizzazione, parlare di una cultura interna ai confini nazionali può sembrare obsoleto⁵⁵. Ecco perché ritengo che si possa parlare, ad esempio, di una «cultura degli internauti» o di una «cultura del *filesharing*» che superano, inevitabilmente, i confini statali. Secondo questa logica, ogni individuo può appartenere contemporaneamente a più culture differenti⁵⁶. E tali culture, pur non essendo, come detto, culture giuridiche, finiscono per influenzare la cultura (anche) giuridica dei giudicanti, essendo essi stessi parte di quel tessuto sociale.

Fatte queste premesse, si vuole sottolineare che la presente analisi non intende indicare quali siano i metodi di una corretta interpretazione della legge. Al contrario, questa ricerca vuole essere meramente investigativa e descrittiva dell'interpretazione effettuata, così come emergerà dai prossimi paragrafi.

3. La «concezione» e la «percezione» del *file-sharing*

Nel precedente paragrafo si è fatto riferimento ad alcuni fra i testi normativi toccati nelle controversie esaminate. Quel che qui si vuole

⁵⁵ Si veda però ancora NELKEN, *Using the concept of legal culture*, cit., 3, il quale ritiene che l'incrementarsi delle relazioni e dei confronti fra culture differenti possa in realtà facilitare la comparazione fra di esse e la definizione delle stesse, prendendo in considerazione ciò che in una cultura attrae o respinge le altre.

⁵⁶ J. WEBBER, *Culture, legal culture and legal reasoning: a comment on Nelken*, 29 *Australian Journal of Legal Philosophy* 27 (2004), 31. Invero esistono diverse «subculture», culture di gruppi particolari, v. FERRARI, *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, cit., 23.

fornire è un quadro sintetico delle medesime normative, cercando di tracciare una linea che descriva le *policies*, intese come linee generali di indirizzo, sul diritto d'autore e sul *filesharing* in ciascuno dei paesi considerati⁵⁷. Si vorrebbe, cioè, delineare quella che ci piace definire come la «concezione» di un determinato istituto.

Allo stesso tempo si intende illustrare il riflesso che il fenomeno della condivisione di contenuti in rete ha sulle società dei tre ordinamenti di riferimento (e viceversa), nonché l'esistenza di cosiddette *social norms* in questo ambito. I risvolti psicologici e sociologici emergenti da ricerche effettuate da esperti di altre discipline permetteranno di tratteggiare la «percezione» dello stesso istituto.

Deve innanzitutto premettersi che il diritto d'autore, a differenza di quanto avviene per il diritto alla protezione dei dati personali, gode di una serie di interventi a livello internazionale che

⁵⁷ Per evidenti motivi di spazio, nonché per motivi di opportunità, potrò qui solo accennare ad alcuni aspetti del diritto d'autore nei tre ordinamenti considerati. Per approfondimenti per il contesto italiano, oltre alle opere qui citate, si vedano A. MUSSO, *Diritto di autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche*, Bologna, 2008 e in prospettiva storica, P. GRECO, P. VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, in *Trattato di diritto civile italiano redatto da diversi giuriconsulti sotto la direzione di Filippo Vassalli*, Torino, 1974. Per l'ordinamento statunitense, R.P. MERGES, P.S. MENELL, M.A. LEMLEY, *Intellectual Property in the New Technological Age*, New York, 2012; S. W. HALPERN, *Copyright Law: Protection of Original Expression*, Durham, 2010; M.B. NIMMER, D. NIMMER, *Nimmer on copyright : a treatise on the law of literary, musical and artistic property, and the protection of ideas*, New York, 1978-2012. Per lo scenario canadese: E.F. JUDGE, D.J. GERVAIS, *Intellectual Property: The Law in Canada*, Toronto, 2011; S. HANDA, *Copyright Law in Canada*, Markham, 2002; J.S. MCKEOWN, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, Scarborough, 2000; D. VAVER, *Copyright Law*, Toronto, 2000.

finiscono per uniformare le discipline dei paesi contraenti, compresi i tre ordinamenti qui considerati⁵⁸.

Se guardiamo all'insieme delle normative a tutela del diritto d'autore, notiamo che l'ordinamento italiano e quello statunitense hanno, ad oggi, un approccio più protettivo rispetto a quello dimostrato dal Canada. Alcuni esempi chiariranno questa affermazione.

In primo luogo, come si è illustrato nella breve ricostruzione dei casi, Italia e USA hanno disposizioni che rendono inequivocabilmente illecito il *filesharing*, frutto (tra l'altro) dell'attuazione dei trattati WIPO, che, al tempo delle decisioni qui esaminate, erano ancora inattuati in Canada. In generale, comunque, le normative dei primi due Paesi hanno subito una serie incessante di modifiche al fine di tenere il passo con le nuove tecnologie che possono facilitare la violazione del diritto d'autore. Il Canada ha invece adottato un approccio più morbido.

L'esistenza, ancora in Italia e negli USA, di previsioni processuali che agevolino l'*enforcement* del diritto d'autore e siano

⁵⁸ Il primo fra questi testi internazionali è la Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche del 1886, che intese introdurre il riconoscimento reciproco del diritto d'autore fra le nazioni aderenti (cui tutti e tre i Paesi qui considerati hanno aderito con tempistiche differenti). Altri testi di rilevanza internazionale sono quelli adottati dalla World Intellectual Property Organization (WIPO) nel 1996: il WIPO Copyright Treaty e il WIPO Performances and Phonograms Treaty. Più di recente è stato sottoscritto da numerosi paesi l'Anti Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) relativo all'imposizione di standard internazionali di tutela della proprietà intellettuale. Tale accordo al momento è stato ratificato solo dal Giappone ed entrerà in vigore solo successivamente alla ratifica di almeno sei stati sottoscrittori.

specificatamente ed esclusivamente pensate per esso (art. 156*bis*, l. 633/41 e §512 (h) US *Copyright Act*) è a sua volta indice della volontà di proteggere questo diritto. A differenza di quanto accade negli altri due sistemi, nell'ordinamento canadese non esiste una previsione processuale specifica e, conseguentemente, è utilizzata la procedura applicabile a qualunque genere di controversia⁵⁹. Fornire uno strumento che per titolari di altri diritti, come lo stesso diritto alla *privacy*, non è previsto significa privilegiare un diritto, procurandogli così una corsia preferenziale⁶⁰.

Merita poi di essere menzionata anche un'altra importante questione, collaterale a quella di cui qui ci stiamo occupando, ovvero la responsabilità degli ISP. Ancora una volta il sistema canadese si trovava in una situazione differente rispetto ai due Paesi qui studiati. Fino all'entrata in vigore del Copyright Modernisation Act del 2012, l'ordinamento canadese mancava di una disciplina particolare per questo problema: si era anzi limitato ad applicare

⁵⁹ Come risulta dall'illustrazione dei casi che qui ho effettuato, lo strumento predisposto dal DMCA si è in realtà rivelato non efficace, con la conseguenza che la RIAA ha dovuto far ricorso allo strumento del processo a John Doe, in questo senso ponendosi su un piano di assoluta somiglianza con il contesto canadese.

⁶⁰ La differenza di approcci si riscontra in altre tematiche relative al diritto d'autore, ad esempio in materia di Digital Rights Management (DRM) e Technological Protection Measures (TPM). Si veda, per una panoramica in materia, con spunti in chiave comparata, R. CASO (a cura di), *Digital rights management: problemi teorici e prospettive applicative*, Trento, 2008 e, IDEM, *Digital Rights Management. Il commercio delle informazioni digitali tra contratto e diritto d'autore*, Padova, 2004. L'introduzione di una normativa a protezione dei DRM e delle TPM in Canada è stata rinviata per anni, in quanto anch'essa rientrando nei vari disegni di legge che non si sono concretizzati. Novità su questo fronte provengono, ancora una volta, dal Copyright Modernization Act, per cui v. *supra* nota n. 38.

analogicamente quanto già statuito per ipotesi simili, che sancivano, di fatto, la non responsabilità per buona parte degli intermediari relativamente alle azioni compiute dagli utenti⁶¹. Diversamente, sia l'Italia che gli Stati Uniti hanno emanato ormai da un decennio una disciplina specifica che prevede una gradazione di responsabilità per gli intermediari, a seconda delle loro funzioni⁶².

Sebbene sia evidente che la grande parte di queste differenze derivi dal ritardato recepimento dei trattati internazionali da parte del Canada, deve essere chiarito che è la stessa interpretazione della legge fornita dalle Corti canadesi a essere più aperta e più malleabile di quella fornita dalle Corti degli altri due ordinamenti⁶³. Pertanto,

⁶¹ La dottrina canadese sembra dare questa lettura rispetto al *leading case* *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, [2004] S.C.R.; cfr. E.F. JUDGE, D.J. GERVAIS, *Intellectual Property: The Law in Canada*, Toronto, 2011, 184. V. inoltre il caso conosciuto come «Tariff 22»: *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN) v. Canadian Association of Internet Providers*, [2002] 4 F.C. 3; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN) v. Canadian Association of Internet Providers*, [2004] 2 S.C.R. 427. Attualmente, la disciplina della responsabilità degli ISP è rinvenibile nella Section 31.1 del Copyright Act.

⁶² USA: *Online Copyright Infringement Liability Limitation Act* (OCILLA), § 512 Copyright Act. Italia: art. 14-17, d.lgs. 70/03, attuazione della direttiva 2000/31/UE. Emerge dalle decisioni giurisprudenziali che in entrambi i casi le previsioni di limitazione della responsabilità degli ISP sono state pensate come una sorta di corrispettivo in cambio della collaborazione degli intermediari per la lotta alla «pirateria» e fenomeni assimilabili. Cfr. per il sistema statunitense *In re Charter Communications, Inc., Subpoena Enforcement Matter*, 393 F.3d 771, 773 (8th Cir., 2005) e *In re Verizon Internet Services*, 240 F. Supp. 2d 24, cit., 37. Per l'Italia v. la sentenza Trib. Roma, ord., 9.2.2007 in *Resp. civ. e prev.*, n. 7-8/2007, 1699, e in *Riv. dir. ind.*, n. 4-5/2008, II, 328, con nota di M. DE CATA, sempre nel controversia fra Peppermint e Wind.

⁶³ Mi riferisco sia al caso *BMG Canada Inc. v. John Doe*, sia al caso *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*. La stessa considerazione può essere comunque effettuata anche con riguardo al caso *Tariff 22*, di cui alla *supra* nota n. 61.

anche quando vi sono accordi internazionali e a questi viene data attuazione, sembrano possano persistere differenze dovute alla loro implementazione e applicazione⁶⁴.

Con questi esempi si intende fornire un'idea, seppure per sommi capi, di come i tre sistemi si approccino al fenomeno del diritto d'autore. Si passerà ora a delineare come invece le società dei tre paesi considerati percepiscono il medesimo diritto.

Va in primo luogo sottolineato che, sebbene il rispetto delle leggi sul diritto d'autore abbia subito un declino con la diffusione delle tecnologie digitali e di Internet, non si tratta di un fenomeno nuovo⁶⁵.

Quando non vi sia rispetto per una legge, si ritiene che le cause siano molteplici. Due di questi fattori sono «moralità» e «legittimazione»: la prima concerne il sentimento personale di un individuo riguardo cosa sia giusto e cosa sia sbagliato; la seconda riguarda la percezione di una persona rispetto al fatto che si dovrebbe rispettare la legge. La presenza di entrambi questi fattori favorisce il rispetto di una norma.

Per quanto concerne il fattore moralità, il fatto che la disciplina sulla proprietà intellettuale non sia rispettata induce a ritenere che manchi nei consociati la percezione che violare tali

⁶⁴ Ovviamente solo il tempo potrà dire come le corti canadesi interpreteranno il nuovo dettato legislativo.

⁶⁵ T.R. TYLER, *Compliance with intellectual property laws: a psychological perspective*, 29 N.Y.U. Journal of International Law and Policy 219 (1997).

norme sia errato⁶⁶. Per quel che riguarda, invece, la legittimazione, quando gli individui percepiscono una disposizione normativa come legittima, vi obbediscono anche se ciò non è in linea con la loro «moralità personale». La legittimazione è fortemente collegata alle procedure attraverso cui si perviene alla creazione delle norme. Centrale è in queste ipotesi la cosiddetta *procedural justice*: se i cittadini percepiscono che le autorità, nel processo di formazione delle leggi, cercano di essere corrette nei loro confronti sono maggiormente disposti ad accettare e rispettare le disposizioni legislative imposte⁶⁷.

Nel caso della proprietà intellettuale è indubbio che vi sia la percezione (se non la consapevolezza) che le leggi rispondono spesso a interessi lobbistici⁶⁸. Questa osservazione vale per tutti e tre i sistemi considerati, anche se, al momento, il Canada sembra essere quello meno influenzato da questa problematica⁶⁹. Va inoltre evidenziato che l'esistenza di forti *lobbies* nel campo del diritto d'autore si contrappone all'assenza di un fenomeno simile in termini qualitativi e quantitativi nel campo della tutela della *privacy*.

⁶⁶ TYLER, *Compliance with intellectual property laws: a psychological perspective*, cit., 224 ss.

⁶⁷ TYLER, *Compliance with intellectual property laws: a psychological perspective*, cit., 229-233, *passim*.

⁶⁸ Si fa l'esempio dello statunitense Copyright Term Extension Act del 1998, che non a caso fu soprannominato The Mickey Mouse Protection Act visti gli sforzi lobbistici effettuati dalla Walt Disney, titolare di diritti economici che sarebbero spirati se non vi fosse stata l'estensione dei termini di protezione del *copyright*. L'esistenza di forti interessi e *lobbies* sembra esistere fin dalla nascita e dallo sviluppo del diritto d'autore: U. IZZO, *Alle origini del copyright e del diritto d'autore. Tecnologia, interessi e cambiamento giuridico*, Roma, 2010, *passim*.

⁶⁹ Forse si tratta solo di *lobby* differenti. Sembra infatti che in Canada gli ISP abbiano una profonda capacità di influenza sulle scelte legislativo-governative.

Altra causa del mancato rispetto del diritto d'autore è la presenza di cosiddette *social norms* di segno opposto al dettato legislativo⁷⁰. Le norme sociali sono standard informali, morali e sociali, propri di un particolare gruppo che regolano il comportamento degli individui all'interno di quel gruppo. Tali norme prescrivono o vietano determinati comportamenti ai singoli individui o ai gruppi di cui la collettività è composta e sono considerate vincolanti per la collettività stessa o quantomeno per una parte di essa⁷¹.

Esistono studi empirici tesi a dimostrare l'esistenza di norme sociali relative al *file-sharing*⁷². Tali ricerche rilevano come,

⁷⁰ Si vedano fra gli altri M.F. SCHULTZ, *Copynorms: Copyright and Social Norms*, in P.K. YU (ed.), *Intellectual Property and Information Wealth*, Westport, 2006, 202; C. JENSEN, *The More Things Change, the More They Stay the Same: Copyright, Digital Technology, and Social Norms*, 56 *Stanford Law Review* 531 (2003).

⁷¹ V. POCAR, *Il diritto e le regole sociali. Lezioni di sociologia del diritto*, Milano, 1997, 29 e ss. Si veda anche la definizione di «norma sociale» proposta da Luciano Gallino: «proposizione variamente articolata e codificata la quale prescrive ad un individuo o ad una collettività, come elemento stabile e caratterizzante della sua cultura o subcultura, o d'una cultura o subcultura aliena cui è in quel momento esposto, la condotta o il comportamento più appropriati (cioè «giusti») cui attenersi in una determinata situazione, tenuto conto delle caratteristiche del soggetto, delle azioni da esso eventualmente subite, e delle risorse di cui dispone; ovvero, in parecchi casi, l'azione da evitare, anche se comporta sacrifici o costi di varia natura», cfr. *Voce: «Norma Sociale»*, in L. GALLINO, *Dizionario di Sociologia*, Torino, 2006.

⁷² Si prendono questi studi empirici come «dati» nel senso che lo scopo di questo scritto non è sindacare scelte metodologiche e risultati di queste ricerche. Questi studi si sono concentrati principalmente sulla società statunitense. Ritengo, tuttavia, che i loro risultati possano essere generalizzati con riguardo a Canada e Italia. Invero, il *filesbaring* è un'attività comune ai tre ordinamenti considerati e i soggetti che frequentano reti *peer-to-peer* possono essere visti come una singola «popolazione». Inoltre, i tre paesi qui esaminati hanno caratteristiche socio-economiche simili.

soprattutto fra i più giovani, vi sia la sensazione che la condivisione in rete di contenuti protetti dal diritto d'autore non sia un comportamento errato⁷³: c'è anzi il supporto reciproco rispetto a questa pratica all'interno della comunità di Internet⁷⁴. A ciò si aggiunga il persistere del fenomeno, cui prendono parte milioni di persone che quotidianamente condividono contenuti in rete illecitamente⁷⁵, nonostante le campagne «anti-pirateria» e le azioni legali intraprese a vari livelli dai detentori di diritto d'autore.

Si può ritenere che nelle decisioni qui sommariamente illustrate i giudici siano stati influenzati dalla percezione sociale del diritto d'autore. La percezione è omogenea nei tre ordinamenti

⁷³ R. MOORE, E.C. McMULLAN, *Perceptions of peer-to-peer file sharing among university students*, 11 *Journal of Criminal Justice and Popular Culture* 1 (2004): <http://www.albany.edu/scj/jcipc/vol11is1/moore.pdf>. Dai risultati dello studio emerge che il 71% dei partecipanti non considera equivalente la condivisione di opera mediante reti *peer-to-peer* ai furti di materiale coperto da diritto d'autore all'interno di negozi «fisici».

⁷⁴ T. WINGROVE, A.L. KORPAS, V. WEISZ, *Why were millions of people not obeying the law? Motivational influences on non-compliance with the law in the case of music piracy*, 17 *Psychology, Crime & Law* 261 (2011), 271.

⁷⁵ Gli studi relativi a questo fenomeno sono innumerevoli. Si veda per esempio, per quanto riguarda il Canada, ASSOCIATED PRESS, *Canada on U.S. copyright piracy watch list*, CBSnews.com, April 30, 2009 at <http://www.cbc.ca/news/technology/story/2009/04/30/copyright-piracy.html>; CIPPIC, *How widespread is music file-sharing?*, at http://www.cippic.ca/en/file-sharing#faq_how-widespread. Per gli Stati Uniti, anche se studi recenti dimostrano che la percentuale di «pirateria» è diminuita, essa rimane intorno al 9% della popolazione: cfr. L. GRAHAM, *With Limewire Shattered, Peer-to-Peer Music File Sharing Declines Precipitously*, March 23, 2011, NPD.com, www.npd.com/press/releases/press_110323.html. V. inoltre lo studio condotto dalla Columbia University: <http://piracy.ssrc.org/wp-content/uploads/2011/11/AA-Research-Note-Infringement-and-Enforcement-November-2011.pdf>.

considerati e, anzi, va ben oltre i confini nazionali degli stessi. Si potrebbe forse parlare di una «cultura del mondo di Internet» o di una «cultura dei *filesharers*», considerata la diffusione geografica del fenomeno⁷⁶.

4. La «concezione» e la «percezione» della protezione dei dati personali

Per quanto attiene al concetto di *privacy*, si può fin da subito affermare che le legislazioni di Italia e Canada sono fra loro molto simili e si differenziano invece fortemente dal corpo legislativo statunitense⁷⁷.

⁷⁶ L'avversione per il diritto d'autore o, per meglio dire, per leggi che incrementano la tutela di tale diritto, negli ultimi anni è sfociata in veri e propri movimenti politici, come il Partito Pirata (nato in Svezia e postosi, soprattutto inizialmente, quale antagonista al diritto d'autore e ai brevetti, successivamente, diffusosi in molti Paesi anche extraeuropei). Si deve poi rendere conto anche di altre reazioni in risposta a tentativi di introduzione di nuove norme che avrebbero accresciuto la tutela del *copyright*: mi riferisco ai disegni di legge statunitensi Stop Online Piracy Act (SOPA) and PROTECT IP Act (PIPA) e al malcontento che essi avevano generato nel contesto di internet, non solo fra gli utenti, ma anche fra alcuni importanti operatori. Tali dimostrazioni di sdegno si sono avute a livello mondiale, non essendosi concentrate solamente là dove la norma originava (ciò è evidentemente dovuto anche alla struttura intrinseca del web, per cui le decisioni prese in un determinato Paese possono avere forte impatto ben oltre i confini dello stesso). Va infine ricordato il movimento contro l'adozione di ACTA, che ha portato anche l'Unione Europea a rigettare l'adozione del trattato, benché vi fosse stata inizialmente la sottoscrizione da parte dell'UE stessa, nonché di ventidue paesi membri.

⁷⁷ Non potendo qui altro che accennare alle legislazioni dei tre Paesi considerati, si rinvia agli scritti citati nel testo, nonché, per quanto concerne l'Italia a R. PARDOLESI (ed.), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Milano, 2003; E. GIANNANTONIO, M.G. LOSANO, V. ZENO ZENCOVICH (eds.), *La tutela dei dati*

Va premesso che a livello internazionale non esistono trattati o convenzioni circa la regolamentazione del diritto alla riservatezza. L'unico intervento degno di menzione sono le OECD Guidelines del 1981 che, pur non essendo vincolanti, sono comunque state alla base delle normative introdotte sia dall'Europa che dagli USA⁷⁸.

La legislazione statunitense si basa infatti su una serie di interventi legislativi fra loro molto spesso scollegati e che talvolta

personali. Commentario alla L. 675/1996, Padova, 1999 BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza. La privacy nella società dell'informazione*, Milano, 1997 e in prospettiva storica, il lavoro di Stefano Rodotà, fra i quali si ricorda S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973. Per il contesto statunitense: D.J. SOLOVE, P.M. SCHWARTZ, *Privacy, Information, and Technology*, New York, 2009; SOLOVE, SCHWARTZ, *Information privacy law*, New York, 2011; SOLOVE, ROTENBERG, *Information privacy law*, cit., nonché in prospettiva storica il fondamentale contributo di A. WESTIN, *Privacy and freedom*, New York, 1967. Per quanto riguarda il Canada: MCISAAC, SHIELDS, KLEIN, *The law of privacy in Canada*, cit.; S. PERRIN, H.H. BLACK, D.H. FLAHERTY, T. MURRAY RANKIN, *The Personal Information Protection and Electronic Documents Act: An Annotated Guide*, Toronto, 2001.

⁷⁸ SOLOVE, ROTENBERG, *Information privacy law*, cit., 713-714. Un effetto dell'internazionalizzazione o, se vogliamo, della globalizzazione, sono le reazioni poste in essere a livello normativo dagli stati esterni all'UE, al fine di poter commerciare con quest'ultima. Infatti l'UE, nella direttiva 95/46, ha previsto che i dati personali dei cittadini europei possano essere trasferiti a paesi terzi solo quanto questi adottino una normativa consistente con gli obiettivi di tutela dell'UE oppure quanto negozino degli specifici accordi. Il primo caso è quello del Canada, con l'emanazione di PIPEDA; il secondo caso è invece quello degli USA che hanno negoziato i c.d. *safe harbors privacy principles* con l'UE. Per uno studio sull'influenza che l'implementazione di *privacy policy* in alcuni paesi esercita su altri v. BENNETT, *Regulating Privacy. Data Protection and Public Policy in Europe and the United States*, cit., *passim*. Si veda inoltre il contributo di P. SCHWARTZ, *The EU-US Privacy Collision: A Turn to Institutions and Procedures*, 126 *Harvard Law Review* (2013) in corso di stampa, reperibile all'url: <http://www.harvardlawreview.org/symposium/papers2012/schwartz.pdf>.

rispondo ad esigenze estemporanee o a scandali⁷⁹ o, ancora, sono mirate a regolamentare specifici e ristretti settori⁸⁰. La protezione della *privacy* è quindi affidata a una legislazione frammentata che non è in grado di far fronte a tutte le situazioni, con il risultato che, a differenza di quanto accade negli altri due ordinamenti considerati, in USA nella maggior parte delle situazioni quotidiane in cui vi siano questioni attinenti la *privacy* non vi è alcuna protezione specifica⁸¹. Inoltre, gli interventi legislativi sono prevalentemente volti alla regolamentazione della problematica dell'intrusione dello stato (inteso in senso ampio) nelle vite dei cittadini⁸².

⁷⁹ Si pensi ad esempio al *Privacy Act* del 1974 che fu una sorta di risposta al c.d. «scandalo Watergate», cfr. quanto scritto da D.J. SOLOVE, P.M. SCHWARTZ, *Privacy, Information, and Technology*, New York, 2009, 304. Per una lista completa di tutte le leggi a protezione della *privacy*, si veda 274. D.J. SOLOVE, P.M. SCHWARTZ, *Information privacy law*, New York, 2009, 36 e ss. o D.J. SOLOVE, M. ROTENBERG, *Information privacy law*, New York, 2003, 23-24.

⁸⁰ Ne sono esempi: la protezione dalle chiamate con scopo di vendita (*Telephone Consumer Protection Act* – 1991); la protezione dalle e-mail non richieste, cosiddetto SPAM (*CAN-SPAM Act* – 2003); leggi a protezione della *privacy* dei guidatori (*Driver's Privacy Protection Act* – 1994) o dei bambini (*Children's Online Privacy Protection Act* – 1998).

⁸¹ Fatto salvo uno specifico contratto o l'esistenza di un'azione in *tort*, che non è però presente in tutti gli stati della confederazione americana, cfr. J.T. SOMA, S.D. RYNERSON, *Privacy Law in a Nutshell*, St Paul, 2008, 48.

⁸² V. ad es. il *Privacy Act* del 1974, il *Privacy Protection Act* del 1980, il *Computer Matching and Privacy Protection Act* del 1988. Questa sarebbe peraltro una delle più evidenti differenze fra l'approccio statunitense e quello europeo alla *privacy* secondo la lettura di J.Q. WHITMAN, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty*, 113 *Yale Law Journal* 1153 (2004). Cf. inoltre M. ROTENBERG, *Fair Information Practices and The Architecture of Privacy (What Larry Doesn't Get)*, 2001 *Stan. Tech. Law Rev.* 1, disponibile all'url: <http://stlr.stanford.edu/2001/02/fair-information-practices-and-the-architecture-of-privacy/>, par. 27; PAGALLO, *La tutela della privacy negli Stati Uniti d'America e in Europa*, cit., 70 e ss.

Vi è poi un aspetto particolare relativo alla concezione della riservatezza negli Stati Uniti. Vi sono, infatti, diritti e libertà che in altri ordinamenti sarebbero considerati come autonomi e che negli USA vengono invece ricondotti alla *privacy*⁸³. Il diritto alla riservatezza diventa quindi ampio e tendenzialmente in grado di coprire un indefinito numero di situazioni. Questa prospettiva rafforza e al tempo stesso indebolisce il diritto alla *privacy*: se, infatti, da un lato esso è rafforzato dal fatto che tale diritto viene spesso invocato a tutela di una situazione, dall'altro la sua onnipresenza lo rende maggiormente evanescente⁸⁴.

Negli Stati Uniti, inoltre, libertà come quelle di espressione o di stampa sono considerate pressoché sacre, con la conseguenza che la *privacy* è talvolta considerata quale ostacolo alle stesse⁸⁵.

⁸³ Si pensi, ad esempio, al celebre caso *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 153 (1973). In tale caso, la Corte Suprema cancellò una legge del Texas in materia di aborto. Per giungere a questa conclusione la corte si basò sul diritto alla riservatezza. Ritenne che il quattordicesimo emendamento, inerente la *due process clause* dovesse essere considerato un'espressione di libertà personale, un diritto alla *privacy*. Inoltre statui che «the Ninth Amendment's reservation of rights to the people, is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy».

⁸⁴ Addirittura «rimane poco chiaro negli USA se la *privacy* è un diritto e, anzi, un diritto fondamentale, o se è piuttosto un interesse che, nel rapporto tra privati, non riveste valore di per sé ma deve essere fondato o giustificato con qualcos'altro», v. U. Pagallo, *La tutela della privacy negli Stati Uniti d'America e in Europa*, Torino, 2008, 99. Si mostra critico circa la capacità da parte delle corti e dei *policymakers* di riconoscere gli interessi della *privacy* anche D.J. SOLOVE, *A Taxonomy of Privacy*, 154 *U. Pennsylvania Law Review* 477 (2006), 480.

⁸⁵ WHITMAN, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty*, cit., 1209; C.J. BENNETT, *Regulating Privacy. Data Protection and Public Policy in Europe and the United States*, Ithaca (NY), 1992, 137. Si veda a titolo di esempio il celebre caso *Sidis: Sidis v. F-R Publishing Corp.* 113 F.2d 806 (1940).

Diversi sono invece, come accennato, lo scenario italiano e canadese. Entrambi gli ordinamenti presentano quantomeno un'importante e omnicomprensiva legislazione in materia, ovvero i già menzionati PIPEDA e Codice in materia di protezione dei dati personali. Il Canada ha inoltre un Privacy Act del 1985, che inerisce il settore pubblico. Regole stringenti sono applicate in entrambi gli stati, dove il consenso del soggetto cui i dati fanno riferimento è principio cardine e fulcro dell'intera normativa. Questo si pone in contrasto con l'approccio degli Stati Uniti, dove per lo più vige un sistema di *opt-out* (vs. l'*opt-in* italiano e canadese)⁸⁶, ovvero il trattamento dei dati avviene senza il consenso: tocca alla persona interessata esplicitare l'opposizione al medesimo trattamento.

Un ulteriore segnale della contrapposizione fra Canada e Italia da un lato e USA dall'altro è la presenza nei primi di una *privacy authority*, con un ruolo fondamentale e specifici poteri anche quale organo giurisdizionale. Per quanto riguarda l'Italia, il riferimento ovvio è al Garante per la protezione dei dati personali, introdotto con la l. 675 del 31 dicembre 1996 e confermato nell'impianto del Codice della Privacy. Nell'ordinamento canadese, il Privacy Commissioner fu creato già nel 1985 con il Privacy Act e, quando PIPEDA fu introdotto nel 2001, i poteri dell'autorità

⁸⁶ Sulla dicotomia *opt-in/opt-out* si è molto discusso e ancora si discute, principalmente in termini di analisi economica. A titolo esemplificativo si menzionano qui: J. SOVERN, *Opting in, opting out, or no options at all: the fight for control of personal information*, 74 *Washington Law Review* 1033, 1999; J. BOUCKAERT, H. DEGRYSE, *Opt In Versus Opt Out: A Free-Entry Analysis Of Privacy Policies*, CESifo Working Paper No. 1831, October 2006.

vennero ampliati al fine di ricomprendere anche le situazioni coperte dal nuovo intervento legislativo. Negli Stati Uniti non esiste invece un'autorità autonomamente pensata e dedicata alla salvaguardia di questo diritto. Solo nel 2006 è stata creata una apposita divisione all'interno del Consumer Protection Bureau della Federal Trade Commission, denominata «Division of Privacy and Identity Protection». Considerata la recente introduzione e il fatto che si tratta solo di una divisione all'interno di una più ampia istituzione, ritengo che questo sia un ulteriore elemento che avvalorata la mia tesi secondo cui gli USA attribuiscono meno importanza alla salvaguardia di questo diritto di quanto invece non facciano gli altri due ordinamenti considerati.

Queste differenze possono essere il riflesso di una diversa percezione della riservatezza come valore. Invero, nonostante la *privacy* sia un valore presente in ogni società, il modo in cui tale valore è percepito e dimostrato cambia profondamente da una cultura a un'altra⁸⁷. Se per un verso è indubbio che la disciplina della *privacy* all'interno della zona europea fu inizialmente, almeno in

⁸⁷ A titolo di esempio si vedano gli studi antropologici di I. ALTMAN, *Privacy Regulation: Culturally Universal or Culturally Specific?*, 33 *Journal of Social Issues* 66 (1977). Si consideri inoltre il già citato contributo di WHITMAN, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty*, cit. L'Autore da ultimo citato ritiene di poter contrapporre un'idea di *privacy* basata sull'importanza della dignità umana e dei diritti della persona per ciò che riguarda il continente europeo, contrapposta ad un'idea della *privacy* come idea di libertà, soprattutto dalle intrusioni effettuate dallo stato per quanto riguarda l'altro lato dell'Atlantico. Ancora, a titolo di esempio, sebbene riguardi un Paese qui non preso a campione, si veda: A.A. ADAMS, K. MURATA, Y. ORITO, *The Japanese sense of information privacy*, 24 *AI & Society* 2009, 327.

parte⁸⁸, una risposta alle necessità del mercato interno, per altro verso si deve ribadire come l'approccio statunitense sia concentrato per lo più sul rapporto stato-cittadino e miri a limitare le intrusioni del primo nella vita privata del secondo. Lo scenario canadese può essere invece inteso come «terra di mezzo» fra i due ordinamenti citati: forte importanza è data all'aspetto della dignità, senza però tralasciare la necessità di libertà. Proprio per questo è stato sostenuto che i canadesi siano più preoccupati del modo in cui i loro dati sono trattati che del fornire i dati stessi⁸⁹.

Ciò premesso, va detto che esistono studi empirici che dimostrano come la regolamentazione della *privacy* rifletta, fra gli altri, anche la percezione culturale della stessa⁹⁰. In particolare esiste una correlazione tra la regolamentazione nazionale e le

⁸⁸ Invero, se per un verso la direttiva 46/95 fa esplicita menzione più volte della necessità di una protezione dei dati personali per un migliore funzionamento del mercato interno (si vedano, a titolo d'esempio, i considerando nn. 3, 5, 8), deve comunque tenersi in considerazione il significativo apporto del Consiglio d'Europa. Quest'ultimo, infatti, adottò due importanti risoluzioni nel corso degli anni '70 (una il 26.9.73, inerente le banche dati private, e una il 20.9.74, con riferimento alle banche dati pubbliche): i principi di queste due risoluzioni furono poi incorporati nella Convenzione n. 108 di Strasburgo firmata il 28 gennaio 1981, ratificata in Italia con L. 21 febbraio 1989, n. 98. La Convenzione mirava (art. 1) ad assicurare nel territorio degli Stati firmatari il rispetto del diritto alla *privacy* di ogni individuo, con riguardo all'elaborazione automatica di dati personali che lo riguardano. La Convenzione pose quindi una primissima uniforme fra gli Stati aderenti, sebbene con riferimento soltanto al trattamento dei dati in forma automatizzata. Per un approfondimento si veda BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza. La privacy nella società dell'informazione*, cit., 3-71.

⁸⁹ A. LEVIN, M.J. NICHOLSON, *Privacy Law in the United States, the EU and Canada: The Allure of the Middle Ground*, 2 *University of Ottawa Law & Tech. J.* 357 (2005), 391-393.

⁹⁰ Di nuovo: non intendo mettere in discussione né la metodologia né i risultati raggiunti da questi studi.

preoccupazioni della popolazione circa la *privacy*⁹¹. Invero, quando la normativa di uno stato è percepita come inadeguata da parte dei consociati, è probabile che questa pressione incida sugli interventi normativi e li incentivi⁹². Benché l'elemento culturale non possa considerarsi come fattore sufficientemente esplicativo del modo in cui ogni stato ha concepito il proprio apparato di leggi a protezione della *privacy*, è comunque altamente probabile che esista una correlazione fra la percezione culturale della protezione della *privacy* e il modo in cui essa è regolamentata.

Questa influenza potrebbe essere anche percepita dai giudici stessi: sia direttamente, in quanto essi sono parte di una determinata società, sia indirettamente, quale conseguenza delle *policies* adottate dallo stato nel quale il giudice opera. *Policies* che infatti, a loro volta, nascono o sono modellate dalle percezioni dei consociati.

5. Un'ipotesi per le soluzioni adottate dai giudici

Come accennato, la mia ipotesi è che vi sia un circolo di pensieri e percezioni che, volendo semplificare, parte dalla società, passa

⁹¹ S. BELLMAN, E.J. JOHNSON, S.J. KOBRIN, G.L. LHOSE, *International Differences in Information Privacy Concerns: A Global Survey of Consumers*, 20 *The Information Society* 313 (2004), 320. Sostiene Whitman: «[p]rivacy law is not the product of logic [...] It is the product of local social anxieties and local ideals», cf. WHITMAN, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty*, cit., 1219. Si veda anche lo studio di S.J. MILBERG, H.J. SMITH, S.J. BURKE, *Information Privacy: Corporate Management and National Regulation*, 11 *Organization Science* 35 (2000).

⁹² S.J. MILBERG, H.J. SMITH, S.J. BURKE, *Information Privacy: Corporate Management and National Regulation*, 11 *Organization Science* 35 (2000), 47-50.

attraverso i *lawmakers* e i *policymakers*, e raggiunge i giudici per poi tornare nuovamente alla società e via discorrendo⁹³. Gli interventi legislativi possono modificare le percezioni di un particolare problema. Allo stesso tempo anche la percezione che gli individui hanno di un determinato istituto può essere la fonte da cui un intervento regolativo scaturisce o da cui quantomeno è influenzato. È certamente vero anche il contrario: i giudici, così come gli altri *lawmakers*, possono influenzare la società, con ciò chiudendo quella circolarità appena menzionata⁹⁴.

Questo mio scritto non intende, in ogni caso, essere una spiegazione omnicomprensiva del fenomeno e di tutte le variabili che entrano in gioco nei casi analizzati. Essa può essere, tuttavia,

⁹³ Va da sé che anche i giudici stessi appartengono alle due categorie menzionate. Da un punto di vista sociologico, Friedman spiega che un cambiamento tecnologico (per esempio l'introduzione del computer) non risulta automaticamente in un cambiamento dell'ordine giuridico. Piuttosto, il cambiamento tecnologico modifica la configurazione sociale, il modo in cui le cose stanno nel mondo o in una società; questo a sua volta cambia il modo in cui le persone vedono la propria società e ciò che si aspettano da questa. E, infine, questo cambia anche il loro orientamento nei confronti della legge. Cf. FRIEDMAN, *Is there a modern legal culture?*, cit., 118-119.

⁹⁴ Ed è anzi in questo senso che sono stati sviluppati molti studi di *legal theory*. V. ad es. G. ROSENBERG, *The Hollow Hope: Can Courts Bring about Social Change?*, Chicago, 1991. L'attività interpretativa degli operatori del diritto si affianca alla legislazione nel rendere possibile l'adeguamento delle norme giuridiche alla trasformazione sociale. Queste due modalità di mutamento giuridico sono, secondo Valerio Pocar, sempre compresenti. La prevalenza dell'una a scapito dell'altra dipende dalla minore o maggiore congruenza fra norme giuridiche, altre norme sociali e cultura, ovvero dalla minore o maggiore ampiezza di condivisione di valori comuni. Cf. POCAR, *Il diritto e le regole sociali. Lezioni di sociologia del diritto*, cit., 159-160.

una possibile spiegazione, pur tenendo bene presente le differenze esistenti nei diversi sistemi⁹⁵.

Va in primo luogo chiarito che la mia ipotesi si applica ai giudici intesi come «categoria», pur essendo conscia che le differenze fra di essi possono essere molto marcate. Tuttavia, ciò che ai fini di questa ricerca rileva è che i giudici, come intuitivamente ci si può attendere, ragionano e agiscono esattamente come tutti gli altri individui, il che dimostra, meno banalmente, che sono soggetti agli stessi processi cognitivi⁹⁶. Ciò significa che possono essere influenzati dalla cultura in cui vivono. Alcuni studi di taglio interdisciplinare, che ci si accinge a illustrare, contribuiranno a chiarire meglio queste affermazioni.

Deve innanzitutto considerarsi il concetto di norma sociale. Il giudice, infatti, è sottoposto a una tensione fra quanto la legge prescrive e le norme sociali che anche egli condivide come «semplice cittadino»⁹⁷. Più in particolare, ricerche comportamentali hanno dimostrato che quando un *decisionmaker*, fra cui può certamente essere annoverato un giudice, ritiene che una norma sociale sia particolarmente radicata, faticherà ad applicare una legge

⁹⁵ A titolo esemplificativo basti pensare alle differenze che sono normalmente imputate alla contrapposizione fra sistemi di *common law* e di *civil law*, oppure alle divergenze che si riscontrano nelle forme di reclutamento dei giudici, nonché nell'organizzazione del potere giudiziario.

⁹⁶ Si considerino sul punto i seguenti lavori: KLEIN, MITCHELL, *The Psychology of Judicial Decision Making*, cit.; C. GUTHRIE, J.J. RACHLINSKI, A.J. WISTRICH, *Blinking on the bench: how judges decide cases*, 93 *Cornell Law R.* 1 (2007); C. GUTHRIE, J.J. RACHLINSKI, A.J. WISTRICH, *Inside the judicial mind*, 86 *Cornell Law R.* 777 (2001); L.S. WRIGHTSMAN, *Judicial Decision Making: Is Psychology Relevant?*, New York, 1999.

⁹⁷ POCAR, *Il diritto e le regole sociali. Lezioni di sociologia del diritto*, cit., 133.

che vada nel senso di modificare quella norma⁹⁸. Questo dipende dal fatto che gli individui considerano più idoneo alla punizione un comportamento che anche gli altri consociati considerano tale. Al contrario, qualora una norma sia, ad esempio, frutto di lobbismo, i consociati tenderanno a considerarla come non rappresentativa del consenso diffuso. In tale ipotesi, quindi, i *decisionmakers* saranno riluttanti nell'applicare la nuova legge che tende a modificare la norma sociale⁹⁹. Considerata l'esistenza di una norma sociale sulla condivisione di *file* in rete e considerata la qualifica dei giudici come *decisionmakers*, questa regola comportamentale può dirsi anche a loro applicabile. Andando ai casi concreti, questa regola sembra applicabile a tutti e tre i contesti qui presi in considerazione, dove le norme sociali in contrasto con il *copyright* sono, in modo più o meno accentuato, comunque presenti.

A supporto di quanto fino a qui affermato, si consideri che alcuni indagini psicologiche hanno dimostrato che quando i giudici devono decidere un caso dove una legge non esiste e devono quindi identificare il risultato migliore applicano anche un «ragionamento morale»¹⁰⁰. Se, pertanto, la popolazione di un determinato Paese

⁹⁸ Faccio riferimento al contributo di D. KAHAN, *Gentle Nudges vs. Hard Shoves: Solving the Sticky Norms Problem*, 67 *U. Chicago Law Rev.* 607 (2000).

⁹⁹ KAHAN, *Gentle Nudges vs. Hard Shoves: Solving the Sticky Norms Problem*, cit., 614-620 *passim*. C'è un'evidente correlazione fra queste teorie comportamentali e la *procedural justice theory*.

¹⁰⁰ Cf. E. SHERWIN, *Features of Judicial Reasoning*, in D. KLEIN, G. MITCHELL (eds.), *The Psychology of Judicial Decision Making*, New York, 2010, 122. Si può fare riferimento anche allo studio effettuato da T.E. Lin, *Social Norms and Judicial Decisionmaking: Examining the Role of Narratives in Same-Sex Adoption Cases*, 99

dimostra particolare affezione per un diritto (come la *privacy*) e particolare disamore per un altro diritto (come il *copyright*) appare moralmente più corretto supportare il primo a fronte del secondo. Si ha, cioè, un'influenza culturale sui giudici.

Questo ragionamento, che appare scontato ed evidente quando siamo di fronte a norme «aperte», può comunque essere applicato ogni qualvolta il giudice espleti la sua funzione d'interprete¹⁰¹.

Nel risolvere i casi che si sono qui ripercorsi, deve inoltre tenersi in considerazione ciò che ho definito come la «concezione» dei due istituti. I giudici canadesi si trovano di fronte ad una coerente e forte regolamentazione del diritto alla riservatezza ed, invece, a una debole, ancorché coerente, protezione del diritto d'autore. In Italia c'è una solida e organica regolamentazione della protezione dei dati personali. Infine, per quanto riguarda gli Stati Uniti, i giudici si trovano di fronte a due corpi legislativi completamente differenti: per un verso si ha una forte e completa protezione del *copyright*, per l'altro la protezione della *privacy* è affidata a una regolamentazione frammentata e incompleta.

Columbia Law Review 739 (1999), spec. 769 ss. Anche se il contesto è chiaramente molto differente, lo studio rafforza la mia ipotesi che, quando non vi siano leggi chiaramente definite, i giudici rimangono più facilmente influenzati dalle percezioni culturali.

¹⁰¹ Per dirla con Pocar: «l'interpretazione delle norme giuridiche e la loro applicazione è la risultante anche dell'effetto delle altre norme sociali», cf. POCAR, *Il diritto e le regole sociali. Lezioni di sociologia del diritto*, cit., 138.

Essendo queste le premesse, è evidente che un giudice possa essere influenzato nel dare prevalenza a uno o all'altro diritto, anche dalle linee di indirizzo che il legislatore sembra voler dettare inquadrando in modo differente i due diritti.

I due argomenti – concezione e percezione – si rinforzano l'un l'altro: le *policies* sono il risultato (anche) di percezioni sociali e culturali. Quando i giudici trovano difficoltà nel giungere a una soluzione chiara e abbisognano di applicare principi generali facenti riferimento alle *policy*, essi si rifanno al contempo anche a percezioni sociali e culturali. In questo senso i giudici possono fungere da «bocca» attraverso cui i sentimenti sociali possono avere voce.

Se queste sono le premesse, può considerarsi plausibile che la preponderanza dell'uno o dell'altro diritto nelle decisioni analizzate sia stata dettata dall'influenza che cultura e percezione, *policy* e concezione possono avere, e hanno avuto, sui giudicanti.

Giunti alla conclusione di questo breve scritto, si vuole ribadire lo scopo di questa ricerca. Essa prova a offrire una possibile spiegazione dei differenti orientamenti giurisprudenziali nei sistemi comparati. L'analisi è evidentemente descrittiva e non ha alcuna pretesa di spiegare il fenomeno nella sua interezza. Le considerazioni qui svolte non vogliono una conclusione valida per ogni decisione giudiziale, né vogliono avere l'intento di spiegare il modo in cui i giudici dovrebbero decidere o la pretesa di ritenere che i giudici debbano approvare e promuovere le percezioni sociali. L'influenza culturale la cui esistenza si è cercato di dimostrare è, in

ogni caso, soltanto uno dei fattori che possono condizionare le decisioni giudiziali: non si ritiene che essa sia l'unico fattore influente su tali decisioni, né che possa essere la sola chiave di lettura del processo di bilanciamento fra diritti.

Questo breve studio ha inoltre una serie di limiti, di cui chi scrive è pienamente cosciente. Si sono lasciate sullo sfondo una serie di variabili per semplificare la ricerca, isolandone altre. L'intento era ed è di alimentare un dibattito e di cominciare a tracciare una strada che si spera promettente, portando alla luce alcune relazioni esistenti fra società e giudici, al fine di meglio comprendere questo fenomeno e di offrire un'interpretazione alternativa e, al contempo, complementare rispetto a quelle predominanti.

The Trento Lawtech Research Paper Series is published since Fall 2010

1. **Giovanni Pascuzzi**, L'insegnamento del diritto comparato nelle università italiane (aggiornamento dati: dicembre 2009) - The Teaching of Comparative Law in Italian Universities (data updated: December 2009), Trento Law and Technology Research Group Research Papers, October 2010.

2. **Roberto Caso**, Alle origini del copyright e del diritto d'autore: spunti in chiave di diritto e tecnologia - The Origins of Copyright and Droit d'Auteur: Some Insights in the Law and Technology Perspective, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; November 2010.

3. **Umberto Izzo, Paolo Guarda**, Sanità elettronica, tutela dei dati personali e digital divide generazionale: ruolo e criticità giuridica della delega alla gestione dei servizi di sanità elettronica da parte dell'interessato - E-health, Data Protection and Generational Digital Divide: Empowering the Interested Party with the Faculty of Nominating a Trusted Person Acting as a Proxy when Processing Personal Health Data within an Electronic PHR, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; November 2010.

4. **Rossana Ducato**, "Lost in Legislation": il diritto multilivello delle biobanche di ricerca nel sistema delle fonti del diritto (convenzioni internazionali, leggi europee, nazionali e regionali, softlaw) - "Lost in legislation": The Multilevel Governance of Research Biobanks and the Sources of Law (International Conventions, European, National and Regional legislations, Softlaw), Trento Law and Technology Research Group Research Papers; December 2010.

5. **Giuseppe Bellantuono**, The Regulatory Anticommons of Green

Infrastructures, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; February 2011.

6. **Francesco Planchenstainer**, La regolamentazione dell'acqua destinata ad impiego alimentare: analisi storico comparativa dei differenti approcci sviluppati negli USA e nella UE - The Regulation Of Water For Nutritional Use: A Comparative and Historical Analysis of the Different Approaches Developed in US and EU Law, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; April 2011.

7. **Roberto Caso, Giovanni Pascuzzi**, Valutazione dei prodotti scientifici nell'area giuridica e ruolo delle tecnologie digitali – Evaluation of Scientific Products in the Legal Field and the Role of Digital Technologies, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; May 2011.

8. **Paolo Guarda**, L'Open Access per la dottrina giuridica e gli Open Archives: verso un futuro migliore? - Open Access to legal scholarship and Open Archives: toward a Better Future?, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; November 2011.

9. **Thomas Margoni**, Eccezioni e limitazioni al diritto d'autore in Internet - Exceptions and Limitations to Copyright Law in the Internet, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; January 2012.

10. **Roberto Caso**, Plagio, diritto d'autore e rivoluzioni tecnologiche - Plagiarism, copyright and technological revolutions. Trento Law and Technology Research Group Research Papers; February 2012.

11. **Giovanni Pascuzzi**, Diventare avvocati e riuscire ad esserlo:

insegnare l'etica delle professioni forensi attraverso le trame narrative - How to become lawyers and able to do so: teaching the ethics of the legal profession through narrative, Trento Law and Technology Research Group. Research Papers; July 2012.

12 **Umberto Izzo**, IL 'Contratto sulla neve' preso sul serio: due modelli di contratto (per la fruizione delle aree sciabili e per l'insegnamento sciistico) – Taking the 'Contract on the Snow' Seriously: Two Model Contracts (For Accessing and Using the Ski Area, and For the Teaching of Skiing), Trento Law and Technology Research Group Research Paper; 2012.

13. **Francesco Planchestainer**, “They Collected What Was Left of the Scraps”: Food Surplus as an Opportunity and Its Legal Incentives, Trento Law and Technology Research Group Research Paper; February 2013.

14. **Roberto Caso**, I libri nella “tempesta perfetta”: dal copyright al controllo delle informazioni digitali - Books into the “perfect storm”: from copyright to the control of information, Trento Law and Technology Research Group Research Paper; March 2013.

15. **Andrea Rossato**, Beni comuni digitali come fenomeno spontaneo - Digital Commons as a Spontaneous Phenomenon, Trento Law and Technology Research Group Research Paper; May 2013.

16. **Roberto Caso**, Scientific knowledge unchained: verso una policy dell'università italiana sull'Open Access - Scientific knowledge unchained: towards an Open Access policy for Italian universities, Trento Law and Technology Research Group Research Paper; May 2013

17. **Valentina Moscon**, Copyright, contratto e accesso alla

conoscenza: un'analisi comparata - Copyright, contract and access to knowledge: a comparative analysis, Trento Law and Technology Research Group Research Paper; December 2013

18. **Roberto Caso**, La via legislativa all'Open Access: prospettive comparate - The legislative road to Open Access: comparative perspectives, Trento Law and Technology Research Group Research Paper; January 2014

19. **Roberto Caso**, Misure tecnologiche di protezione: cinquanta (e più) sfumature di grigio della Corte di giustizia europea, Trento Law and Technology Research Group Research Paper; March 2014