



UNIVERSITA' DI PISA

Dipartimento di Giurisprudenza

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

La tutela del diritto d'autore dopo la rivoluzione digitale

Il Candidato
Antonio Mordini

Il Relatore
Prof. Paolo Passaglia

A.A. 2015/ 2016

Indice

Introduzione	4
Capitolo I	6
Genesi storica dei diritti sulle opere dell'ingegno	6
1.1 Nascita del <i>copyright</i> anglo-americano e del diritto d'autore continentale.....	6
1.2. I diversi modelli di disciplina del diritto d'autore a confronto	17
1.3. Il diritto d'autore eurounitario e internazionale: cenni	25
Capitolo II	31
Il diritto d'autore e la rivoluzione digitale: disciplina, violazione e rimedi in una prospettiva comparatistica	31
2.1. La disciplina del diritto d'autore italiano e del <i>copyright</i> statunitense prima della rivoluzione digitale.....	31
2.2. ... e dopo la rivoluzione digitale	44
2.2.1. Il cambiamento della protezione del diritto d'autore italiano dopo l'attuazione della direttiva n. 2001/29/CE	44
2.2.2. Le novità normative statunitensi	55
2.3. La violazione del diritto d'autore italiano e del <i>copyright</i> statunitense in <i>Internet</i> e i nuovi rimedi	61
Capitolo III	79
<i>Copyright</i> e <i>Internet</i> : nuove prospettive.....	79
3.1. Il <i>download</i> e lo <i>streaming</i>	79
3.2. La responsabilità degli <i>Internet Service Provider</i>	88
3.2.1. L'attività del <i>Provider</i>	88
3.2.2. Disciplina e responsabilità degli ISP	92
3.2.3. Problematiche giurisprudenziali concrete	99
3.3. Profili costituzionali e problemi ancora aperti	106

Conclusioni	112
Bibliografia	115
Giurisprudenza	119

Introduzione

La tutela del diritto d'autore ha subito un processo di internazionalizzazione, iniziato con la ratifica della Convenzione di Berna, passato dagli accordi di TRIPs, per arrivare oggi a necessitare di una disciplina transnazionale, in grado di fronteggiare fenomeni che, grazie alla Rete, creano problemi che si ripercuotono oltre le singole frontiere.

Per capire la trasformazione che il diritto d'autore ha subito nei secoli, fino ad arrivare all'attuale disciplina, si sono volute brevemente ripercorrere, nel primo capitolo, le diverse tappe che gli ordinamenti occidentali hanno storicamente raggiunto, partendo proprio dalla diversa nozione, natura e contenuto dei diritti di esclusiva sulle opere d'ingegno nei due principali modelli, *common law* e *civil law*.

Inoltre, per comprendere la realtà giuridica e sociale odierna in rapporto all'espansione del mezzo tecnologico, è stato poi necessario, nel secondo capitolo, analizzare più precisamente l'evoluzione normativa che il diritto d'autore ha subito nell'era digitale, concentrando però l'attenzione sull'esperienza italiana e statunitense poiché esse sono sempre state, direttamente o indirettamente, in comunicazione. In tale capitolo viene data particolare importanza alle violazioni in *Internet* ed ai nuovi rimedi previsti in tali ordinamenti: è stato in particolare esaminato il mezzo più efficace di violazione del diritto d'autore, ossia il *file sharing*.

La parte centrale del presente lavoro è stata però dedicata agli operatori “*over the top*”, ossia agli operatori che forniscono servizi di distribuzione dei contenuti audiovisivi tramite connessioni a banda

larga, gli *Internet Provider*, la cui attività mette in discussione la protezione del diritto d'autore sia perché con essa si sono diffusi i modelli principali di distribuzione nel mercato dei video in rete, ovvero il *download* (scaricamento del *file* sul terminale dell'utente) lo *streaming* (fruizione e visualizzazione senza scaricamento), e più recentemente i servizi *cloud-based*; sia perché la loro attività ha fatto sorgere in dottrina e in giurisprudenza un forte dibattito circa la loro responsabilità in relazione agli illeciti commessi dai loro utenti. Con lo studio della normativa e della giurisprudenza italiana, comunitaria e degli USA si è cercato di ricostruire l'indirizzo seguito, nonché le più recenti prospettive, in tema di responsabilità sia civile che penale degli ISP.

La rivoluzione digitale ha cambiato radicalmente le modalità di violazione del diritto d'autore, richiedendo una tutela adeguata alle nuove tecnologie. La disciplina di questo diritto, infatti, deve oggi essere inquadrata in un "nuovo" bilanciamento tra libertà (di espressione, di comunicazione etc.) e proprietà. Ma "nuovo" non perché sono nuovi i diritti in gioco, ma perché nuovo è lo scenario tecnologico che li vede sempre più frequentemente in tensione.

Da qui la necessità di regole *ad hoc* per *Internet*, per assicurare l'effettività della tutela non solo del diritto d'autore, ma anche di diritti connessi e inediti che sono emersi negli ultimi anni.

Capitolo I

Genesi storica dei diritti sulle opere dell'ingegno

1.1 Nascita del *copyright* anglo-americano e del diritto d'autore continentale

Il diritto d'autore affonda le sue radici nell'Europa medievale del XV secolo. In confronto ad altri istituti è un diritto nato recentemente, anche se il suo sviluppo è stato strettamente connesso alla scrittura: l'esigenza della tutela di un'opera e del suo autore procedeva di pari passo con la possibilità di individuare con precisione il momento in cui l'opera dell'ingegno si cristallizzava in una forma scritta¹. La tradizione orale rendeva infatti del tutto impossibile identificare l'originale dell'opera, e di conseguenza del tutto inutile ogni regolamentazione. La scrittura, al contrario, fornisce per la prima volta il concetto di *opera compiuta* e, quindi, di *autore*; l'autore è *la sua opera* soltanto in senso lato, non c'è più quella fusione totale che legava indissolubilmente l'uno e l'altra².

Un radicale mutamento del concetto e della disciplina del diritto d'autore è stato prodotto dall'invenzione della stampa ad opera di Gutenberg, che ha provocato l'avvento di una produzione editoriale sempre più intensa. Questa innovazione tecnologica ha consentito, da un lato, una riproduzione automatica ed in forma seriale insieme con la creazione

¹ Cfr. Massimini A., *Cyberdiritto. Il diritto d'autore dell'era di Internet*, Edizione Simone, Napoli, 1999, pag. 5.

² *Ibid.*

delle prime possibilità di guadagno sulla vendita delle opere, ma, dall'altro lato, lo sviluppo degli opposti interessi di falsari e plagari³.

In particolare i sovrani europei, dopo aver in un primo momento favorito la diffusione della nuova tecnologia, incentivando l'insediamento delle prime botteghe di maestri stampatori con l'attribuzione di privilegi commerciali, cominciarono ad avvertire la necessità di porre un freno allo sviluppo indiscriminato di un'attività che consente alle idee di circolare senza controllo⁴.

Il sistema dell'editoria britannica era, infatti, caratterizzato dalla concessione di autorizzazioni o visti religiosi, detti, appunto, privilegi, che permettevano ad un soggetto di avviare a stampa una determinata opera. Una volta ottenuta questa autorizzazione, si poneva la questione della c.d. esclusiva, e cioè della possibilità che altri soggetti, nello stesso momento, avviassero la stampa della medesima opera. In questo contesto i Tudors emanarono nel 1557 la *Stationer's Charter* che attribuiva alla *Stationer's Company*, istituita all'interno della città di Londra, il potere centralizzato di sopprimere i libri proibiti. Con la registrazione negli appositi libri della *Company*, il singolo editore autorizzato finiva, di fatto, per conseguire un monopolio di durata indeterminata sulla pubblicazione del libro registrato⁵. Col tempo si elaborarono regole sempre più sofisticate, ma va sottolineato che non veniva riconosciuto alcun diritto al creatore dell'opera: l'autore vendeva la propria opera all'editore e quest'ultimo, che provvedeva alla pubblicazione, era l'unico a lucrare dalla stampa dei libri.

³ Sica S., Zeno-Zencovich V., *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, CEDAM, 2007, pag. 254.

⁴ Cfr. Pascuzzi G., Caso R., *I diritti sulle opere digitali: copyright statunitense e diritto d'autore italiano*, Padova, CEDAM, 2002, pag. 45-46.

⁵ *Ibid.*, pag. 53.

Nell'esperienza degli ordinamenti di *Civil Law* la nozione di diritto d'autore trova, invece, origine nella Francia dell'*Ancien Règime*. Qui il controllo sull'editoria non era ancora centralizzato, bensì esercitato frammentariamente a livello locale, in particolare dall'Università di Parigi e dalla facoltà di Teologia della Sorbona. Anche qui, allo stesso tempo, troviamo il sistema dei privilegi, rilasciati dal *Parlement* di Parigi. Nella legislazione previgente alla Rivoluzione Francese, e più precisamente fra il 1563 ed il 1566, con l'editto di Nantes e l'ordinanza di Moulins, il sovrano avocava definitivamente a sé il potere di autorizzare la stampa dei libri con il Gran Sigillo di Cancelleria e la concessione al richiedente di un privilegio sulla stampa dell'opera vagliata dalla censura, estendendo le sue prerogative anche alle opere a carattere religioso⁶. Questo sistema di controllo preventivo venne poi perfezionato nel 1624 con l'istituzione di una commissione di censura di nomina regia, i cui componenti erano scelti dal sovrano fra i dottori laici della facoltà di lettere di Parigi.

È evidente come il contesto istituzionale dei due paesi, nel quale si evolveva l'attività editoriale, era profondamente diverso. Al di là della Manica rimaneva stabile la delega rilasciata dalla Corona alla *Stationers' Company*, per cui i poteri disciplinari erano esercitati dalle categorie produttive interessate, più vicine alle logiche mercantili, creando così le condizioni affinché le regole di dettaglio, attraverso le quali questo organo corporativo autodisciplinava la produzione libraria, potessero conformarsi in modo del tutto autonomo rispetto al *common law* e senza una disciplina generale emanata a livello centrale. In questo modo, le annotazioni contenute nel *Register* del consesso londinese diventarono l'autorità a cui fare riferimento per la risoluzione di conflitti in merito

⁶ *Ibid.*, pag. 54.

alla titolarità del monopolio di stampare una determinata opera, divenendo così giudici del loro stesso operato.

Sull'altra sponda della Manica, al contrario, il contesto era frammentario e non riconducibile a principi uniformi, espressione della discrezionalità del sovrano, il quale rilasciava privilegi revocabili in ogni tempo e seguendo le contingenze e le convenienze politiche del momento, stentando ad esprimere regole stabili, applicabili uniformemente sul territorio. Ciò provocò l'affermarsi di un escamotage in via consuetudinaria, che prese il nome di *Permissions Tacites*, con il quale si consentiva la registrazione delle opere presso la camera sindacale degli stampatori di Parigi, senza però che venisse impresso il visto sull'esemplare registrato.

Questa situazione non durò a lungo.

L'evento che ha contribuito a modificare in modo decisivo i destini economici dell'autore è stata la diffusione di uno scritto pubblicato nel 1690: i "Due trattati sul governo" di John Locke. La giurisprudenza inglese dopo la metà del XVII secolo e Locke possono essere considerati forse i primi ad aver utilizzato il termine "proprietà" in relazione alle opere letterarie⁷. In tale opera veniva, infatti, formulata per la prima volta la c.d. teoria del lavoro e della proprietà privata, secondo cui l'individuo, unico proprietario di se stesso, vantava un diritto di proprietà sui frutti del proprio lavoro, che non consisteva più, dunque, in una concessione da parte dello Stato; da questa idea di "*property*" iniziava a declinarsi un concetto di proprietà in senso personalistico, capace di offrire un solido fondamento anche al diritto dell'autore sull'opera, quale frutto del suo lavoro intellettuale.

⁷ Moscati L., *Il Code Civil e il destino della proprietà intellettuale in Europa*, in *Rivista di diritto civile*, vol. 54, fasc. 4, 2008, cit. pag. 429.

Inoltre, il pensiero filosofico inglese si sviluppava in un'epoca in cui si riscontravano radicali modifiche sociali, come la nascita della borghesia, che determinò la diffusione della cultura e l'aumento esponenziale della vendita di libri.

Ed è proprio in questo periodo storico, connotato dalle citate modifiche sociali e dalle teorie lockiane, che inizia a sentirsi la necessità di tutelare legislativamente le opere letterarie ed artistiche, con particolare attenzione alle due principali esigenze del diritto d'autore: il riconoscimento dei diritti di natura patrimoniale e morale agli autori; la difesa degli stessi dalle utilizzazioni illecite delle loro creazioni. Se infatti in una precedente fase storica veniva accordata protezione esclusivamente al libro, al “*corpus mechanicum*”, e non all'idea, al contenuto dell'opera prodotto dall'ingegno, ovvero il “*corpus mysticum*”, in questa fase storica queste entità si riconducono a due categorie di diritti segnate, l'una dall'immaterialità, l'altra dalla materialità: diritti morali e patrimoniali. Il diritto morale, inalienabile e indivisibile spettante all'autore si concreta nella possibilità di rivendicare la paternità e l'integrità dell'opera. Il diritto patrimoniale, che era, invece, divisibile ed alienabile, era altrettanto garantito⁸.

In particolare, nell'esperienza inglese, la Camera dei Comuni, nel 1695, sottrasse il monopolio alla *Stationers' Company*, facendo così venire meno la legittimazione di questo organo a porre in essere un sistema di regole in grado di proteggere i monopoli commerciali fondati sui tradizionali privilegi concessi della Monarchia, e facendo sorgere la necessità per il Parlamento di intervenire normativamente per ristabilire l'ordine in un mercato ormai in assenza di regole. Il 5 aprile 1710 la regina Anna d'Inghilterra emanava lo *Statute of Anne*, il quale però aveva tutt'altro tenore rispetto all'impostazione lockiana. Anche se sono

⁸ Massimini A., *Cyberdiritto. Il diritto d'autore dell'era di Internet*, cit. pag. 7.

state tenute in considerazione alcune istanze, come il limite temporale di tale proprietà, l'autore non è ancora considerato proprietario dell'opera, poiché ad esso viene attribuito, al pari di altri destinatari come lo stampatore o l'editore, un diritto esclusivo su quest'ultima. Al riguardo, nel periodo immediatamente successivo, sono venute a galla tutte le contraddizioni e le lacune della disciplina: è iniziato così un periodo definito “*The battle of booksellers*” in cui è stata fondamentale l'interpretazione, complessa e mediata, della *House of Lord*, portata a compimento ben sessant'anni dopo l'entrata in vigore della legge⁹.

In Francia invece è avvenuto il contrario: pur iniziando ad arrivare ed a diffondersi le idee di Oltremania, circa la necessità di riconoscere i diritti dell'autore, esse tuttavia rimanevano ancorate alla cornice istituzionale dell'*Ancient Régime*. Solo con la Rivoluzione queste idee poterono trovare espressione una volta per tutte. È importante ricordare che in Francia il tessuto istituzionale dove il conflitto politico-commerciale e le idee che lo alimentavano si sono sviluppate è ben diverso da quello inglese, perché, pur essendo anche qui tale conflitto incrementato dagli interessi economici degli editori della capitale, da un lato, e degli editori di provincia, dall'altro, il contesto è quello di un apparato burocratico all'interno di una monarchia assoluta, e come tale contrario alla concessione di un diritto del tutto sganciato dalla legittimazione illuminata del sovrano assoluto.

L'abolizione di tutti i privilegi è stata sancita dall'assemblea costituente rivoluzionaria fra il 4 e l'11 agosto del 1789; il 26 dello stesso mese la libertà di stampa è solennemente riconosciuta quale diritto inviolabile del cittadino; si apriva, infine, una fase legislativa che portò alla proclamazione del “*Droit d'Auteur*” ad opera del decreto illustrato da

⁹ Per approfondimenti sulla genesi e sull'interpretazione dello *Statute of Anne*, vedi Pascuzzi G., Caso R., *I diritti sulle opere digitali: copyright statunitense e diritto d'autore italiano*, pag. 71-103.

Joseph Lakanal all'Assemblea Nazionale del 1793¹⁰. Per riconoscere diritti agli autori sulle proprie opere, veniva sostituito l'istituto del privilegio con il concetto di proprietà: si teorizzava una “*propriété littéraire fruit du travail personnel*”, ma si aggiungeva anche “*perpétuel comme une terre, une maison*”¹¹. Questo tipo di proprietà, assimilabile a quello dei beni materiali, che avrebbe avuto durata perpetua sia per gli autori che per i loro eredi, era quel tipo di proprietà teorizzato dai filosofi francesi, su ispirazione delle idee lockiane. In realtà la legislazione del “*Droit Intermédiaire*” ha finito per riconoscere un tipo di proprietà “funzionale”¹², derivante da istanze illuministiche e non, quindi, espressione di una riflessione matura, bensì espressione delle esigenze economiche delle classi sociali predominanti. Gli autori si dovettero così accontentare – e fu moltissimo per l'epoca – del riconoscimento dei loro diritti di sfruttamento nella sfera del diritto di proprietà, con l'aggiunta della creazione di un nuovo tipo di proprietà: una proprietà particolare o, più specificamente, una proprietà “a termine”¹³, caratterizzata dal suo godimento esclusivo da parte dell'autore e quindi dalla sua essenza patrimoniale, nonché da un diritto ereditario dell'opera per dieci anni.

Tale legge è stata la base del diritto francese ed europeo in materia di diritto d'autore per tutto il XIX secolo e per la metà del XX.

Come già accennato, il passo tra l'ammettere l'esistenza di un legame proprietario tra autore e opera e l'ammettere la legittimazione dello

¹⁰ Cfr. Pascuzzi G., Caso R., *I diritti sulle opere digitali: copyright statunitense e diritto d'autore italiano*, pag. 113.

¹¹ Moscati L., *Il Code Civil e il destino della proprietà intellettuale in Europa*, in *Rivista di diritto civile*, vol. 54, fasc. 4, 2008, cit. pag. 431.

¹² Viene così definita da Paolo Spada, in Spada P., *La proprietà intellettuale tra "reale" e "virtuale": un guado difficile*, in *Diritto dell'Internet*, vol. 3/5, 2007, pag. 437-440.

¹³ Così Moscati L., *Il Code Civil e il destino della proprietà intellettuale in Europa*, cit. pag. 432.

stesso autore a proteggere tutta una serie di interessi meritevoli di tutela a carattere non patrimoniale è stato breve e frutto di una teoria proprietaria di origine tanto francese quanto tedesca¹⁴.

La nascita del diritto d'autore moderno, con l'emanazione delle leggi di cui si è fatto cenno, ha segnato una separazione, che ha caratterizzato l'Europa agli inizi del XIX secolo, in due modelli di riferimento: quello francese e quello inglese. Il primo influenzerà la legislazione in materia dell'Europa continentale, l'altro invece verrà rielaborato dall'esperienza statunitense.

In particolare il *copyright* statunitense, oltre che nelle norme federali, introdotte a partire dal 1790, trova ormai da più di due secoli un espresso riconoscimento in una norma di rango costituzionale.

Il 10 marzo del 1783 il Congresso degli stati confederati, nati dalle ceneri del New England, riunito a Philadelphia, ha incaricato un comitato di esperti di studiare “*the most proper means of cherishing genius and useful arts through the United States by securing to the authors or publisher of new book their property in such works*”¹⁵. Su parere favorevole del comitato, il Congresso ha poi emanato una raccomandazione non vincolante rivolta ai singoli Stati nella quale si auspicava la protezione in via legislativa del *copyright* sui libri e che ha avuto successo sul piano applicativo. Le legislazioni emanate in questo senso lasciarono un importante segno nel breve periodo in cui furono vigenti, prima dell'emanazione della prima legge federale sul *copyright*, il *Federal Copyright Act* del 1790. La maggior parte di questi testi è stata frutto delle richieste proprie degli autori, spesso editori delle

¹⁴ Per l'analisi delle diverse teorie sul *droit moral* si rinvia a Pascuzzi G., Caso R., *I diritti sulle opere digitali: copyright statunitense e diritto d'autore italiano*, Padova, CEDAM, 2002, pag. 124-133.

¹⁵ Pascuzzi G., Caso R., *I diritti sulle opere digitali: copyright statunitense e diritto d'autore italiano*, cit. pag. 142.

proprie opere, e ascoltate dalle neo-assemblee legislative del nuovo continente; qui l'autore, infatti, ha sempre lottato da solo e per sé stesso per vedere tutelata e remunerata la sua fatica creativa. E' chiaro il differente contesto in cui matura la legislazione degli Stati Uniti rispetto a quella in cui viene emanato lo “*Statute of Anne*”, e ciò porterà ad una importante innovazione: come già sottolineato, i fautori di queste richieste e di queste azioni erano coloro strettamente interessati a tale tutela, ed infatti nei testi emanati dalle assemblee, il *copyright* è sempre garantito ai soli autori, potendo essi vantare le proprie prerogative nei confronti di chiunque, anche nei confronti degli editori. E ciò verrà recepito anche a livello federale. In tale contesto, inoltre, gli autori si sono semplicemente preoccupati di garantire a sé stessi una remunerazione della loro attività, assicurandosi allo stesso tempo la possibilità di reprimere lo sfruttamento non autorizzato dell'opera, ma senza la necessità di godere di un diritto perpetuo. La maggior parte dei testi emessi dai legislatori statali si è accompagnata pertanto ad una disciplina di promozione e sviluppo anche della conoscenza, della cultura, a beneficio della società, concedendo agli autori un tempo limitato di un monopolio sullo sfruttamento economico dell'opera.

Alla vigilia dell'avvio dei lavori che avrebbero condotto all'inserimento della *Intellectual Property Clause* nella Costituzione federale, ancora il diritto d'autore non era concepito in modo univoco: da una parte alcuni legislatori nazionali tentarono di predisporre all'interno del medesimo schema legislativo le future discipline del *patent* e del *copyright*, ma si resero conto che, per quanto diritti esclusivi degli autori e degli inventori fossero espressione della medesima finalità costituzionale, diverse erano le modalità attraverso le quali accertare l'oggetto dei diritti; dall'altra rimangono evidenti le due anime della tutela autoriale, quella di diritto in capo all'autore all'atto della creazione dell'opera e quella di una limitazione temporale (14 anni, poi estesi a 28 nel 1831,

successivi alla data di pubblicazione dell'opera), a favore del resto dei consociati.

La legge del 1790 ha però riproposto molte regole note allo “*Statute of Anne*”. In primo luogo, l'apparato sanzionatorio in caso di violazione del *copyright*, consistente nella distruzione delle copie piratate nonché nella pena dell'ammenda comminata al trasgressore; in secondo luogo, l'efficace rimedio in grado di tutelare le prospettive di guadagno e reprimere la contraffazione delle opere nel modo più semplice ed efficace possibile e cioè il meccanismo della registrazione.

È a questo punto evidente come il modello adottato nei paesi anglosassoni sia contraddistinto da un netto pragmatismo, mentre, al contrario, il modello franco-tedesco sia improntato su concezioni giusnaturalistiche. Pur avendo quest'ultimo influenzato la disciplina del diritto d'autore negli ordinamenti continentali, all'interno di essi è però possibile un'ulteriore dicotomia.

Il sistema tedesco, infatti, ha recepito la teoria monista del diritto d'autore, in base alla quale non esiste una tutela del diritto patrimoniale d'autore disgiunta dal diritto morale, a differenza del sistema francese che, invece, ha recepito la teoria pluralista a giudizio della quale gli interessi economici dell'autore sono protetti da diritti patrimoniali, per loro natura alienabili a terzi ed hanno una limitata durata nel tempo¹⁶.

Prescindendo dalle normative degli stati preunitari, la moderna disciplina del diritto d'autore italiano è apparsa e si è sviluppata dopo la formazione del Regno d'Italia. La legge speciale del 25 giugno 1865, n. 2337, opera della Commissione di unificazione legislativa nominata dopo la proclamazione del Regno, ha poi trovato espresso richiamo all'interno del Codice civile del 1865, nel titolo II del libro II rubricato

¹⁶ Cfr. Sica S., Zeno-Zencovich V., *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, CEDAM, 2007, pag. 257.

“Della proprietà”, dove, all'art. 437, si disponeva: “le produzioni dell'ingegno appartengono ai loro autori secondo le norme stabilite dalle leggi speciali”¹⁷. Alla legge n. 2337/1865 ha seguito una nuova normativa solo nel 1925 (adottata con R.D. del 7 novembre 1925, n. 1950 conv. con L. 18 marzo 1926, n. 562), sostituita a sua volta quindici anni dopo con la L. 22 aprile 1941, n. 633, ancora oggi in vigore seppur con numerose modifiche via via introdotte. Già con la legge del 1925 l'ordinamento italiano recepisce il modello latino-germanico, delineato dalle leggi post-rivoluzionarie francesi e già diffuso, come accennato, nell'ordinamento tedesco, poiché individua il fatto costitutivo del diritto d'autore nel puro e semplice fatto della creazione dell'opera e non dalla sua estrinsecazione, prescindendo del tutto da una pubblicazione o particolari formalità costitutive¹⁸.

Il concetto di diritto d'autore, a cavallo tra il 1925 e il 1941, non presenta più il carattere proprietario che invece ritrovavamo nella precedente disciplina; tale carattere verrà successivamente recuperato, a partire dalla legge sul diritto d'autore del 1941, facendo però sorgere alcune problematiche attinenti alla sua natura ed al suo fondamento¹⁹.

¹⁷ Sulla disciplina italiana del diritto d'autore si rinvia a Ammendola M., voce *Diritto d'autore (diritto materiale)*, in *Dig. disc. priv.*, vol. IV, UTET, Torino, 1989; De Sanctis, voce *Autore (diritto di)*, *Aggiornamento*, in *Enc. Dir.*, 1998; Ubertazzi L. C., voce *Diritto d'autore*, in *Dig. disc. priv.*, vol. IV, UTET, Torino, 1989.

¹⁸ Cfr. Ammendola M., voce *Diritto d'autore (diritto materiale)*, in *Dig. disc. priv.*, vol. IV, UTET, Torino, 1989, pag. 369;

¹⁹ Per approfondimenti sul tema, si rinvia al Capitolo II del presente lavoro.

1.2. I diversi modelli di disciplina del diritto d'autore a confronto

A voler schematizzare le principali differenze tra il modello di *common law* e quello franco-germanico, si può osservare che nel primo, il diritto d'autore è riconosciuto solo se sono adempiute determinate formalità e la tutela è prevalentemente indirizzata verso gli interessi personali degli autori e degli artisti, con esclusione del diritto morale e lasciando ampio spazio alle utilizzazioni libere (in particolare il *fair use*); nel secondo, invece, il diritto d'autore sorge automaticamente con la creazione dell'opera, senza necessità di alcun ulteriore adempimento e senza che la protezione sia subordinata ad alcuna formalità costitutiva, di conseguenza non concepisce che i diritti patrimoniali possano sorgere originariamente in capo a soggetti diversi dell'autore, dilatando anche la tutela dei diritti morali degli autori, e le utilizzazioni libere, infine, degradano a mere eccezioni²⁰.

Più in particolare, il *Droit d'Auteur*, contrariamente al *copyright*, ha natura dichiarativa, poiché nel momento in cui l'opera viene pubblicata, vi è un mero riconoscimento in capo all'autore di un diritto che è innato e preesistente, con l'obiettivo di assicurare a lui ed ai propri eredi un vantaggio economico per un tempo limitato. E ciò è confermato dal fatto che, come già accennato e diversamente dal modello di *common law*, in cui la configurazione del diritto è subordinata all'adempimento di alcune formalità, nel modello del diritto d'autore francese è sufficiente la mera creazione dell'opera per riconoscere la sussistenza di una proprietà

²⁰ Cfr. Ammendola M., voce *Diritto d'autore (diritto materiale)*, in *Dig. disc. priv.*, vol. IV, UTET, Torino, 1989, pag. 368.

autoriale: la creazione infatti rappresenta il “fatto costitutivo dei diritti dell'autore”²¹.

Ed ancora, la disciplina del *copyright* in cui il dominio pubblico della conoscenza si afferma quale “regola”, mentre la privata è “eccezione” sia al momento della creazione, sia nel momento in cui il diritto cessa poiché è decorso il termine, ed interviene per garantire un incentivo all'autore e la diffusione dell'opera, è profondamente diversa da quella del diritto d'autore francese, disciplina che, invece, storicamente mossa da concezioni giusnaturalistiche, si basa sull'idea che l'autore sia titolare di diritti innati sulla propria opera, giustificando in tal modo il riconoscimento del vincolo di esclusiva sull'opera quale ricompensa per il passaggio della stessa dall'intimità della sfera autoriale alla più ampia prospettiva della diffusione al pubblico.

Una parte della dottrina ritiene che tali differenze di contesto storico, di contenuto normativo e di tutela del diritto d'autore presenti nei due modelli tipici, quello euro-continentale e quello anglosassone, abbiano fortemente influenzato anche il c.d. diritto secondario d'autore²². Il diritto secondario d'autore consisterebbe nella disciplina di quelle relazioni negoziali che hanno ad oggetto interessi più generali, come quello alla diffusione della cultura, all'incentivazione e al progresso, alle arti e alle tecnologie, alla protezione della libertà di espressione e della libertà di iniziativa economica, la cui disciplina assume una connotazione diversa a seconda dei principi ritenuti prevalenti in una data comunità statale e in un determinato periodo storico.

²¹ Così Ubertazzi L. C., voce *Diritto d'autore*, in *Dig. disc. priv.*, vol. IV, UTET, Torino, 1989.

²² Cfr. Cogo A., *I contratti di diritto d'autore nell'era digitale*, in *Quaderni di AIDA* n. 20, Torino, Giappichelli Editore, pag. 22 e seg.

Per essere più chiari, nei sistemi euro-continentali l'opinione tradizionale e ancor oggi maggioritaria individua il fondamento costituzionale di questi diritti nella loro componente patrimoniale e morale rispettivamente, nella tutela della proprietà e del lavoro e nella tutela della personalità. Dall'inizio del XVIII secolo in poi si è sempre fatto ricorso allo schema proprietario che, nonostante i suoi limiti, non è stato sostituito, pur rappresentando una “finzione”²³, non è stata trovata, infatti, una tecnica di tutela alternativa in nessun altro paese.

Il *Droit Intermédiaire* aveva posto forti limiti alla proprietà letteraria: lo schema proprietario, fondato sulla pienezza e sull'assolutezza nonché sulla materialità del diritto, aveva escluso la proprietà letteraria da un riconoscimento all'interno del *Code Napoléon*. Nel corso dei decenni successivi, tale problematica ha impegnato tanto il legislatore francese, nell'intento di predisporre una disciplina organica, quanto la dottrina francese, che si divideva tra diverse letture possibili dello stesso art. 544 del *Code Civil*²⁴ ai fini di poter inserire anche la tutela di una “*propriété incorporelle*” come quella letteraria, cercando di superare la visione prevalente di proprietà come godimento pieno ed esclusivo per inserirne una nuova, di proprietà individuale come remunerazione in vista di un interesse generale, od addirittura attraverso la configurazione di una soluzione diversa da quella proprietaria, come l’“*usufruit*”²⁵. In tutte le diverse ricostruzioni, però, vi sono anche degli elementi che le accomunano, come il fatto che i diritti spettanti alla persona dell'autore

²³ Così definito da Moscati L., *Il Code Civil e il destino della proprietà intellettuale in Europa*, cit. pag. 433.

²⁴ L'art. 544 del *Code Civil* recitava: “La proprietà è il diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta, purché non se ne faccia un uso proibito dalle leggi e dai regolamenti”.

²⁵ Per un'analisi dettagliata delle diverse correnti dottrinali francesi vedi Moscati L., *Il Code Civil e il destino della proprietà intellettuale in Europa*, cit. pag. 434 e seg.

vengano comunque configurati come una sorta di diritto morale, unico diritto perpetuo e intoccabile rispetto alla stessa proprietà materiale.

Nei sistemi euro-continentali, pertanto, la loro funzione principale era quella di proteggere interessi meramente individuali dell'autore, e precisamente il controllo sull'utilizzazione dell'opera e la remunerazione del suo lavoro intellettuale, nonché la tutela della personalità come estrinsecata nell'opera. In questa costruzione trova tuttavia considerazione anche la tutela dell'interesse dell'impresa culturale alla remunerazione degli investimenti diretti a finanziare la creazione di prodotti culturali ed a diffonderli presso il pubblico. E ciò non solo in via immediata attraverso il riconoscimento di diritti connessi, ma anche e soprattutto in via mediata con l'affermazione della libertà degli autori e degli artisti di affidare all'impresa l'esclusiva ad essi originariamente attribuita²⁶.

Come già sottolineato, il diritto anglosassone muove da premesse in parte diverse. Il *copyright* è infatti tradizionalmente un limite alla libertà d'iniziativa economica, giustificato dalla necessità di stimolare attività ritenute d'interesse generale. E più precisamente come uno strumento che offre la possibilità di recuperare gli investimenti effettuati per la produzione e disseminazione di opere nuove attraverso la privatizzazione temporanea di un bene di per sé pubblico²⁷. Si tratta dunque di un diritto con fondamento giuspositivo anziché giusnaturalistico, la cui finalità primaria è quella di promuovere e tutelare anche quegli interessi secondari di cui poc'anzi si parlava, e non di remunerare il lavoro dell'autore in sé per sé, come avviene, invece,

²⁶ Cfr. Cogo A., *I contratti di diritto d'autore nell'era digitale*, in Quaderni di AIDA n. 20, Torino, Giappichelli Editore, pag. 25-26;

²⁷ *Ibid.*, pag. 27.

nell'altro sistema²⁸. L'interesse generale occupa quindi una posizione preminente su quelli individuali, sicché la tutela di questi ultimi è strumentale al conseguimento del primo, infatti qui la problematica più importante è bilanciare questi due diversi interessi, quello del progresso culturale con la predisposizione di incentivi, e quello di non ostacolare la libertà di manifestazione del pensiero, che è posta in pericolo proprio dagli incentivi ora detti. Tuttora (ma sempre meno) le utilizzazioni libere sono regolate nel diritto americano da una clausola generale, i cui limiti applicativi si basano proprio su questo meccanismo di bilanciamento in concreto tra interessi generali e individuali; ed anche nel diritto inglese l'elenco dei “*fair dealings*” non era sottoposto a quei criteri rigidi e restrittivi propri dei sistemi euro-continentali ed ora apparentemente accolto dal diritto comunitario²⁹. E tutto ciò è confermato dal fatto che il diritto anglosassone non accorda netta preferenza agli interessi dei creativi rispetto quelli dell'impresa culturale, la quale gioca un ruolo niente affatto secondario nel meccanismo che l'ordinamento intende innescare con il riconoscimento dell'esclusiva, poiché le compete finanziare la disseminazione delle opere ed assumere i rischi economici che questa attività comporta, funzione questa da incentivarsi tanto con il riconoscimento di diritti esclusivi propri (*copyrights*), quanto con la predisposizione di strumenti che agevolino l'acquisizione dei diritti sui contenuti e la trasformazione di questi ultimi in prodotti culturali pronti alla diffusione. Di qui la conseguenza che le restrizioni alla circolazione

²⁸ In particolare nello Statuto di Anna il titolo attributivo del *copyright* non era la creazione ed estrinsecazione dell'opera, bensì il suo sfruttamento economico che comportava l'adempimento di determinate formalità, soppresse solo dopo la revisione di Berlino della Convenzione di Berna e per effetto del *Copyright Act* del 1911.

²⁹ Per un breve excursus sulla normativa comunitaria in tema di diritto d'autore vedi il paragrafo 1.3 del presente capitolo.

dei diritti finalizzate a proteggere il patrimonio e la personalità dell'autore sono per lo più estranee a questa tradizione.

Non è un caso infatti che il primo limite alla libertà di disporre del diritto è stato riconosciuto alla fine del XIX secolo proprio nei sistemi euro-continentali, come abbiamo già accennato: il riconoscimento dei diritti morali agli autori. Tale limite è stato poi recepito anche nei paesi anglosassoni³⁰ in virtù degli obblighi imposti dalle convenzioni internazionali³¹.

Analizziamo prima di tutto la diversa sensibilità dei due modelli in analisi sul piano della tutela di tale diritto. Negli ordinamenti continentali il riconoscimento a favore di tutti gli autori – e dunque a prescindere dal tipo di opera e dal fatto che sia stata realizzata in adempimento di un contratto di lavoro autonomo o subordinato – di un catalogo ampio di facoltà morali, che comprende non solo la tutela della paternità e dell'integrità dell'opera, ma talora anche il diritto di (prima) pubblicazione e facoltà di ritiro dell'opera dal commercio³². Nel diritto

³⁰ Nel Regno Unito l'introduzione dei diritti morali è avvenuta con il Copyright Designs and Patents Act nel 1988 (artt. 77 e seg.); negli Usa con il *Visual Artist Rights Act* del 1990.

³¹ Più precisamente dall'art. 6 bis della Convenzione di Berna, il quale recita: “1) Indipendentemente dai diritti patrimoniali d'autore, ed anche dopo la cessione di detti diritti, l'autore conserva il diritto di rivendicare la paternità dell'opera e di opporsi ad ogni deformazione, mutilazione od altra modificazione, come anche ad ogni altro atto a danno dell'opera stessa, che rechi pregiudizio al suo onore od alla sua reputazione. 2) I diritti riconosciuti all'autore in forza dell'alinea precedente sono, dopo la sua morte, mantenuti almeno fino all'estinzione dei diritti patrimoniali ed esercitati dalle persone o istituzioni a tal fine legittimate dalla legislazione nazionale del Paese in cui la protezione è richiesta. Tuttavia, i Paesi la cui legislazione, in vigore al momento della ratifica del presente Atto o dell'adesione ad esso, non contiene disposizioni assicuranti la protezione, dopo la morte dell'autore, di tutti i diritti a lui riconosciuti in forza dell'alinea precedente, hanno la facoltà di stabilire che taluni di questi diritti non siano mantenuti dopo la morte dell'autore. 3) I mezzi di ricorso per la tutela dei diritti di cui al presente articolo sono regolati dalla legislazione del Paese dove la protezione è richiesta”; e dall'art. 5 WPPT il quale ricalca quanto sancito dalla Convenzione di Berna.

³² Per la rassegna delle differenze, anche notevoli, tra i vari ordinamenti di civil law in ordine al riconoscimento o meno anche di un diritto di prima pubblicazione vedi

anglosassone assai significativo in questo senso è l'art. 87 CDPA³³. Dispone infatti che il consenso dell'autore priva d'illiceità qualsiasi utilizzazione dell'opera, nonché riconosce all'autore il potere di rinunciare ai propri diritti sia su opere già realizzate sia su opere future senza la necessità che esse siano specificamente individuate, imponendo la forma scritta, ma ammettendo anche una rinuncia tacita nel caso in cui derivi dall'applicazione generale dei contratti. Tanta libertà quasi da far perdere di significato l'attribuzione dello stesso diritto morale. Già nello *US Copyright* questa libertà è mitigata, l'art. 101 ammette rinunce soltanto limitate nel contenuto e riferite ad opere determinate³⁴.

L'aspetto che maggiormente separa il modello euro-continentale da quello anglosassone è la rinunciabilità dei diritti morali, ammessa nel *copyright* ed invece esclusa in principio nel diritto d'autore. La differenza rileva in particolar modo per quanto riguarda il *modus operandi* dei diritti morali ed al loro atteggiarsi come diritti disponibili

Cogo A., *I contratti di diritto d'autore nell'era digitale*, in Quaderni di AIDA n. 20, Torino, Giappichelli Editore, pag. 33 nota 86.

³³ L'art. 87 del CDPA è inserito all'interno del Capitolo IV dedicato ai diritti morali e dispone: "(1) *It is not an infringement of any of the rights conferred by this Chapter to do any act to which the person entitled to the right has consented.* (2) *Any of those rights may be waived by instrument in writing signed by the person giving up the right.* (3) *A waiver-- (a) may relate to a specific work, to works of a specified description or to works generally, and may relate to existing or future works, and (b) may be conditional or unconditional and may be expressed to be subject to revocation; and if made in favour of the owner or prospective owner of the copyright in the work or works to which it relates, it shall be presumed to extend to his licensees and successors in title unless a contrary intention is expressed.* (4) *Nothing in this Chapter shall be construed as excluding the operation of the general law of contract or estoppel in relation to an informal waiver or other transaction in relation to any of the rights mentioned in subsection.*"

³⁴ L'art. 101 Del Copyright Act dispone: "*A "transfer of copyright ownership" is an assignment, mortgage, exclusive license, or any other conveyance, alienation, or hypothecation of a copyright or of any of the exclusive rights comprised in a copyright, whether or not it is limited in time or place of effect, but not including a nonexclusive license.*"

al pari di ogni diritto patrimoniale. In Francia³⁵ come in Italia³⁶ la legge prevede l'inalienabilità dei diritti morali espressamente riconosciuti e tutelati; in questi ordinamenti è indubbio che l'inalienabilità consista nel divieto di trasferire ad un terzo le facoltà morali, attesa la natura esclusiva e assoluta dei diritti in esame³⁷.

Concludendo, nei sistemi euro-continentali il rapporto tra autore e opera è molto complesso e parte della dottrina lo spiega utilizzando l'immagine del cordone ombelicale che non può essere mai interamente reciso³⁸. Lo schema è invece molto più semplice nei paesi anglosassoni, dove le parti sono libere di determinare il contenuto e gli effetti dei negozi che pongono in essere e le Corti devono rispettarne la volontà.

Queste profonde differenze hanno però necessitato di un'uniformazione quantomeno a livello internazionale, poiché il fragile equilibrio tra i due diversi sistemi si è alterato con l'avvento dell'epoca digitale-globale.

³⁵ L'art. 121-1 del *Code Propriété Intellectuelle* così dispone: “*L'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son oeuvre. Ce droit est attaché à sa personne. Il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible. Il est transmissible à cause de mort aux héritiers de l'auteur. L'exercice peut être conféré à un tiers en vertu de dispositions testamentaires.*”

³⁶ L'art. 142 l.d.a. recita: “L'autore, qualora concorrano gravi ragioni morali, ha diritto di ritirare l'opera dal commercio, salvo l'obbligo di indennizzare coloro che hanno acquistati i diritti di riprodurre, diffondere, eseguire, rappresentare o spacciare l'opera medesima. Questo diritto è personale e non è trasmissibile. Agli effetti dell'esercizio di questo diritto l'autore deve notificare il suo intendimento alle persone alle quali ha ceduto i diritti ed al Ministero della cultura popolare (1), il quale dà pubblica notizia dell'intendimento medesimo nelle forme stabilite dal regolamento. Entro il termine di un anno a decorrere dall'ultima data delle notifiche e pubblicazioni, gli interessati possono ricorrere all'Autorità giudiziaria per opporsi all'esercizio della pretesa dell'autore o per ottenere la liquidazione ed il risarcimento del danno.

³⁷ Cfr. Cogo A., *I contratti di diritto d'autore nell'era digitale*, in Quaderni di AIDA n. 20, Torino, Giappichelli Editore, pag. 40.

³⁸ *Ibid.* pag. 47.

1.3. Il diritto d'autore eurounitario e internazionale: cenni

Fin qui abbiamo illustrato e messo a confronto i modelli di disciplina del diritto d'autore scelti dagli ordinamenti giuridici occidentali tra '800 e '900, tenuto conto del periodo storico e delle caratteristiche del mercato dei prodotti e dei servizi culturali, dai quali ha avuto origine quella ormai nota distinzione tra diritto d'autore e *copyright*. Questi due modelli così diversi hanno potuto coesistere fino all'avvento dell'era globale-digitale alla fine del '900, che ha invece fatto sorgere la necessità di avvicinare sempre più i sistemi alla luce dell'avvento della globalizzazione e dell'abbattimento delle frontiere nazionali, nonché degli enormi cambiamenti portati dalle nuove tecnologie, in particolare da *Internet*.

In realtà, per le opere dell'ingegno, la vocazione transnazionale non è una caratteristica acquisita nell'era digitale; al contrario da sempre la musica ed anche la letteratura e poi il cinema non hanno conosciuto frontiere, se non quelle della censura e della repressione delle idee³⁹. Ma la rivoluzione tecnologico-digitale ha indotto gli Stati a stipulare accordi internazionali anche in materia di proprietà intellettuale, per creare un modello di riferimento coordinato e dai contenuti generali ed unitari.

Tra tali accordi internazionali meritano sicuramente cenno la Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie ed artistiche stipulata il 1886 da una decina di paesi (tra cui Italia, Francia, Regno Unito e Spagna, e ratificata soltanto un secolo dopo dagli Stati Uniti, nel 1989), considerata il più antico e tuttora il più importante dei trattati sul diritto d'autore. Questa convenzione elenca i diritti esclusivi che ciascuno Stato aderente deve necessariamente attribuire agli autori

³⁹ Ercolani S., *Il diritto d'autore e i diritti connessi, la legge n. 633/1941 dopo l'attuazione della direttiva n. 2001/29/CE*, Torino, Giappichelli, 2004, pag. 3.

dello stesso, specificando altresì quali limiti ed eccezioni tali diritti possano incontrare. In particolare, prevede i limiti minimi di durata del *copyright* a cinquant'anni decorrenti dalla morte dell'autore. Tra i principi fondamentali in essa sanciti possiamo menzionare: il principio del trattamento nazionale, secondo il quale in ciascuno Stato aderente all'Unione di Berna deve essere garantito lo stesso regime di protezione quanto ai diritti riconosciuti ed alle relative ed eventuali limitazioni, ovvero il principio del livello minimo dei diritti sancito agli artt. 8 e successivi, nonché il principio di territorialità della protezione, quest'ultima ritenuta automatica, assicurata cioè a prescindere dall'assolvimento di formalità costitutive del paese di origine⁴⁰.

Su un livello di protezione inferiore si situa la *Universal Copyright Convention* (UCC), firmata a Ginevra nel 1952 e rivista a Parigi nel 1971. La sua adozione risulta strettamente correlata all'iniziale rifiuto degli Stati Uniti di entrare nei Paesi Unionisti della Convenzione di Berna, a causa degli importanti cambiamenti nella propria legislazione sul *copyright* che la ratifica avrebbe richiesto.

Altra convenzione considerata di minore importanza è la Convenzione di Bruxelles relativa alla distribuzione di segnali portatori di programmi trasmessi via satellite, firmata il 21 maggio 1974. La convenzione impone agli Stati aderenti l'obbligo di porre ostacolo alla distribuzione di segnali relativi a programmi o emissioni originati o in transito via satellite, quando essi sono intercettati da soggetti non autorizzati.

Alla conclusione nel 1994 dell'*Uruguay Round*, con la creazione dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC), basata sul *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT), è stato stipulato un accordo speciale sulla proprietà intellettuale. Si tratta dell'accordo

⁴⁰ Cfr. Ercolani S., *Il diritto d'autore e i diritti connessi, la legge n. 633/1941 dopo l'attuazione della direttiva n. 2001/29/CE*, pag. 8 e seg.

TRIPs (*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*), che ha rappresentato per il diritto d'autore ed i diritti connessi un'evoluzione nel senso del *copyright*, inteso come regime differenziato rispetto al diritto d'autore europeo-continentale, perché ha introdotto una disciplina internazionale degli aspetti della Proprietà Intellettuale relativi al Commercio, ponendo al centro della tutela il prodotto e non la persona dell'autore⁴¹. Il testo finale dell'accordo punta principalmente a “*promuovere una protezione sufficiente ed efficace dei diritti di proprietà intellettuale nonché di fare in modo che le misure e le procedure intese a tutelare i diritti di proprietà intellettuale non diventino ostacoli ai legittimi scambi*”⁴². L'accordo ha infatti esteso i principi di territorialità e la sfera di applicazione del trattamento nazionale anche ad opere che non rientrano nella Convenzione di Berna, come le banche dati ed i programmi per elaboratore. Si parla di previsioni “Berne-plus”, ossia che vanno a migliorare lo *standard* di protezione originariamente fissato dalla Convenzione di cui sopra⁴³. Una disposizione di estrema importanza riguarda la classica *idea/expression dichotomy*: “*copyright protection shall extend to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such*”. La distinzione tra idea e forma espressiva sembra molto vicina a quella già da tempo fatta propria dal *Copyright Act* statunitense, ma si discosta, invece, dalla formulazione comunitaria⁴⁴. In conclusione, si tratta di un accordo molto importante sotto due profili: sotto il profilo della sua estensione, in quanto vi

⁴¹ *Ibid.*, pag. 17-18.

⁴² Così testualmente nel preambolo dei TRIPs.

⁴³ Cfr. Pascuzzi G., Caso R., *I diritti sulle opere digitali: copyright statunitense e diritto d'autore italiano*, Padova, CEDAM, 2002, pag. 202.

⁴⁴ *Ibid.*

aderiscono numerosi Stati, e sotto il profilo dei mezzi per far rispettare tali diritti in quanto è stato introdotto un sistema “*rule oriented*”, sulla base del quale, in caso di violazione da parte di uno Stato aderente degli *standard* in essa stabiliti, ciascun membro che vi abbia interesse può sottoporre la questione ad un *panel* in veste di collegio arbitrale.

Infine, ricordiamo il WCT (*Wipo Copyright Treaty*), firmato a Ginevra nel dicembre del 1998, oltre al WPPT (*Wipo Performances and Phonograms Treaty*), che si inseriscono nel sistema costruito dalla Convenzione di Berna. Il primo è definito come un accordo particolare tra stati *ex art. 20* della Convenzione⁴⁵, ed è frutto di un naturale processo di revisione della stessa nel contesto della necessità di garantire un repentino adeguamento delle normative nazionali allo sviluppo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione.

Ricostruire il panorama normativo internazionale in materia di diritto d'autore risulterebbe fortemente incompleto laddove non si considerasse l'apporto comunitario, la cui spinta propulsiva si è ripetutamente manifestata a partire dalla fine degli anni '80, ai fini di garantire, da un lato, l'armonizzazione delle legislazioni dei Paesi membri e, dall'altro, l'eliminazione delle barriere in grado di limitare la libera circolazione delle opere ed ostacolare un sistema economico fondato sul principio della libera concorrenza⁴⁶.

Innanzitutto, alcuni principi applicabili alla materia del diritto d'autore sono rinvenibili nel Trattato di Maastricht, istitutivo dell'UE, i quali

⁴⁵ L'art. 20 della CUB dispone: “I Governi dei Paesi dell'Unione si riservano il diritto di concludere tra loro accordi particolari, in quanto questi conferiscano agli autori diritti più estesi di quelli concessi dalla Convenzione, ovvero contengano altre stipulazioni che non siano in contrasto con la presente Convenzione. Rimangono applicabili le disposizioni degli accordi esistenti che soddisfino le condizioni precitate.”

⁴⁶ Cfr. Scialdone M., *I profili internazionali del diritto d'autore*, in rivista telematica www.altalex.com, pubblicato in data 06/10/2008 e visitato in data 28/05/2016.

hanno costituito la base per sentenze della Corte di giustizia o decisioni della Commissione europea, ed hanno motivato l'emanazione di direttive e regolamenti incidenti su essa. Tra essi, il principio di non discriminazione sancito all'art. 12, che va applicato anche ai diritti d'autore e sui diritti connessi, riconosciuti ai cittadini ed alle imprese degli Stati membri, nonché l'art. 49, sul quale è fondata la libertà della prestazione di servizi all'interno dell'Unione nonché l'art. 151 che riguarda la competenza dell'UE in materia culturale.

Gli interventi comunitari nel campo del diritto d'autore possono essere suddivisi in tre fasi⁴⁷: una iniziale, fino agli anni '80, nella quale prevalgono gli interventi giurisprudenziali ed amministrativi che hanno contribuito a mettere a fuoco quali principi del Trattato potessero essere immediatamente applicabili anche al settore della proprietà intellettuale, nella quale si inserisce il libro verde sul diritto d'autore; una seconda fase, che ha coinciso con gli anni '90, caratterizzata da un'intensiva attività normativa priva tuttavia di un'impronta unitaria, dove possiamo elencare alcune tra le direttive più importanti, come la 91/250/CEE, in materia di tutela giuridica del software, la 92/100/CEE, con cui sono stati introdotti nuovi diritti esclusivi (distribuzione, noleggio e prestito) a favore degli autori e dei titolari dei diritti connessi, ma anche un nuovo libro verde predisposto dalla Commissione nel 1995 sul tema "Il diritto d'autore e i diritti connessi nella Società dell'Informazione", nonché la decisione 98/253/CE adottata dal Consiglio, con cui si procedeva all'avvio ad un programma comunitario volto ad incentivare la realizzazione di una società consapevole delle nuove possibilità messe a disposizione dalle tecnologie; infine, la terza fase, in cui l'impegno di armonizzazione complessiva è più accentuato e nel quale viene adottata

⁴⁷ Così Ercolani S., *Il diritto d'autore e i diritti connessi, la legge n. 633/1941 dopo l'attuazione della direttiva n. 2001/29/CE*, pag. 47.

la direttiva 2001/29/CE che riveste particolare importanza. Quest'ultima mira a favorire lo sviluppo multimediale ed il consolidamento della posizione europea nella trasmissione digitale di contenuti.

Capitolo II

Il diritto d'autore e la rivoluzione digitale: disciplina, violazione e rimedi in una prospettiva comparatistica

2.1. La disciplina del diritto d'autore italiano e del *copyright* statunitense prima della rivoluzione digitale...

Le *opere dell'ingegno*, così definite dall'ordinamento italiano le opere letterarie ed artistiche per differenziarle dalle *invenzioni*⁴⁸, hanno una caratteristica che le distingue e contrappone ai beni materiali: esse possono essere riprodotte e quindi utilizzate anche senza disporre del bene nel quale sono originariamente incorporate e possono essere moltiplicate in un numero infinito di copie⁴⁹. La regolamentazione di tali opere è sicuramente un'operazione complessa, tanto a livello internazionale-comunitario quanto a livello nazionale, dove il problema principale è avere a che fare con nuovi concetti e nuove situazioni di difficile classificazione nate con l'avvento delle tecnologie e di nuovi mezzi di comunicazione. Pensiamo al c.d. *cyberspazio*⁵⁰, o ancora meglio al bene giuridico informatico, nuovo bene immateriale che emerge in una tradizione giuridica che da sempre tutela oggetti corporali visibili.

⁴⁸ Il titolo IX del codice civile è infatti intitolato: “*Dei diritti sulle opere dell'ingegno e sulle invenzioni industriali*”.

⁴⁹ Cfr. Sena G., voce *Opere dell'ingegno*, in *Dig. disc. priv.*, vol. X, UTET, Torino, 1994, pag. 356.

⁵⁰ Massimini A., *Cyberdiritto. Il diritto d'autore dell'era di Internet*, Edizione Simone, Napoli, 1999, pag. 10.

Ogni ordinamento ha sentito, pertanto, il bisogno di introdurre una speciale disciplina per le opere dell'ingegno, o anche beni immateriali, poiché a fianco della proprietà classica è sorta una proprietà intellettuale. È presupposto indispensabile, per capire le novità normative introdotte nella società dell'informazione, redigere un quadro generale della disciplina esistente all'inizio del XX secolo in Italia sul diritto d'autore e negli Stati Uniti sul *copyright*, due discipline da sempre, direttamente o indirettamente, in comunicazione⁵¹. Molti, infatti, i punti in comune anche se sono molte le differenze.

La legge italiana sul diritto d'autore tutela, infatti, “*le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro ed alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione*” (art. 1 l. 633/1941).

La legge appena citata, la n. 633 del 22 aprile 1941, intitolata “Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio” (d'ora in poi l.d.a.), è la principale fonte del diritto d'autore nell'ordinamento italiano, insieme con alcune norme del codice civile (artt. 2575-2583).

La Costituzione italiana, invece, non contiene alcun espresso richiamo al diritto d'autore, sebbene si ritenga che esso trovi implicita protezione in alcune disposizioni, come l'art. 2 sulla tutela della personalità dell'uomo, l'art. 4 sul progresso materiale e spirituale della società, l'art. 9 sulla promozione dello sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica, l'art. 21 sulla libertà di espressione, l'art. 33 sulla libertà dell'arte e della scienza e infine l'art. 35 che tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni. Non è facile però individuare i principi costituzionali che legittimino e allo stesso tempo garantiscano la costruzione attuale

⁵¹ Cfr. Pascuzzi G., Caso R., *I diritti sulle opere digitali: copyright statunitense e diritto d'autore italiano*, Padova, CEDAM, 2002, pag. 165.

del diritto patrimoniale degli autori come diritto esclusivo di sfruttamento dell'opera⁵². Una possibile soluzione potrebbe essere fare riferimento all'art. 42 della Costituzione. Una conferma in questo senso verrebbe dall'esperienza costituzionale della Repubblica federale di Germania, che ormai da tempo riconduce pacificamente i diritti (patrimoniali) degli autori alla tutela della proprietà *ex art. 14 GG*⁵³. Come in Germania le clausole costituzionali sulla proprietà privata sono sufficientemente ampie da ricomprendere anche le esclusive degli autori, così l'art. 42 Cost. legittima e garantisce il sistema attuale di attribuzione di un diritto esclusivo sull'opera dell'ingegno a determinati soggetti, in combinato disposto con l'art. 35 Cost. che riguarda invece il diverso piano dell'appartenenza di questi diritti all'autore dell'opera.

L'ordinamento italiano, tuttavia, non tutela ogni opera, ma solo quelle che presentano determinati elementi. In primo luogo l'opera deve avere carattere *creativo*. L'atto creativo costituisce l'unico modo di acquisto a titolo originario dell'opera, non essendo prescritta dalla legislazione italiana altra formalità (art. 6 l.d.a. e art. 2576 c.c.)⁵⁴. In particolare, non è possibile acquistare il diritto patrimoniale d'autore nei modi di acquisto a titolo originario previsti dal Codice civile (come ad esempio per occupazione, invenzione, usucapione, ecc.), non tanto per i motivi connessi all'esigenza di tutelare anche gli interessi patrimoniali dell'autore dell'opera, realizzata con il proprio lavoro, ma soprattutto perché tali modi di acquisto non possono trovare applicazione se non

⁵² Per approfondire le diverse teorie elaborate sul tema vedi Ubertazzi L. C., voce *Diritto d'autore*, in *Dig. disc. priv.*, vol. IV, UTET, Torino, 1989.

⁵³ Ubertazzi L. C., voce *Diritto d'autore*, in *Dig. disc. priv.*, cit. pag. 371.

⁵⁴ L'art. 6 l.d.a. dispone: “*Il titolo originario dell'acquisto del diritto di autore è costituito dalla creazione dell'opera, quale particolare espressione del lavoro intellettuale.*” e l'art. 2576 c.c. come aggiornato nel 2012 riporta la stessa disposizione.

avendo ad oggetto un bene materiale suscettibile di possesso esclusivo⁵⁵. È solo con la creazione, quindi, che il soggetto diviene titolare sia dei diritti patrimoniali sia dei diritti morali. Sono poi necessari ulteriori adempimenti di tipo formale, quali il deposito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri di un esemplare o copia dell'opera (art. 105 l.d.a.)⁵⁶, adempimento la cui mancata osservanza determina l'impossibilità per l'autore di esercitare i diritti di utilizzazione, anche se non vengono però pregiudicati l'acquisto e l'esercizio degli altri diritti (art. 106 l.d.a.)⁵⁷.

In secondo luogo, per la l.d.a., l'opera deve essere *nuova*. Si tratta di un elemento, quello della novità, che funge da discriminazione e da limitazione della fattispecie, tale da non far ricomprendere nel concetto di “opere dell'ingegno a carattere creativo” tutte le creazioni intellettuali frutto dell'ingegno dell'uomo, ma soltanto quelle che hanno un certo grado di originalità o creatività⁵⁸. Inoltre, si richiede anche che l'opera

⁵⁵ Cfr. Ammendola M., voce *Diritto d'autore (diritto materiale)*, in *Dig. disc. priv.*, vol. IV, UTET, Torino, 1989, pag. 373.

⁵⁶ L'art. 105 l.d.a. prevede: “*Gli autori e i produttori delle opere e dei prodotti protetti ai sensi di questa legge o i loro aventi causa devono depositare presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri un esemplare o copia dell'opera o del prodotto, nei termini e nelle forme stabilite dal regolamento. Qualora si tratti di opera drammatico-musicale o sinfonica di cui non sia stata stampata la partitura d'orchestra, basterà una copia o un esemplare della riduzione per canto e pianoforte o per pianoforte solo. Per i programmi per elaboratore la registrazione è facoltativa ed onerosa. Per le fotografie è escluso l'obbligo del deposito, salvo il disposto del secondo comma dell'art. 92.*”

⁵⁷ L'art. 106 l.d.a. sancisce: “*L'omissione del deposito non pregiudica l'acquisto e l'esercizio del diritto di autore sulle opere protette a termini delle disposizioni del Titolo I di questa legge e delle disposizioni delle convenzioni internazionali, salva, per le opere straniere, l'applicazione dell'art. 188 di questa legge. Il ministro per i beni e le attività culturali può far procedere al sequestro di un esemplare o di una copia dell'opera di cui fu omesso il deposito, nelle forme stabilite dal regolamento.*”

⁵⁸ Cfr. Sena G., voce *Opere dell'ingegno*, in *Dig. disc. priv.*, vol. X, UTET, Torino, 1994, pag. 360.

si concreti in una forma espressiva, vi sia cioè una estrinsecazione o exteriorizzazione dell'opera, così da costituire oggetto di diffusione, a prescindere dal mezzo utilizzato per portare all'esterno l'idea⁵⁹. Qui possiamo rinvenire una prima differenza con il *Copyright Act* statunitense del 1976: mentre la l.d.a. identifica nell'atto creativo l'unico presupposto per la nascita dei diritti d'autore (artt. 1 e 6), la normativa statunitense richiede altresì che il *work of authorship* sia fissato “*in any tangible medium of expression*”⁶⁰.

Inoltre, nel modello americano le formalità, pur non rappresentando più presupposti costitutivi, conservano un peso notevole: in particolare, la registrazione costituisce per le opere pubblicate negli Stati Uniti un presupposto imprescindibile per l'esperimento di un'azione per *infringement del copyright*⁶¹. Nel nostro sistema, invece, la registrazione delle opere depositate (in un apposito registro pubblico generale), quand'anche obbligatoria, non costituisce presupposto per l'acquisto del diritto, né per il suo esercizio, ma ha solamente, ancorché importanti, effetti sul piano probatorio-processuale. Grazie ad essa si determina infatti una presunzione (*iuris tantum*) di paternità (a favore del

⁵⁹ L'art. 1 l.d.a., infatti, dispone che le opere sono tutelate “*qualunque ne sia il modo o la forma di espressione*”.

⁶⁰ Così la sec. 101 dell'U.S.C.: “*Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device*”.

⁶¹ Così Pascuzzi G., Caso R., *I diritti sulle opere digitali: copyright statunitense e diritto d'autore italiano*, cit., pag. 174.

depositante), dell'esistenza dell'opera e della sua pubblicazione⁶² (art. 103 l.d.a.⁶³).

Infine, l'opera tutelata dalla l.d.a. deve appartenere all'*arte* o alla *cultura*, deve cioè rientrare in una delle categorie indicate nell'art. 1⁶⁴.

L'art. 2 l.d.a. contiene un'elencazione delle opere protette⁶⁵, che dottrina

⁶² Cfr. Ammendola M., voce *Diritto d'autore (diritto materiale)*, in *Dig. disc. priv.*, vol. IV, UTET, Torino, 1989, pag. 398.

⁶³ L'art. 103 l.d.a. Dispone che “...la registrazione fa fede, sino a prova contraria, della esistenza dell'opera e del fatto della sua pubblicazione. Gli autori e i produttori indicati nel registro sono reputati, sino a prova contraria, autori o produttori delle opere che sono loro attribuite”.

⁶⁴ L'art. 1 l.d.a., nella formulazione completa, dispone: “Sono protette ai sensi di questa legge le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro ed alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione. Sono altresì protetti i programmi per elaboratore come opere letterarie ai sensi della convenzione di Berna sulla protezione delle opere letterarie ed artistiche ratificata e resa esecutiva con legge 20 giugno 1978, n. 399, nonché le banche di dati che per la scelta o la disposizione del materiale costituiscono una creazione intellettuale dell'autore”.

⁶⁵ L'art. 2 l.d.a. così recita: “In particolare sono comprese nella protezione: 1) le opere letterarie, drammatiche, scientifiche, didattiche, religiose, tanto se in forma scritta quanto se orale; 2) le opere e le composizioni musicali, con o senza parole, le opere drammatico-musicali e le variazioni musicali costituenti di per sé opera originale; 3) le opere coreografiche e pantomimiche, delle quali sia fissata la traccia per iscritto o altrimenti; 4) le opere della scultura, della pittura, dell'arte del disegno, della incisione e delle arti figurative similari, compresa la scenografia; 5) i disegni e le opere dell'architettura; 6) le opere dell'arte cinematografica, muta o sonora, sempreché non si tratti di semplice documentazione protetta ai sensi delle norme del Capo V del Titolo II; 7) le opere fotografiche e quelle espresse con procedimento analogo a quello della fotografia sempre che non si tratti di semplice fotografia protetta ai sensi delle norme del Capo V del Titolo II; 8) i programmi per elaboratore, in qualsiasi forma espressi purché originali quale risultato di creazione intellettuale dell'autore. Restano esclusi dalla tutela accordata dalla presente legge le idee e i principi che stanno alla base di qualsiasi elemento di un programma, compresi quelli alla base delle sue interfacce. Il termine programma comprende anche il materiale preparatorio per la progettazione del programma stesso. 9) le banche di dati di cui al secondo comma dell'articolo 1, intese come raccolte di opere, dati o altri elementi indipendenti sistematicamente o metodicamente disposti ed individualmente accessibili mediante mezzi elettronici o in altro modo. La tutela delle banche di dati non si estende al loro contenuto e lascia impregiudicati diritti esistenti su tale

e giurisprudenza oramai non dubitano essere un'elencazione avente carattere esemplificativo⁶⁶.

Proprio su questo aspetto, cioè sulla tecnica di delimitazione del campo di applicazione, la l. 633/41 e il *Copyright Act* si assomigliano. Entrambi, infatti, presentano un elenco non tassativo di categorie di opere ed un riferimento generico al criterio dell'originalità, ovvero, per la legge italiana, al carattere creativo. L'elenco statunitense fa però riferimento a categorie generali, e pertanto va letto tenendo presenti le altre disposizioni, come ad esempio le definizioni della *section 101*, dalle quali si evince che sono incluse nella tutela opere con caratteristiche particolari come gli *useful articles*, le *compilations* e i *computer programs*⁶⁷. In ogni caso si tratta di una lista che include opere eterogenee, accomunate dall'interesse del legislatore a remunerare il lavoro creativo, con l'unica eccezione per le banche dati, dove invece la tutela viene accordata anche in assenza di un'attività creativa: si ritiene infatti una tutela di puro investimento, e ciò a testimonianza della tendenza delle norme in tema di proprietà intellettuale a dare sempre maggiore rilevanza alla remunerazione degli investimenti necessari per la produzione e la diffusione di opere (si pensi alla rilevanza delle

contenuto. 10) Le opere del disegno industriale che presentino di per sé carattere creativo e valore artistico”.

⁶⁶ Sul dibattito dottrinale e giurisprudenziale circa la natura tassativa o esemplificativa dell'art. 2 l.d.a. vedi Sena G., voce *Opere dell'ingegno*, in *Dig. disc. priv.*, vol. X, UTET, Torino, 1994, pag. 360.

⁶⁷ La sec. 101 C.A. prevede: “...A “useful article” is an article having an intrinsic utilitarian function that is not merely to portray the appearance of the article or to convey information. An article that is normally a part of a useful article is considered a “useful article”. A “compilation” is a work formed by the collection and assembling of preexisting materials or of data that are selected, coordinated, or arranged in such a way that the resulting work as a whole constitutes an original work of authorship. The term “compilation” includes collective works. A “computer program” is a set of statements or instructions to be used directly or indirectly in a computer in order to bring about a certain result...”.

creazioni utili)⁶⁸. La dottrina e la giurisprudenza italiane⁶⁹ e statunitensi⁷⁰ si sono spesso trovate a dover prendere posizione circa la possibilità o meno di riconoscere tutela ad una serie di creazioni non tipizzate.

La differenza più profonda tra il *Copyright Act* e la l.d.a. attiene alla tipologia ed alla natura dei diritti riconosciuti. Se si prescinde dal limitato riconoscimento dei diritti morali ai titolari di diritti sulle opere d'arte figurativa, il *Copyright Act* è fonte solo di diritti patrimoniali. La legge n. 633 del 1941 regola invece tre tipologie di diritti: le prime due (diritti di utilizzazione economica e diritti morali) riguardano il diritto d'autore avente ad oggetto le opere dell'ingegno in senso stretto, la terza (diritti connessi) racchiude una serie di diritti economici aventi differenti oggetti, contenuti e titolari⁷¹. L'art. 12 l.d.a. riconosce all'autore il diritto di utilizzazione economica dell'opera in qualsiasi forma, sia originaria che derivata, e comprende diverse facoltà che sono elencate in via

⁶⁸ Cfr. Colangelo G., *Diritto comparato della proprietà intellettuale*, Bologna, Il Mulino, 2011, pag. 22.

⁶⁹ In questo senso vedi Corte di Cassazione, 17 febbraio 2010, n. 3817, in cui i giudici, di fronte al ricorso per mancata corresponsione dei compensi per diritti d'autore relativi alla creazione e all'esecuzione di un programma televisivo, hanno escluso che il *format* (come definito dal bollettino ufficiale della SIAE) possa essere oggetto di tutela ai sensi della legge sul diritto d'autore in quanto nel caso di specie si è di fronte a semplici improvvisazioni dell'attore, opere prive pertanto di quell'interesse culturale e creativo necessario per una qualificazione come opere dell'ingegno, in Colangelo G., *Diritto comparato della proprietà intellettuale*, Bologna, Il Mulino, 2011, pag. 22.

⁷⁰ Nell'esperienza statunitense si può far riferimento a *US Court of Appeal*, 720 F.2D 231 (2ND CIR. 1983), *Warner Bros v. ABC*, quest'ultima emittente televisiva che produceva e trasmetteva la serie *The Greatest American Hero*, accusata di aver leso il diritto d'autore sul personaggio di *Superman* dalla *Warner Bros*; i giudici della Corte d'Appello respingeva però la richiesta ritenendo sussistenti significative differenze tra i due personaggi di fantasia in questione; in Colangelo G., *Diritto comparato della proprietà intellettuale*, Bologna, Il Mulino, 2011, pag. 25.

⁷¹ Così Pascuzzi G., Caso R., *I diritti sulle opere digitali: copyright statunitense e diritto d'autore italiano*, cit., pag. 170.

esemplificativa negli articoli successivi⁷². Tali diritti hanno però una durata limitata nel tempo, indipendente dall'effettivo esercizio del diritto⁷³. Su questi elementi, si notano varie differenze rispetto alla disciplina statunitense. Una prima sta nel fatto che l'elenco degli *Exclusive Rights* della sec. 106 dell'U.S.C.⁷⁴ è più ampio rispetto a quello della nostra legge. Ancora molto importanti sono le definizioni di *performance right* e di *display right*. Il primo copre ogni forma di sfruttamento che, rendendosi percepibile alla vista, o all'udito, o implicando piuttosto una copia transitoria dell'opera, comporta *performance*⁷⁵ (così ad esempio l'ascolto di un CD o la visione di un film)⁷⁶. Il secondo invece può essere descritto come il diritto di esporre

⁷² Si vedano in particolare gli artt. 13 (diritto di riproduzione in più esemplari dell'opera), 14 (il diritto di trascrizione dell'opera orale), 15 (diritto di esecuzione, rappresentazione o recitazione in pubblico), 16 (diritto di comunicazione al pubblico), 17 (diritto di distribuzione), 18 (diritto di elaborazione, traduzione e pubblicazione delle opere in raccolta), 18 bis (diritto di noleggio e di prestito) e infine art. 18 co. 3 (diritto di modificazione).

⁷³ L'art. 25 l.d.a. dispone infatti : “*I diritti di utilizzazione economica dell'opera durano tutta la vita dell'autore e sino al termine del settantesimo anno solare dopo la sua morte*”.

⁷⁴ La sec. 106 dell'U.S.C. afferma: “*Subject to sections 107 through 120 [17 USCS Sects. 107-120], the owner of copyright under this title [17 USCS Sects. 101 et seq.] has the exclusive rights to do and to authorize any of the following: (1) to reproduce the copyrighted work in copies or phonorecords; (2) to prepare derivative works based upon the copyrighted work; (3) to distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending; 4) in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and motion pictures and other audiovisual works, to perform the copyrighted work publicly; and (5) in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and pictorial, graphic, or sculptural works, including the individual images of a motion picture or other audiovisual work, to display the copyrighted work publicl*”.

⁷⁵ Così Pascuzzi G., Caso R., *I diritti sulle opere digitali: copyright statunitense e diritto d'autore italiano*, cit., pag. 175.

⁷⁶ Come definito dalla stessa sec. 101 dell'U.S.C.: “*... to “perform” a work means to recite, render, play, dance, or act it, either directly or by means of any device or process or, in the case of a motion picture or other audiovisual work, to show its images in any sequence or to make the sounds accompanying it audible*”.

al pubblico quadri, sculture, fotografie, copie di libri, etc. La legge italiana si basa invece sulla dicotomia tra i diritti di rappresentazione, esecuzione e recitazione (quindi atti di sfruttamento dell'opera di fronte ad un pubblico, art. 15 l.d.a.), e diritti di comunicazione e diffusione (artt. 16 e seguenti l.d.a.).

Per quanto riguarda la circolazione dei diritti di utilizzazione, va ricordato che nell'ordinamento statunitense, sotto la vigenza del *Copyright Act* del 1909, il trasferimento era ammesso solo con riferimento all'intero fascio di diritti, qualsiasi altro atto di disposizione che implicasse la disposizione di uno solo dei diritti esclusivi veniva considerato una licenza (c.d. *doctrine of indivisibility*)⁷⁷. Il legislatore del 1976 ha quindi ritenuto necessario stabilire il principio opposto: la *sec. 201*⁷⁸, infatti, consente al titolare del *copyright* di trasferire in tutto o in parte ciascuno dei diritti esclusivi che lo compongono. Anche la normativa italiana prevede, all'art. 107 l.d.a., che tali facoltà siano disponibili, e cioè acquistabili, alienabili e trasmissibili in tutti i modi e le forme consentiti dalla legge.

Infine, in merito alla durata di questi diritti, bisogna notare che la materia dei limiti temporali del *copyright* ha negli Stati Uniti una esplicita copertura costituzionale. Inizialmente tale disciplina era improntata al modello britannico dello *Statute of Anne*. Infatti, la legge americana si caratterizzava per un termine (relativamente) breve suscettibile, ad iniziativa del titolare ovvero mediante una nuova registrazione, di rinnovamento. Successivamente, con le innovazioni del 1976, si è

⁷⁷ Pascuzzi G., Caso R., *I diritti sulle opere digitali: copyright statunitense e diritto d'autore italiano*, cit., pag. 182.

⁷⁸ La *sec. 201* dell'U.S.C. precisa infatti che: "...*The ownership of a copyright may be transferred in whole or in part by any means of conveyance or by operation of law, and may be bequeathed by will or pass as personal property by the applicable laws of intestate succession...*".

cercato di avvicinare sensibilmente il modello nordamericano a quelli continentali. L'ultima modifica generale del *copyright* ha, infatti, mutato l'individuazione del *dies a quo*, eliminato il meccanismo del rinnovamento ed allungato la durata del termine.

Per quanto attiene al diritto morale d'autore abbiamo visto che negli Stati Uniti questo sia limitatamente riconosciuto ai titolari di diritti sulle opere d'arte figurativa, non esistendo un sistema di tutela a portata generale. Si possono raggiungere effetti simili alla tutela del diritto morale solo facendo leva su norme poste al di fuori del *copyright* federale⁷⁹. In Italia, al contrario, tale diritto, inteso come diritto di "rivendicare la paternità dell'opera e di opporsi a qualsiasi deformazione, mutilazione od altra modificazione, ed a ogni atto a danno dell'opera stessa" che possano essere di pregiudizio all'onore e alla reputazione dell'autore (art. 20 l.d.a.), ha alcune caratteristiche peculiari. Esso ha infatti ereditato i connotati tipici del *droit moral* francese, ovvero l'inalienabilità, l'irrinunciabilità e l'indisponibilità, rendendo nullo ogni contratto con il quale il soggetto autore venda o rinunci a tale diritto. Il diritto morale è altresì imprescrittibile, per cui non viene meno per mancato esercizio, ed inoltre non è soggetto a limiti di tempo. L'art. 23 l.d.a. prevede infatti che, dopo la morte dell'autore, le facoltà rientranti nel diritto morale possono essere esercitate senza limiti di tempo "dal coniuge, dai figli e, in loro mancanza, dai genitori e dagli altri ascendenti e da discendenti diretti; mancando gli ascendenti ed i discendenti, dai fratelli e dalle sorelle e dai loro discendenti". Nell'ampia casistica giurisprudenziale, si è riscontrata una lesione del diritto morale d'autore, ad esempio, nelle ipotesi di utilizzazione non autorizzata di un brano di un'opera lirica in uno spot pubblicitario

⁷⁹ Ad esempio le regole rintracciabili nel diritto legislativo e di *common law* statale, come quelle attinenti alla *defamation*, alla *privacy* e all'*unfair competition*.

laddove sia ravvisabile un danno alla reputazione del compositore in considerazione al tipo di prodotto reclamizzato, o in quella di una trasposizione di un'opera letteraria in un'opera cinematografica qualora quest'ultima si sia discostata dall'opera originaria arrecando pregiudizio alla reputazione dell'autore⁸⁰.

Per quanto riguarda i diritti connessi, la legge italiana prevede una serie eterogenea di fattispecie, in particolare riconosce i diritti ai produttori di dischi fonografici ed apparecchi analoghi (art. 72 e seg.), produttori di opere cinematografiche (art. 78 bis), esercenti l'attività di emissione radiofonica e televisiva (art. 79), artisti interpreti ed esecutori (artt. 80 e seg.). In ambito statunitense, è lo stesso *copyright* che si occupa di tutelare gli interessi coperti dai diritti connessi.

Dobbiamo infine far riferimento a quella che è la differenza più profonda che intercorre fra i due modelli normativi, quella cioè della regolamentazione dei limiti alla privativa ovvero della possibilità per il pubblico o per alcune determinate categorie di soggetti di utilizzare legittimamente le opere dell'ingegno giuridicamente protette⁸¹. La Sec. 107 dell'U.S.C. contiene la *Fair Use Doctrine*⁸². La norma non definisce

⁸⁰ Cfr. Colangelo G., *Diritto comparato della proprietà intellettuale*, Bologna, Il Mulino, 2011, pag. 48.

⁸¹ Pascuzzi G., Caso R., *I diritti sulle opere digitali: copyright statunitense e diritto d'autore italiano*, cit., pag. 185.

⁸² La sec. 107 dell'U.S.C. prevede: “Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A [17 USCS Sects. 106, 106A], the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include: (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes; (2) the nature of the copyrighted work; (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work”.

cosa è *fair use*, ma afferma che esso include qualsiasi forma di utilizzazione compresa la riproduzione in copie o fonogrammi e si riconnette a scopi come la critica, il commento, la cronaca, l'insegnamento, lo studio e la ricerca. La l. 633/41 non contiene, invece, una clausola generale paragonabile a quella statunitense; contiene al massimo una disciplina sintetica, frammentata e restrittiva delle libere utilizzazioni e sono quasi tutte disposizioni che consistono in compressioni del diritto di riproduzione che possono riflettersi anche sul diritto di distribuzione.

2.2. ... e dopo la rivoluzione digitale

2.2.1. Il cambiamento della protezione del diritto d'autore italiano dopo l'attuazione della direttiva n. 2001/29/CE

La rivoluzione informatica ha reso la diffusione delle opere protette dal diritto d'autore capillare e spesso incontrollabile. Come precedentemente accennato, molti sono stati in campo internazionale e comunitario gli interventi volti ad armonizzare le discipline ed a trovare una regolamentazione unitaria del progresso tecnologico che avanza.

Come ha ben evidenziato l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM) nell'allegato B alla delibera n. 668/2010/CONS, «la criticità dell'attuale impianto normativo sul diritto d'autore nasce dal fatto che la possibilità di distribuire e scambiare contenuti attraverso canali digitali di fatto permette che il contenuto venga distribuito senza che i legittimi titolari siano in condizione di esercitare un effettivo controllo e di percepirne l'adeguata remunerazione, con grave pregiudizio per lo sviluppo della creatività e, quindi, per le scelte a disposizione del pubblico dei consumatori/utenti».

Tra le diverse categorie di diritti riconosciuti e attribuiti agli autori ed ai titolari dei diritti connessi, quello che con l'avvento dell'era digitale ha subito l'impatto maggiore è quello di riproduzione, disciplinato dall'art. 13 l.d.a.⁸³. Si sono dovuti elaborare modelli di disciplina adatti ad assicurare la riproduzione e la diffusione dei contenuti del passato secondo le modalità rese possibili dalle tecnologie moderne⁸⁴. Non si

⁸³ L'art. 13 l.d.a. Definisce la riproduzione come “*la moltiplicazione in copie diretta o indiretta, temporanea o permanente, in tutto o in parte dell'opera, in qualunque modo o forma, come la copiatura a mano, la stampa, la litografia, l'incisione, la fotografia, la fonografia, la cinematografia ed ogni altro procedimento di riproduzione*”.

⁸⁴ Cfr. Cogo A., *I contratti di diritto d'autore nell'era digitale*, in Quaderni di AIDA n. 20, Torino, Giappichelli Editore, pag. 74.

può negare che i cambiamenti nei duecento anni di storia che abbiamo brevemente ripercorso non hanno riguardato solo il diritto di riproduzione, che oggi copre libri, spartiti, dischi fonografici e cassette audio e video, CD, CD-Rom e mezzi di registrazione domestica, ma anche le odierne tecniche di registrazione dei *file* digitali; i cambiamenti accennati hanno sicuramente inciso in modo molto rilevante anche sulla comunicazione al pubblico delle opere, che non si articola più esclusivamente nella radiodiffusione, la radiofonia e la televisione, ma anche nella diffusione via satellite e soprattutto in quella a mezzo *Internet*⁸⁵. Da un altro punto di vista, però, non si può nemmeno negare che le due forme di utilizzazione del diritto d'autore sono profondamente differenti ed hanno comportato conseguenze profondamente differenti: mentre le modalità di comunicazione a distanza si sono potute diversificare ed evolvere mantenendo intatta la caratteristica essenziale dell'immaterialità, per la riproduzione si è avuta una vera e propria trasformazione concettuale, in quanto prima era necessariamente (ma solo apparentemente) collegata alla "materialità" della copia⁸⁶. Alla riproduzione attraverso un supporto materiale, come i libri, le opere d'arte, i nastri magnetici, la pellicola cinematografica ecc., corrispondeva anche la "fissità", cioè l'identità della copia all'originale. Con il digitale, con *Internet*, il carattere della fissità viene man mano scemando, anche quando rimane inalterata la materialità della produzione. E diviene inoltre, l'opera, suscettibile di essere riprodotta in diversi modi e con diversi procedimenti, possibilità che risultano aumentare in modo esponenziale con le tecnologie digitali ed in particolare con la trasmissione via *Internet*, che può essere temporanea

⁸⁵ Cfr Ercolani S., *Il diritto d'autore e i diritti connessi: la legge n. 633/1941 dopo l'attuazione della direttiva n. 2001/29/CE*, Torino, Giappichelli, 2004, pag. 101.

⁸⁶ *Ibid.*, pag. 102.

nel caso dell'*uploading* (ossia una riproduzione in un server di origine delle informazioni), oppure permanente con il *downloading* o scaricamento, che l'utente può conservare o eliminare. La perdita di questa fissità della riproduzione e quindi della percezione da parte del pubblico dell'opera riprodotta, può comportare che la fruizione della stessa attraverso le tecnologie, che in parte deformano anche la rappresentazione dell'opera, arrivi a far ritenere che si sia in presenza di una menomazione di un diritto: il diritto morale infatti non è solo diritto alla paternità dell'opera, ma anche il diritto all'integrità del bene, che potrebbe essere pregiudicato se si facesse prevalere l'ambito privato su quello pubblico⁸⁷. Tutto ciò può indurre a pensare che la digitalizzazione abbia portato anche alla “dematerializzazione” dell'opera. Tale definizione, però, non è totalmente esatta, poiché pure nelle utilizzazioni via *Internet* la riproduzione avviene in senso fisico, anche se non in forma tangibile: ogni ripresa o trasmissione digitale è infatti necessariamente convertita in codice binario⁸⁸.

I mutamenti appena descritti dei concetti di fissità, di durata e, almeno in apparenza, di materialità della copia, provocati dalla tecnologia, non hanno però comportato un aggiornamento della disciplina del diritto di riproduzione nei trattati OMPI del 1996. Vi è però una dichiarazione interpretativa annessa al trattato WCT e al trattato WPPT in cui troviamo un'interpretazione concordata delle norme relative a tale diritto e dell'art. 9 della Convenzione di Berna, che enuncia che il diritto di riproduzione e le relative eccezioni si applicano anche all'utilizzazione delle opere in forma digitale⁸⁹.

⁸⁷ Cfr. Gambino A., *Innovazione e diritto d'autore*, intervento del 10 novembre 2015 in Rivista telematica www.dimt.it.

⁸⁸ Cfr. Ercolani S., *Il diritto d'autore e i diritti connessi: la legge n. 633/1941 dopo l'attuazione della direttiva n. 2001/29/CE*, cit., pag. 103.

⁸⁹ *Ibid.*, pag. 106.

L'Unione europea, la cui normativa si deve necessariamente esaminare al fine di comprendere le modifiche legislative italiane, ha adottato un diverso approccio. Da una parte, ha infatti lasciato alla normativa generale contenuta nella direttiva sul commercio elettronico la definizione delle esenzioni per i fornitori dei servizi via *Internet* in materia di *caching*, di trasporto delle informazioni e di accesso; dall'altra parte ha previsto una specifica eccezione all'interno della direttiva n. 2001/29/CE in riferimento ad alcuni atti di riproduzione temporanea. Più precisamente la direttiva menzionata prevede un'unica eccezione obbligatoria per gli Stati membri riguardante le c.d. “copie tecniche o indirette”, ossia quelle copie transitorie ed accessorie, prive di un valore economico proprio, derivanti da un processo di trasmissione dell'opera ed eseguite con l'unico scopo di consentire la trasmissione in rete tra terzi con l'intervento di un intermediario o un utilizzo legittimo della stessa⁹⁰. Le copie “tecniche”, nell'attuale esperienza, rientrano nella fruizione legittima nel caso del *routing* inteso come trasporto di dati via *Internet*, del *caching* e del *browsing* (inteso come visualizzazione o più in generale accesso temporaneo all'opera in rete da parte dell'utente per finalità di consultazione). L'esenzione riguarda la trasmissione e l'utente finale, non invece il *content provider* che immette i dati nel *server* per porli a disposizione del pubblico compiendo così atti di riproduzione e comunicazione sottoposti ai controlli dei titolari dei diritti. L'art. 5.1⁹¹

⁹⁰ Tale eccezione è stata recepita nell'ordinamento italiano dall'art. 9 del d. lgs. 68/2003, che ha integrato la l.d.a. Con l'art. 68-bis che oggi dispone: “Salvo quanto disposto in ordine alla responsabilità dei prestatori intermediari dalla normativa in materia di commercio elettronico, sono esentati dal diritto di riproduzione gli atti di riproduzione temporanea privi di rilievo economico proprio che sono transitori o accessori e parte integrante ed essenziale di un procedimento tecnologico, eseguiti all'unico scopo di consentire la trasmissione in rete tra terzi con l'intervento di un intermediario, o un utilizzo legittimo di un'opera o di altri materiali”.

⁹¹ L'art. 5 della direttiva 2001/29/CE dispone: “1. Sono esentati dal diritto di riproduzione di cui all'articolo 2 gli atti di riproduzione temporanea di cui all'articolo 2 privi di rilievo economico proprio che sono transitori o accessori, e parte integrante e essenziale di un procedimento tecnologico, eseguiti all'unico

scopo di consentire: a) la trasmissione in rete tra terzi con l'intervento di un intermediario o b) un utilizzo legittimo di un'opera o di altri materiali. 2. Gli Stati membri hanno la facoltà di disporre eccezioni o limitazioni al diritto di riproduzione di cui all'articolo 2 per quanto riguarda: a) le riproduzioni su carta o supporto simile, mediante uso di qualsiasi tipo di tecnica fotografica o di altro procedimento avente effetti analoghi, fatta eccezione per gli spartiti sciolti, a condizione che i titolari dei diritti ricevano un equo compenso; b) le riproduzioni su qualsiasi supporto effettuate da una persona fisica per uso privato e per fini né direttamente, né indirettamente commerciali a condizione che i titolari dei diritti ricevano un equo compenso che tenga conto dell'applicazione o meno delle misure tecnologiche di cui all'articolo 6 all'opera o agli altri materiali interessati; c) gli atti di riproduzione specifici effettuati da biblioteche accessibili al pubblico, istituti di istruzione, musei o archivi che non tendono ad alcun vantaggio economico o commerciale, diretto o indiretto; d) le registrazioni effimere di opere realizzate da organismi di diffusione radiotelevisiva con i loro propri mezzi e per le loro proprie emissioni; la conservazione di queste registrazioni in archivi ufficiali può essere autorizzata, se hanno un eccezionale carattere documentario; e) le riproduzioni di emissioni radiotelevisive effettuate da istituzioni sociali pubbliche che perseguono uno scopo non commerciale, quali ospedali o prigioni, purché i titolari dei diritti ricevano un equo compenso. 3. Gli Stati membri hanno la facoltà di disporre eccezioni o limitazioni ai diritti di cui agli articoli 2 e 3 nei casi seguenti: a) allorché l'utilizzo ha esclusivamente finalità illustrativa per uso didattico o di ricerca scientifica, sempreché, salvo in caso di impossibilità, si indichi la fonte, compreso il nome dell'autore, nei limiti di quanto giustificato dallo scopo non commerciale perseguito; b) quando si tratti di un utilizzo a favore di portatori di handicap, sempreché l'utilizzo sia collegato all'handicap, non abbia carattere commerciale e si limiti a quanto richiesto dal particolare handicap; c) nel caso di riproduzione a mezzo stampa, comunicazione al pubblico o messa a disposizione di articoli pubblicati su argomenti di attualità economica politica o religiosa o di opere radiotelevisive o di altri materiali dello stesso carattere, se tale utilizzo non è espressamente riservato, sempreché si indichi la fonte, incluso il nome dell'autore, o nel caso di utilizzo delle opere o di altri materiali in occasione del resoconto di un avvenimento attuale nei limiti di quanto giustificato dallo scopo informativo e sempreché si indichi, salvo in caso di impossibilità, la fonte, incluso il nome dell'autore; d) quando si tratti di citazioni, per esempio a fini di critica o di rassegna, sempreché siano relative a un'opera o altri materiali protetti già messi legalmente a disposizione del pubblico, che si indichi, salvo in caso di impossibilità, la fonte, incluso il nome dell'autore e che le citazioni siano fatte conformemente ai buoni usi e si limitino a quanto giustificato dallo scopo specifico; e) allorché si tratti di impieghi per fini di pubblica sicurezza o per assicurare il corretto svolgimento di un procedimento amministrativo, parlamentare o giudiziario; f) quando si tratti di allocuzioni politiche o di estratti di conferenze aperte al pubblico o di opere simili o materiali protetti, nei limiti di quanto giustificato dallo scopo informativo e sempreché si indichi, salvo in caso di impossibilità, la fonte, incluso il nome dell'autore; g) quando si tratti di un utilizzo durante cerimonie religiose o cerimonie ufficiali organizzate da un'autorità pubblica; h) quando si utilizzino opere, quali opere di architettura o di scultura, realizzate per essere collocate stabilmente in luoghi pubblici; i) in caso di inclusione occasionale di opere o materiali di altro tipo in altri materiali; j) quando l'utilizzo avvenga per pubblicizzare un'esposizione al pubblico o una vendita di

della direttiva n. 2001/29/CE, al contrario, cerca di individuare i requisiti sulla base dei quali sottrarre la riproduzione al previo controllo dell'autore o dei titolari di diritti connessi ai sensi dell'art. 2 della stessa direttiva. Compito non facile, anche perché si sente forte l'esigenza di non ancorare la disposizione alle odierne tecnologie ma di lasciarla aperta agli ulteriori sviluppi dell'innovazione. Il d. lgs. n. 68 del 2003 ha modificato in tema di diritto di riproduzione la l.d.a., aggiornando la formulazione degli artt. 72 (produttore di fotogrammi), dell'art. 78-bis (per il produttore delle opere cinematografiche ed audiovisive) e l'art. 80 (artisti interpreti ed esecutori), adeguandoli alle definizioni ed ai contenuti della direttiva. Con le ultime due sostanziali modifiche apportate dal d. lgs. 68/2003, d. lgs. 118/2006 e d. lgs. 140/2006 sono state effettuate ulteriori armonizzazioni e modificazioni della disciplina, che hanno dato all'impianto normativo una propria coerenza e sistematicità.

opere d'arte, nella misura in cui ciò sia necessario alla promozione dell'avvenimento, escludendo qualsiasi altro uso commerciale; k) quando l'utilizzo avvenga a scopo di caricatura, parodia o pastiche; l) quando si tratti di utilizzo collegato a dimostrazioni o riparazioni di attrezzature; m) quando si utilizzi un'opera d'arte consistente in un edificio o un disegno o il progetto di un edificio con lo scopo di ricostruire quest'ultimo; n) quando l'utilizzo abbia come scopo la comunicazione o la messa a disposizione, a singoli individui, a scopo di ricerca o di attività privata di studio, su terminali dedicati situati nei locali delle istituzioni di cui al paragrafo 2, lettera c), di opere o altri materiali contenuti nella loro collezione e non soggetti a vincoli di vendita o di licenza; o) quando l'utilizzo avvenga in taluni altri casi di scarsa rilevanza in cui la legislazione nazionale già prevede eccezioni o limitazione, purché esse riguardino solo utilizzi analogici e non incidano sulla libera circolazione delle merci e dei servizi all'interno della Comunità, fatte salve le altre eccezioni e limitazioni contenute nel presente articolo. 4. Quando gli Stati membri possono disporre un'eccezione o limitazione al diritto di riproduzione in virtù dei paragrafi 2 e 3 del presente articolo, essi possono anche disporre un'eccezione o limitazione al diritto di distribuzione di cui all'articolo 4 nella misura giustificata dallo scopo della riproduzione permessa. 5. Le eccezioni e limitazioni di cui ai paragrafi 1, 2, 3 e 4 sono applicate esclusivamente in determinati casi speciali che non siano in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali e non arrechino ingiustificato pregiudizio agli interessi legittimi del titolare.

Alcuni cenni meritano anche i cambiamenti che si sono riscontrati nel diritto di messa a disposizione del pubblico, in particolare dopo la diffusione dei servizi interattivi. Vi è da premettere che la normativa italiana, nella definizione dei diversi diritti attribuiti agli autori o ai titolari di diritti connessi, utilizza una terminologia essenzialmente neutra, tale da stabilire regole che possano seguire ed adattarsi all'evoluzione delle tecniche e delle forme di utilizzazione. Pensiamo, infatti, ad un cambiamento come quello attuale: uno dei caratteri della società dell'informazione è proprio quello della mobilità della comunicazione, in cui è possibile utilizzare più e diversi *media* a seconda delle esigenze dell'utente, nel cui ambito la connessione alla rete permette ai mezzi di comunicazione (ad es. i telefoni cellulari) di trasmettere ogni tipo di dati da punto a punto, divenendo *always-on* e *everywhere-on*⁹². Anche all'interno di tale diritto, quello che più ci interessa analizzare è il quadro normativo applicabile alla luce delle nuove forme di messa a disposizione al pubblico *on-line*. Nel diritto comunitario e nella legge italiana si hanno due principali tipologie di diritti di messa a disposizione del pubblico che prescindono dalla presenza di un esemplare "fisico" dell'opera: il diritto di pubblica esecuzione, rappresentazione o recitazione nonché di proiezione cinematografica, ovvero quegli atti di utilizzazione in presenza del pubblico fruitore; il diritto di comunicazione, in qualunque forma e con qualunque mezzo, con destinatario un pubblico non presente nel luogo ove si effettua l'utilizzazione, trattandosi pertanto di una comunicazione a distanza, che a sua volta si distingue in diritto alla diffusione (emissione radiofonica o televisiva, via satellite e via cavo etc.) e in diritto a mettere a disposizione del pubblico opere o materiali protetti in maniera tale che possano accedervi nel luogo e al momento da loro scelti

⁹² Cfr. Ercolani S., *Il diritto d'autore e i diritti connessi: la legge n. 633/1941 dopo l'attuazione della direttiva n. 2001/29/CE*, cit., pag. 146.

(trasmissioni interattive come quelle via *Internet* o *on-demand*)⁹³. In particolare risulta in questa sede necessario individuare la portata di quest'ultimo diritto, anche al fine di definire successivamente gli obblighi dei fornitori di servizi della società dell'informazione o *Internet Service Provider*⁹⁴. Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, la norma di riferimento è l'art. 16 l.d.a., così come modificato dal d.lgs. n. 68/2003, il quale fornisce una definizione generale del diritto di comunicazione al pubblico, affermando quanto alle forme di comunicazione interattiva che si tratta di quelle forme in cui il pubblico non ha un ruolo meramente passivo di ricevente, bensì accede all'opera e ai materiali sulla base di scelte individuali⁹⁵. Da ciò discende che, quantomeno per gli autori, il diritto di comunicazione a distanza è coperto dal diritto esclusivo di comunicazione. L'articolo in questione esplicita infatti che tra gli atti di comunicazione rientrano gli “*atti di messa a disposizione del pubblico dell'opera*” e pertanto vi rientrano anche le trasmissioni interattive: l'eventuale autorizzazione per il *downloading* ovvero per la riproduzione da una trasmissione via *Internet* non fa venire meno, o meglio “*non esaurisce*”, i diritti dei titolari.

Tra tutti i diritti dell'autore, il diritto di distribuzione, inteso come circolazione dell'opera in forma materiale, sia che si tratti di un esemplare unico (come l'originale di un'opera d'arte), sia che si tratti di

⁹³ *Ibid.*, pag. 147-148.

⁹⁴ Sulla responsabilità degli ISP si rinvia al terzo capitolo del presente lavoro.

⁹⁵ L'art. 16 l.d.a. dispone: “1. Il diritto esclusivo di comunicazione al pubblico su filo o senza filo dell'opera ha per oggetto l'impiego di uno dei mezzi di diffusione a distanza, quali il telegrafo, il telefono, la radiodiffusione, la televisione ed altri mezzi analoghi, e comprende la comunicazione al pubblico via satellite e la ritrasmissione via cavo, nonché quella codificata con condizioni di accesso particolari; comprende altresì la messa a disposizione del pubblico dell'opera in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente. 2. Il diritto di cui al comma 1 non si esaurisce con alcun atto di comunicazione al pubblico, ivi compresi gli atti di messa a disposizione del pubblico”.

un multiplo numerato o firmato (come le repliche di sculture o le litografie) o di una copia incorporata in un supporto industriale (CD, DVD, libri), è stato quello che per ultimo ha avuto un riconoscimento internazionale e una regolamentazione a livello comunitario⁹⁶, a causa della sua apparente inseparabilità con il diritto di riproduzione nonché con quello di pubblicazione. L'incerta autonomia di tale diritto dovuta dall'incorporazione dell'opera in un oggetto tangibile, tale da far sovrapporre il diritto di distribuzione con quello di riproduzione, viene meno nel momento in cui la circolazione dell'opera avviene in formato digitale, la c.d. *digital delivery*, cioè la trasmissione digitale di *file* mediante *computer* ed ancora di più con la trasmissione *on-line*, che consentono oggi di circoscrivere l'ambito del diritto di distribuzione alle utilizzazioni alternative e concorrenti alla distribuzione dei supporti attraverso i canali commerciali tradizionali⁹⁷. Quanto al legame tra diritto di distribuzione e diritto di pubblicazione, motivato dal fatto che l'esercizio del secondo è presupposto per la liceità del primo, oggi risulta meno forte nella definizione contenuta nell'art. 17 l.d.a.⁹⁸, grazie alla

⁹⁶ È stato riconosciuto solo con la Direttiva n. 92/100/CEE del 19 novembre 1992, traspunta mediante d.lgs. novembre 1994 n. 685.

⁹⁷ Cfr. Ercolani S., *Il diritto d'autore e i diritti connessi: la legge n. 633/1941 dopo l'attuazione della direttiva n. 2001/29/CE*, cit., pag. 169-170.

⁹⁸ L'art. 17 l.d.a. indica la sfera di applicazione del diritto esclusivo di distribuzione al pubblico: "1. Il diritto esclusivo di distribuzione ha per oggetto la messa in commercio o in circolazione, o comunque a disposizione, del pubblico, con qualsiasi mezzo ed a qualsiasi titolo, dell'originale dell'opera o degli esemplari di essa e comprende, altresì, il diritto esclusivo di introdurre nel territorio degli Stati della Comunità europea, a fini di distribuzione, le riproduzioni fatte negli stati extracomunitari. 2. Il diritto di distribuzione dell'originale o di copie dell'opera non si esaurisce nella Comunità europea, se non nel caso in cui la prima vendita o il primo atto di trasferimento della proprietà nella Comunità sia effettuato dal titolare del diritto o con il suo consenso. 3. Quanto disposto dal comma 2 non si applica alla messa a disposizione del pubblico di opere in modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente, anche nel caso in cui sia consentita la realizzazione di copie dell'opera. 4. Ai fini dell'esaurimento di cui al comma 2, non costituisce esercizio del diritto esclusivo di distribuzione la

maggior ampiezza del concetto di pubblicazione adottato dall'art. 12 l.d.a.⁹⁹. Molto interessante in questo senso è la disciplina adottata da diversi paesi riguardante il c.d. “esaurimento” del diritto di distribuzione. E' noto infatti come tale diritto stabilisca una netta distinzione tra il primo atto di disposizione fatto da chi ne ha diritto o con il suo consenso, ed i successivi atti con cui si trasferisce la proprietà del bene: con il primo trasferimento, infatti, si “esaurisce” ovvero cessa il diritto di distribuzione relativo ad una determinata opera, bilanciando così l'interesse alla tutela degli incentivi alla creazione di proprietà intellettuale (assicurato dal diritto di esclusiva) e l'interesse pubblico alla diffusione e circolazione dei prodotti¹⁰⁰. In altre parole, con l'esaurimento del diritto, l'esclusiva non si estende agli atti di distribuzione che seguono alla prima messa in commercio, avvenuta con il consenso del titolare del diritto. Nella legge italiana, anche prima dell'introduzione di un autonomo diritto di distribuzione nel 1994, si riteneva che il diritto di porre in commercio (oggi, appunto, diritto di distribuzione), fosse comunque circoscritto alla prima vendita dell'opera e l'ambito di esaurimento era inizialmente soltanto nazionale, poiché era ricompreso anche il caso di importazione nel territorio dello Stato delle opere o delle riproduzioni straniere. Tale ultimo carattere territoriale del diritto di distribuzione è stato ovviamente superato dalle esigenze del

consegna gratuita di esemplari delle opere, effettuata o consentita dal titolare a fini promozionali, ovvero di insegnamento o di ricerca scientifica”.

⁹⁹ L'art. 12 l.d.a. dispone che: “*L'autore ha il diritto esclusivo di pubblicare l'opera. Ha altresì il diritto esclusivo di utilizzare economicamente l'opera in ogni forma e modo, originale o derivato, nei limiti fissati da questa legge, ed in particolare con l'esercizio dei diritti esclusivi indicati negli articoli seguenti. È considerata come prima pubblicazione la prima forma di esercizio del diritto di utilizzazione*”.

¹⁰⁰ Cfr. Colangelo G., *Diritto comparato della proprietà intellettuale*, Bologna, Il Mulino, 2011, pag. 68.

mercato comune nel quadro dell'Unione europea¹⁰¹. Più precisamente, la direttiva 2001/29/CE traccia una netta distinzione tra la distribuzione elettronica e quella fisica delle opere e materiali protetti, prevedendo all'art. 29 l'esclusione dell'esaurimento del diritto di distribuzione nel caso di servizi, in particolare di servizi *on-line*. Tale tematica attiene al rapporto cruciale tra libera circolazione e disciplina della proprietà intellettuale, ovvero tra concorrenza e importazioni parallele: nel momento in cui la proprietà intellettuale è caratterizzata dal fatto di conferire agli aventi diritto un diritto esclusivo relativo al territorio a cui inerisce l'autorità che lo rilascia, e nel momento in cui ciò permette al titolare di tale diritto di opporsi all'importazione, entro quei confini, di beni provenienti da altri Stati coperti dal medesimo diritto di proprietà intellettuale, la giurisprudenza comunitaria ha dovuto fare i conti con l'esaurimento regionale¹⁰². Ancorché i diritti di esclusiva riconosciuti dagli Stati membri, traducendosi in una restrizione delle importazioni e pertanto in una restrizione della libera circolazione dei beni che senz'altro pregiudica il mercato unico europeo, l'art. 36 del Trattato UE introduce una deroga disponendo che “Le disposizioni degli articoli 34 e 35 lasciano impregiudicati i divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale”. La Corte di Giustizia è intervenuta per chiarire che eventuali deroghe *ex art. 36 del*

¹⁰¹ Ci si riferisce in particolare all'art. 30 del Trattato di Roma, il quale dispone: “*Senza pregiudizio delle disposizioni che seguono, sono vietate fra gli Stati membri le restrizioni quantitative all'importazione nonché qualsiasi misura di effetto equivalente*”, rendendo in conflitto l'esaurimento nazionale con il principio comunitario di libera circolazione delle merci.

¹⁰² Cfr. Colangelo G., *Diritto comparato della proprietà intellettuale*, cit., pag. 69.

Trattato UE sono ammesse, ma “solo nella misura in cui appaiono indispensabili per la tutela dei diritti che costituiscono oggetto specifico di detta proprietà”¹⁰³.

Meritano, infine, nel quadro della distribuzione digitale, un cenno i rapporti c.d. B2B (*business to business*), utilizzati dalle imprese che sfruttano la flessibilità tecnologica ed il formato digitale, un nuovo modello di circolazione delle informazioni elettroniche alla base dei *Digital Rights Management Systems* (DRMS), cioè quei sistemi informatici mediante i quali i titolari possono esercitare i loro diritti o amministrarli nell'ambiente digitale¹⁰⁴.

2.2.2. Le novità normative statunitensi

Le principali criticità che la tecnologia ha presentato, quali l'effettiva idoneità delle misure tecnologiche a garantire il rispetto dei diritti d'autore e connessi, nonché il collegato profilo delle misure tecnologiche di protezione e di controllo dell'accesso e dell'uso di materiali protetti, non sono sfuggite né alla normativa internazionale né a quella statunitense. In un quadro più generale, sono state elaborate forme di tutela e di sanzione contro le violazioni delle misure tecnologiche di protezione delle opere nei due trattati dell'OMPI del 1996¹⁰⁵. L'art. 11 del WCT e l'art. 18 del WPPT stabiliscono in generale che gli Stati aderenti sono obbligati a fornire un'adeguata protezione legale contro l'elusione di misure tecnologiche "efficaci" usate dagli

¹⁰³ Corte di Giustizia, 8 giugno 1971, causa 78/70, *Deutsche Grammophon c. Metro-SB-Grossmarkte* in eur-lex.europa.eu.

¹⁰⁴ Cfr. Ercolani S., *Il diritto d'autore e i diritti connessi: la legge n. 633/1941 dopo l'attuazione della direttiva n. 2001/29/CE*, cit., pag. 348.

¹⁰⁵ Definite *anti-circumvention provisions* (cfr.: art. 11 del WCT e art. 18 del WPPT)

autori, dagli artisti interpreti ed esecutori ovvero dai produttori di fonogrammi nell'esercizio dei diritti loro riconosciuti e destinate a limitare atti non autorizzati dai titolari dei diritti o altrimenti consentiti dalla legge. Ovviamente, trattandosi di trattati internazionali, siamo di fronte a disposizioni sufficientemente astratte e generiche, tali da lasciare l'attuazione ai singoli Stati, i quali possono in tal modo definire gli atti da sanzionare e le modalità, nonché se la tutela deve essere direttamente contro l'elusione delle misure tecnologiche oppure indirettamente nei confronti di chi fabbrica e commercializza dispositivi e apparecchiature antielusione¹⁰⁶.

La più importante normativa sulle misure tecnologiche di protezione emanata in attuazione dei trattati OMPI è il *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) degli USA del 1998¹⁰⁷, la quale definisce alcuni divieti relativi alle misure tecnologiche di protezione, al di là di una effettiva violazione del *copyright*. Tali divieti partono proprio dalla distinzione tra misure di controllo dell'accesso e misure di controllo dell'uso, dove con le prime si intendono quelle tecnologie, utilizzabili sia *on-line* che *off-line*, con lo scopo di garantire una limitazione all'accesso dell'opera, come l'utilizzo di codici differenziati per area geografica applicati per l'accesso ai DVD, oppure, per l'accesso in rete,

¹⁰⁶ Cfr. Ercolani S., *Il diritto d'autore e i diritti connessi: la legge n. 633/1941 dopo l'attuazione della direttiva n. 2001/29/CE*, cit., pag. 324.

¹⁰⁷ Il DMCA è diviso in cinque titoli: il primo ("*WIPO Copyright and Performances and Phonograms Treaties Implementation Act 1998*"), implementa i citati trattati WIPO; il secondo ("*Online Copyright Infringement Liability Limitation Act*"), crea limiti alla responsabilità dei *service provider* per le violazioni del *copyright* e per determinati tipi di attività; il terzo ("*Computer Maintenance Competition Assurance Act*") introduce eccezioni ai diritti di copia, specie per quelle di programmi per elaboratore necessarie alla manutenzione o alla riparazione del sistema; il quarto contiene sei *miscellaneous provisionis*, fra cui quelle sul funzionamento del *Copyright Office*, sull'educazione "a distanza", sul "*webcasting*" di opere musicali in *Internet*; il quinto, infine, riguarda "*Vessel Hull Design Protection Act* (VHDPA); in www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf.

i sistemi di identificazione dell'utente o ancora le *smart card* o *set top box* per i servizi televisivi a pagamento o *on demand*; con le seconde invece si fa riferimento a quelle tecnologie che consentono di controllare l'uso delle opere protette, riguardanti quindi in generale il momento successivo all'accesso, come le misure anti-copia¹⁰⁸ applicabili per i prodotti *off-line* tipo CD, DVD e CD-Rom, ovvero le misure che riguardano la trasmissione di contenuti, come il *webcasting*, lo *streaming* o altre comunicazioni in formato digitale¹⁰⁹.

In questo senso il *Copyright Act* dispone due nuovi divieti, il primo relativo alle azioni atte a circonvenire o comunque neutralizzare misure tecnologiche poste a protezione di *copyrighted works* (art. 1201)¹¹⁰, il secondo concernente la manomissione delle informazioni riguardanti prodotti protetti (art. 1202)¹¹¹.

Il problema della transitorietà del diritto di riproduzione, che i trattati internazionali, come accennato, hanno lasciato praticamente irrisolto, è stato invece oggetto di modifiche alla legge sul diritto d'autore degli

¹⁰⁸ Il primo sistema anti-copia applicato per obbligo di legge risale al 1992 quando la legge AHRA (*Audio Home Recording Act*) degli USA ha introdotto un dispositivo con finalità di limitare le possibilità di copia alle riproduzioni fatte con supporto digitale originale, come il sistema CSS (*Content Scramble System*) utilizzato per la protezione dei DVD.

¹⁰⁹ Cfr. Ercolani S., *Il diritto d'autore e i diritti connessi: la legge n. 633/1941 dopo l'attuazione della direttiva n. 2001/29/CE*, cit., pag. 320-321.

¹¹⁰ L'art. 1201.a del DMCA dispone: “*No person shall circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title. The prohibition contained in the preceding sentence shall take effect at the end of the 2-year period beginning on the date of the enactment of this chapter*”.

¹¹¹ In particolare, l'art. 1202 del DMCA distingue due comportamenti: quello di chi fornisce o distribuisce false informazioni (“*provide copyright management information that is false*”) allo scopo di indurre, facilitare o nascondere le violazioni del *copyright* o ancora di chi rimuove o altera questo tipo di informazioni senza averne il diritto (“*distribute or import for distribution copyright management information that is false*”); quello di chi diffonde opere o materiali sui quali le informazioni sono state alterate o manomesse (“*intentionally remove or alter any copyright management information...*”).

Stati che aderiscono ai trattati, in particolare gli USA hanno adottato un approccio indiretto, introducendo alcune esenzioni da responsabilità dei fornitori dei servizi via *Internet* nel quadro dei DMCA, tra cui quella per comunicazioni transitorie o *system caching*¹¹².

Per quanto riguarda il diritto di distribuzione, invece, il DMCA contiene alcune norme grazie alle quali è possibile operare una distinzione tra copie ottenute mediante *downloading* e supporti disponibili in commercio, in quanto, come visto anche in ambito comunitario e italiano, lo sviluppo della riproduzione delle copie digitali mediante *downloading* passa solo attraverso il diritto di riproduzione stesso, che non è esauribile. L'esaurimento del diritto di distribuzione negli USA prende il nome di *first sale doctrine*¹¹³.

Gli Stati Uniti, in tema di diritto di riproduzione, hanno previsto tutta una serie di licenze legali¹¹⁴ per casi speciali, cioè casi in cui non viene leso ingiustificatamente tale diritto e che non risultino in contrasto con il normale sfruttamento delle opere. Il *Copyright Act* comprende diversi tipi di licenza legale e molto interessante è la licenza per la fabbricazione di supporti fonografici (dischi e CD)¹¹⁵. Ma un tale sistema di licenza

¹¹² Questo argomento verrà meglio trattato nel terzo capitolo del presente lavoro.

¹¹³ La *first sale doctrine* si è sviluppata in sede giurisdizionale negli USA ed è stata incorporata del *Copyright Act* statunitense del 1976, *Section 109 (a)* la quale prevede: “*Notwithstanding the provisions of section 106(3), the owner of a particular copy or phonorecord lawfully made under this title, or any person authorized by such owner, is entitled, without the authority of the copyright owner, to sell or otherwise dispose of the possession of that copy or phonorecord*”.

¹¹⁴ Le licenze legali si distinguono da quelle obbligatorie per il fatto che le prime danno luogo a limitazioni al diritto di riproduzione in cui il compenso da corrispondere agli aventi diritto è stabilito per legge, mentre nelle seconde anche se il consenso dei titolari non è richiesto per determinati usi, l'ammontare del compenso per l'utilizzazione è negoziato dalle parti.

¹¹⁵ Circa la genesi storica di tale licenza vedi Ercolani S., *Il diritto d'autore e i diritti connessi: la legge n. 633/1941 dopo l'attuazione della direttiva n. 2001/29/CE*, cit., pag. 113.

legale risulta essere molto diverso da quello previsto in Italia e più in generale in Europa: se negli USA la licenza legale consente di riprodurre e distribuire, nel caso di specie, supporti fonografici, versando una somma prestabilita ma offrendo un sistema per utilizzare lecitamente le opere musicali anche quando non si abbia modo di individuare e contattare con ragionevole certezza i titolari dei diritti, in Italia la riproduzione fonomeccanica e la distribuzione delle copie per l'uso privato è gestito come diritto esclusivo dei titolari del diritto di riproduzione (in particolare, le associazioni rappresentative dell'industria fonografica e le società di amministrazione collettiva dei diritti d'autore).

Uno dei casi attualmente più discussi e controversi, che comprova quanto l'impianto normativo della proprietà intellettuale continui a mantenere con difficoltà il passo all'evoluzione tecnologica è rappresentato dal caso *Google Book Search*. Google, primo motore di ricerca via *Internet*, ha creato un *database* di libri digitalizzati, consultabile da chiunque in qualunque posto nel mondo, stipulando nel 2004 e negli anni successivi accordi con le maggiori biblioteche universitarie e con vari editori, dando vita a quello che ora si chiama "*Google Books*". Il processo di scansione ha riguardato quanti più libri possibile, senza alcuna distinzione tra libri di pubblico dominio, libri per i quali il *copyright* è scaduto, libri ancora coperti dal diritto d'autore disponibili sul mercato ovvero non disponibili in quanto fruibili solo presso le biblioteche o facendo ricorso al mercato di seconda mano. A seguito di *class action* e petizioni avanzate da gruppi di autori e case editrici, viene siglato e nel 2009 preliminarmente approvato dall'autorità giudiziaria statunitense un accordo transattivo tra essi e Google, il quale si snoda in due punti fondamentali: il primo che prevede l'istituzione di un Registro dei diritti sui libri con la finalità di individuare gli aventi diritto, creare un *database* con le informazioni ad essi relative e

distribuire i proventi derivanti dalla commercializzazione dei libri tramite Google; il secondo che riconosce un meccanismo di *opt-out*, con il quale i titolari del diritto d'autore inseriti nel registro si considerano automaticamente parte dell'accordo, con la possibilità per questi di manifestare solo in un momento successivo la loro volontà di rimuovere i libri di cui sono autori se sono stati già digitalizzati (c.d. “rimozione”) o di non procedere alla digitalizzazione (c.d. “esclusione”). Le preoccupazioni manifestate dalla giustizia statunitense sono proprio derivate da tale meccanismo, soprattutto in relazione ai libri tutelati dal diritto d'autore ma non disponibili sul mercato. Per questi ultimi, infatti, l'accordo ha sicuramente portato benefici in termini di diffusione di essi al pubblico, evitando il rischio di favorire un cartello tra editori ed autori in generale e il rischio di generare un monopolio di fatto nella vendita di tali libri. Ma dall'altra parte l'accordo stesso risulta in contrasto con uno dei principi fondamentali del *copyright*, quello relativo al consenso preventivo dell'avente diritto per l'utilizzo dell'opera¹¹⁶. Tali preoccupazioni sono state condivise dalla Corte distrettuale del *Southern District* dello Stato di New York il 22 marzo 2011¹¹⁷.

¹¹⁶ Per maggiori approfondimenti sul tema vedi Colangelo G., *Diritto comparato della proprietà intellettuale*, Bologna, Il Mulino, 2011, pag. 44 e seg.

¹¹⁷ Per il testo integrale della decisione vedi il sito www.copyright.gov.

2.3. La violazione del diritto d'autore italiano e del *copyright* statunitense in *Internet* e i nuovi rimedi

Sulla base dei cambiamenti analizzati nei paragrafi precedenti, la normativa italiana, nel tentativo di arginare l'utilizzo abusivo di materiali protetti, ha dedicato alcune norme alle misure tecnologiche di protezione, ossia a quegli accorgimenti atti ad impedire o l'accesso a materiale protetto o la copia dello stesso. In particolare, la legge sul diritto d'autore, come modificata dal D. lgs. n. 68/2003 in attuazione della direttiva n. 2001/29/CE, prevede che tali misure possano essere apposte dai titolari del diritto d'autore ovvero dai costitutori di banche-dati (artt. 102-*bis* e 102-*quater* l.d.a.), ma devono essere rimosse obbligatoriamente dietro richiesta dell'autorità competente per fini di sicurezza pubblica o per assicurare il corretto svolgimento di un procedimento amministrativo, parlamentare o giudiziario (art. 71-*quinques*).

Addentrando maggiormente nel tema delle violazioni del diritto d'autore in Italia, e prima ancora di guardare a come la normativa europea abbia modificato anche la tutela penale del diritto d'autore, è necessario partire dall'individuazione del bene giuridico tutelato dalle fattispecie di reato previste nell'ordinamento. Un primo dato significativo per la nostra indagine emerge dal fatto che la l. 633/41 non prevede alcuna tutela del diritto morale d'autore: il legislatore non ha ritenuto di dover tutelare penalmente la personalità dell'autore, ma, rimanendo ancorato alla tradizione che risale all'epoca dei privilegi sovrani, solamente gli interessi patrimoniali legati allo sfruttamento economico delle opere dell'ingegno¹¹⁸. A ciò si aggiunga che la tutela penale del diritto d'autore riguarda, in realtà, anche i c.d. diritti connessi

¹¹⁸ Cfr. Terracina, D., *La tutela penale del diritto d'autore e dei diritti connessi*, Torino, Giappichelli, 2006, pag. 91.

di natura strettamente economica e che il diritto morale acquista rilevanza solo come circostanza aggravante di fattispecie già perfette e lesive del solo diritto patrimoniale.

Il concetto di patrimonio viene generalmente inteso dalla dottrina più moderna nella sua accezione economico-giuridica, secondo la quale sarebbe caratterizzato tanto dalla effettiva rilevanza economica delle cose che ne fanno parte, quanto dalla loro dimensione giuridico-formale¹¹⁹. Più precisamente, tale dottrina suddivide i reati contro il patrimonio in due grandi categorie: a) la prima composta dai reati patrimoniali intesi in senso lato e, cioè, da tutte quelle fattispecie nelle quali l'oggetto di tutela è costituito dal potere del soggetto titolare del diritto sulla cosa; b) una seconda costituita dai reati contro il patrimonio intesi in senso stretto e, cioè, da quei reati aventi ad oggetto la tutela del patrimonio nella sua accezione materiale quale entità economica complessiva, dove la fattispecie incriminatrice prevede, quale elemento costitutivo, anche l'altrui danno patrimoniale. Ed è in tale seconda categoria di reati che rientrerebbero i delitti previsti dalla l. 633/41, delitti che mirano, infatti, a tutelare in particolar modo il diritto dell'autore a poter sfruttare economicamente ed in via esclusiva la propria opera dell'ingegno, escludendo dall'esercizio del diritto chiunque possa pregiudicarlo.

È stato più volte evidenziato come la materia del diritto d'autore sia estremamente particolare, in primo luogo per il fatto che, a differenza della generalità dei delitti contro il patrimonio, qui oggetto del reato è necessariamente un bene immateriale, un'opera dal carattere creativo e ciò comporta un conflitto tra diversi interessi in gioco che, certo, non possono essere ignorati. Emergono, infatti, anche interessi c.d. secondari, ovvero che travalicano quelli del singolo titolare andando ad

¹¹⁹ *Ibid.*, pag. 95.

assumere una rilevanza sociale, in particolare l'accesso al pubblico dell'opera stessa. In secondo luogo, infine, deve essere sottolineata la principale “minaccia”¹²⁰ al diritto d'autore, ovvero la rete *Internet*, che ha portato il pensiero giuridico penale a domandarsi se la rivoluzione digitale possa trovare una sufficiente regolamentazione nelle norme incriminatrici introdotte nel corpo della l.d.a. con la legge n. 248 del 2000.

Sul piano sanzionatorio, la novella citata ha innanzitutto apportato modifiche agli artt. 16 e 68 l.d.a., ed ha previsto, in caso di violazione delle disposizioni appena menzionate, la sospensione delle attività di fotocopia, xerocopia o analogo sistema di riproduzione, ma ha anche introdotto *ex novo* gli artt. 174-*bis*¹²¹ e 174-*ter* l.d.a.¹²² che prevedono un regime sanzionatorio amministrativo che, nel primo caso, è cumulativo con quello penale e, nel secondo caso, richiede che il fatto

¹²⁰ Così definita da Terracina, D., *La tutela penale del diritto d'autore e dei diritti connessi*, cit., pag. 142.

¹²¹ L'art. 174-*bis* l.d.a. prevede: “*Ferme le sanzioni penali applicabili, la violazione delle disposizioni previste nella presente sezione è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria pari al doppio del prezzo di mercato dell'opera o del supporto oggetto della violazione, in misura comunque non inferiore a euro 103,00. Se il prezzo non è facilmente determinabile, la violazione è punita con la sanzione amministrativa da euro 103,00 a euro 1032,00. La sanzione amministrativa si applica nella misura stabilita per ogni violazione e per ogni esemplare abusivamente duplicato o riprodotto.*”

¹²² L'art. 174-*ter* l.d.a. dispone, al primo comma: “*Chiunque abusivamente utilizza, anche via etere o via cavo, duplica, riproduce, in tutto o in parte, con qualsiasi procedimento, anche avvalendosi di strumenti atti ad eludere le misure tecnologiche di protezione, opere o materiali protetti, oppure acquista o noleggia supporti audiovisivi, fonografici, informatici o multimediali non conformi alle prescrizioni della presente legge, ovvero attrezzature, prodotti o componenti atti ad eludere misure di protezione tecnologiche è punito, purché il fatto non concorra con i reati di cui agli articoli 171, 171-*bis*, 171-*ter*, 171-*quater*, 171-*quinqies*, 171-*septies* e 171-*octies*, con la sanzione amministrativa pecuniaria di euro 154 e con le sanzioni accessorie della confisca del materiale e della pubblicazione del provvedimento su un giornale quotidiano a diffusione nazionale.*”

non concorra con i reati di cui agli artt. 171, 171-*bis*, 171-*ter*, 171-*quater*, 171-*quinquies*, 171-*septies* e 171-*octies* l.d.a..

Prima di analizzare le modifiche effettuate dal legislatore del 2000 sul piano del diritto penale sostanziale, si ricorda che si sono avute ulteriori modifiche dovute all'adesione dell'Italia all'Unione europea.

Già a partire dal Libro verde “Il diritto d'autore e le sfide tecnologiche – Problemi di diritto d'autore e che richiedono un'azione immediata”, del giugno del 1988¹²³, l'Unione europea ha prestato particolare attenzione agli effetti che lo sviluppo tecnologico e delle reti di comunicazione potevano avere sulla protezione dei diritti degli autori, in particolare sulla repressione della “pirateria intellettuale” che avrebbe necessariamente dovuto articolarsi in norme chiare, procedure ed azioni efficaci e sanzioni adeguate¹²⁴. A conferma di tale orientamento, sono stati successivamente elaborati una serie di Libri verdi¹²⁵ che hanno precisato i termini contraffazione e pirateria, con cui si indicano “tutti i prodotti, i processi, e i servizi che sono oggetto o risultato di una violazione di un diritto di proprietà intellettuale; questa nozione comprende i diritti di proprietà industriale (marchi di fabbrica e marchi commerciali, disegni e modelli industriali, brevetti di invenzione, modelli di utilità, indicazioni geografiche), i diritti degli autori e di diritti

¹²³ Per il testo integrale vedi il sito <http://ec.europa.eu>.

¹²⁴ Cfr. Libro verde “Il diritto d'autore e le sfide tecnologiche – Problemi di diritto d'autore e che richiedono un'azione immediata”, [COM(88) 172], giugno 1988, in <http://ec.europa.eu>.

¹²⁵ In particolare il Libro verde “Il diritto d'autore e i diritti connessi nella Società dell'informazione”, del 27 luglio 1995 [COM(95) 382], il Libro verde sulla “Convergenza tra i settori delle telecomunicazioni, dell'audiovisivo e delle tecnologie dell'informazione e sulle sue implicazioni normative – Verso un approccio alla società dell'informazione” del dicembre 1997 [COM(97) 623], e il Libro verde sulla “Lotta alla contraffazione ed alla pirateria nel mercato interno” dell'ottobre [1998 COM(98) 569], che seguono il Libro verde sul “Brevetto comunitario e il sistema dei brevetti in Europa” del giugno 1997 [COM(97) 314].

a questi connessi (diritti degli artisti, interpreti o esecutori, diritti dei produttori di fonogrammi, diritti dei produttori delle prime fissazioni di film, diritti degli organismi di radiodiffusione) e del diritto “*sui generis*” del costruttore di una banca dati”. Questa nozione consente di disciplinare, “non solo il caso di prodotti che vengono copiati illegalmente (i c.d. falsi), ma anche il caso di prodotti identici all'originale ma fabbricati senza il consenso del titolare del diritto nella Comunità, come per esempio i pezzi prodotti al di là del numero di esemplari autorizzato dal titolare del diritto”. La consapevolezza, a livello europeo, che con l'avvento di *Internet* e la fruibilità, attraverso la rete, di risorse e strumenti accessibili ed utili per la commissione di attività illecite rendessero più vulnerabili le opere dell'ingegno, ha portato ad elaborare un piano d'azione avente la finalità di promuovere l'uso sicuro di *Internet* attraverso la lotta alle informazioni di contenuto illegale e nocivo diffuse attraverso le reti globali¹²⁶. Più precisamente, dobbiamo far riferimento alla decisione 1151/2003/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 giugno 2003¹²⁷, che ha prorogato la durata del piano, nonché alla decisione 854/2005/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 11 maggio 2005¹²⁸, la quale ha istituito un programma comunitario pluriennale per la promozione di un uso più sicuro di *Internet* e delle nuove tecnologie *on-line*. Al fine di garantire condizioni eque all'interno del mercato unico e pertanto promuovere un coordinamento legislativo relativamente alla digitalizzazione e all'accessibilità *on-line* del materiale culturale, è stata emanata la direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29

¹²⁶ Cfr. Flor R., *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet: un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, Padova, CEDAM, 2010, pag. 36.

¹²⁷ In G.U. L 162, del 1 luglio 2003.

¹²⁸ In G.U. L 149, del 11 giugno 2005.

aprile 2004 (la c.d. “direttiva *Enforcement*”) sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale¹²⁹, attuata in Italia con il D.lgs. 16 marzo 2006, n. 140, che ha ulteriormente modificato la legge sul diritto d'autore.

Su questa linea, da ultimo, si menziona l'iniziativa lanciata dalla Commissione europea, nella comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico sociale europeo e al Consiglio delle regioni del 3 gennaio 2008 e finalizzata, tenuto conto delle sempre maggiori possibilità di accesso a *Internet* e di diffusione dei contenuti, al potenziamento dello sviluppo di nuovi modelli economici per favorire anche in questa materia, il mercato unico europeo¹³⁰. Lo stesso Consiglio, infatti, nelle sue conclusioni del novembre 2008¹³¹, riconosce che tale distribuzione *on-line* dei beni culturali e creativi costituisce un fattore di accesso alla cultura, allo sviluppo economico, all'occupazione e alla diversità culturale, ma è necessario che gli Stati adottino le discipline volte a combattere la *cyber-criminalità*, visto il carattere transazionale di questo tipo di reati e vista la potenziale grande distanza tra l'autore del reato e la vittima, nonché l'estrema velocità con cui tali reati possono essere commessi. La l. 9 gennaio 2008, n. 2, ha di conseguenza introdotto, nell'art. 70 l.d.a., il co. 1-*bis*, che consente la libera pubblicazione attraverso la rete *Internet*, a titolo gratuito, di immagini e musiche a bassa risoluzione o degradate, per un uso didattico o scientifico e solo nel caso in cui tale utilizzo non sia a scopo di lucro¹³².

¹²⁹ In G.U. L 195/16, del 2 giugno 2004.

¹³⁰ Cfr. Flor R., *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet: un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, cit., pag. 43.

¹³¹ In G.U. C 319, del 13 dicembre 2008.

¹³² La stessa norma prevede che con decreto del Ministro per i beni e le attività culturali, sentiti il Ministro della pubblica istruzione e il Ministro dell'università e della ricerca, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti, sia definiti i limiti all'uso didattico e scientifico.

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona si è posta una chiara base giuridica a fondamento della competenza penale dell'Unione in determinati settori della criminalità, che presentino i caratteri della gravità e della transnazionalità. In particolare, il nuovo art. 83 TFUE prevede che “il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni”. Tra tali sfere di criminalità è compresa espressamente la criminalità informatica, su cui l'Unione ha la competenza ad emanare “norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione possono essere stabilite tramite direttive”.

Le sanzioni penali previste dalla l.d.a. si sono così adeguate ai principi e alle direttive elaborati dalle istituzioni europee, e sono oggi inserite nella sezione II del capo III l.d.a., che si apre con l'art. 171, considerato come una norma di chiusura, diretta a reprimere penalmente quei fatti non riconducibili ad altre fattispecie penali¹³³. L'art. 171 fa, infatti, salvo quanto disposto dagli artt. 171-*bis* e 171-*ter*, e prevede in via generale la sanzione della multa da 51 a 2.065 euro per chiunque, a qualsiasi scopo e in qualsiasi forma, “*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*”. Questa ipotesi, prevista alla lett. a) *bis* del co. 1, è stata aggiunta dalla L. 31 marzo 2005, n. 43, all'elenco contenuto nello stesso comma, elenco che riunisce una pluralità di condotte realizzabili a qualsiasi scopo e in

¹³³ Cfr. Flor R., *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet: un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, cit., pag. 166.

qualsiasi forma, ma tutte connotate dal requisito “*senza averne diritto*”.

Al co. 2, l'art. 171 prevede inoltre che chi ha violato la disposizione di cui alla lett. a) *bis* che “*è ammesso a pagare, prima dell'apertura del dibattimento, ovvero prima dell'emissione del decreto penale di condanna, una somma corrispondente alla metà del massimo della pena stabilita dal primo comma per il reato commesso, oltre le spese del procedimento. Il pagamento estingue il reato*”. L'art. 171-bis l.d.a. tutela le fattispecie del *software* e della banca dati e, così come modificato dalla l. n. 248 del 2000, dispone, al primo comma, che “*Chiunque abusivamente duplica, per trarne profitto, programmi per elaboratore o ai medesimi fini importa, distribuisce, vende, detiene a scopo commerciale o imprenditoriale o concede in locazione programmi contenuti in supporti non contrassegnati dalla Società italiana degli autori ed editori (SIAE), è soggetto alla pena della reclusione da sei mesi a tre anni e della multa da euro 2.582 a euro 15.493. La stessa pena si applica se il fatto concerne qualsiasi mezzo inteso unicamente a consentire o facilitare la rimozione arbitraria o l'elusione funzionale di dispositivi applicati a protezione di un programma per elaboratori. La pena non è inferiore nel minimo a due anni di reclusione e la multa a euro 15.493 se il fatto è di rilevante gravità*”. La differenza rispetto alla sua formulazione iniziale è l'elemento finalistico del “*fine di lucro*”, oggi sostituito con “*di profitto*”; inoltre, era presente la locuzione “*sapendo o avendo motivo di sapere che si tratta di copie non autorizzate*” successivamente soppressa. L'art. 171-ter è stato invece inserito nel corpo normativo della l.d.a. dal co. 1 dell'art. 17 D. lgs. n. 685/1994, di attuazione della direttiva 92/100/CE ed inoltre modificato dalla l. n. 248/2000 nonché dalla l. n. 128/2004 e infine dalla citata l. n. 43/2005, nella necessità, inizialmente, di aggiornare le norme penalistiche relative alla duplicazione e riproduzione delle opere tutelate dal diritto d'autore che più erano colpite dalla progressiva espansione dei fenomeni

criminosi, e successivamente di promuovere la diffusione al pubblico e la fruizione per via telematica delle opere dell'ingegno e contemporaneamente reprimere le violazioni del diritto d'autore che si manifestano nei sistemi di reti telematiche¹³⁴. È quindi confermata la natura residuale dell'art. 171 l.d.a., in quanto, mentre sul piano oggettivo è possibile una sovrapposizione di condotte, sul piano soggettivo sussistono evidenti differenze (dolo generico *ex art. 171 l.d.a.*, dolo specifico *ex artt. 171-bis e 171-ter l.d.a.*)¹³⁵. Brevemente, tra gli artt. successivi, quelli introdotti dalla l. 248/2000 sono l'art. 171-*quinquies*, che equipara alla concessione in noleggio, ai fini predisposti dalla l.d.a., “la vendita con patto di riscatto ovvero sotto condizione risolutiva”¹³⁶; l'art. 171-*septies*, che estende la punibilità della fattispecie prevista dal co. 1 art. 171-*ter* ai produttori o importatori dei supporti non soggetti al contrassegno SIAE; l'art. 171-*octies*, il quale sanziona “*chiunque a fini fraudolenti produce, pone in vendita, importa, promuove, installa, modifica, utilizza per uso pubblico e privato apparati o parti di apparati atti alla decodificazione di trasmissioni audiovisive ad accesso condizionato effettuate via etere, via satellite, via cavo, in forma sia analogica sia digitale*” e che è stato oggetto di un giudizio di costituzionalità relativamente recente¹³⁷; l'art. 171-*nonies*, che prevede

¹³⁴ *Ibid.*, pag. 168-169.

¹³⁵ Vi è infatti in dottrina una contrapposta tesi, la quale vede nella citata clausola solo un avvertimento all'interprete per risolvere il problema del concorso di norme; vedi Flor R., *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet: un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, cit., pag. 165-166.

¹³⁶ L'art. 171-*quinquies* specifica inoltre le condizioni: ossia “*quando sia previsto che nel caso di riscatto o di avveramento della condizione il venditore restituisca una somma comunque inferiore a quella pagata oppure quando sia previsto da parte dell'acquirente, al momento della consegna, il pagamento di una somma a titolo di acconto o ad altro titolo comunque inferiore al prezzo di vendita.*”

¹³⁷ Con la sentenza n. 426 del 16-19 dicembre 2004 (in www.giurcost.org) la Corte Costituzionale è stata chiamata a giudicare in via incidentale sulla legittimità

un'ipotesi di “ravvedimento operoso” stabilendo che “*la pena principale per i reati di cui agli articoli 171-bis, 171-ter e 171-quater è diminuita da un terzo alla metà e non si applicano le pene accessorie a colui che, prima che la violazione gli sia stata specificatamente contestata in un atto dell'autorità giudiziaria, la denuncia spontaneamente o, fornendo tutte le informazioni in suo possesso, consente l'individuazione del promotore o organizzatore dell'attività illecita di cui agli articoli 171-ter e 171-quater, di altro duplicatore o di altro distributore, ovvero il sequestro di notevoli quantità di supporti audiovisivi e fonografici o di strumenti o materiali serviti o destinati alla commissione dei reati*”, anche se la vera *ratio* sarebbe da individuare, piuttosto che in una vera ipotesi di ravvedimento, nelle esigenze repressive e di economicità delle indagini e giudiziaria¹³⁸. Da ultimo, si segnala l'art. 171-*octies*-1 l.d.a., inserito dall'art. 13 D.lgs. 16 marzo 2006, n. 140, in attuazione della direttiva 2004/48/CE (direttiva *enforcement*), il quale sanziona chiunque si rifiuti di rispondere alle domande ai sensi dell'art. 156-*ter* – nel caso, cioè, di ordine del giudice affinché vengano fornite informazioni sull'origine e sulle reti di distribuzione delle merci e servizi pregiudizievoli ai sensi della l.d.a., all'interno un giudizio cautelare o di merito – ovvero fornisce informazioni false.

La dimensione globale che caratterizza le nuove tipologie di condotta, che hanno ad oggetto nuovi e specifici prodotti sorti con lo sviluppo tecnologico, diversifica in modo profondo l'illecito commesso nel

costituzionale dell'art. 171-*octies* l.d.a., con riferimento all'utilizzazione illecita per uso privato di apparati o parti di apparati atti alla decodificazione di trasmissioni audiovisive ad accesso condizionato; la Corte ha stabilito che la condotta illecita posta in essere dai privati deve essere sanzionata sul piano amministrativo ai sensi dell'art. 6 del D.lgs. n. 373/2000.

¹³⁸ Cfr. Flor R., *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet: un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, cit., pag. 177.

*cyberspace*¹³⁹ e quello commesso nel *real world*, in virtù della dimensione strutturalmente “tecnologica” e “globale” dello spazio cibernetico, che condiziona le stesse categorie dell'azione e dell'evento¹⁴⁰. Sebbene la rete *Internet* sia percepita dagli utenti come una sorta di “ambiente”, il *cyberspazio* in realtà non è un'entità geografica, non è un luogo fisico, ma è un mezzo di comunicazione decentralizzato, dove tutto è a disposizione di tutti e dove è assai difficile, se non impossibile, la collocazione dello spazio dei soggetti che utilizzano il *Web*. Questo rende problematica l'applicazione di quei principi e di quelle disposizioni del diritto penale, ad esempio quelle basate sul concetto di luogo. Si pensi ad esempio all'art. 196 l.d.a., che fa riferimento al luogo di prima pubblicazione dell'opera, identificandolo con il luogo in cui sono esercitati per la prima volta i diritti di utilizzazione economica: nel caso di un'opera pubblicata per la prima volta in *Internet*, come può essere identificato questo luogo? Ancora, si pensi ad ogni volta in cui la condotta degli utenti possa configurare una fattispecie di reato e ci si debba pertanto chiedere dove, effettivamente, la stessa vada localizzata, quale legge vada applicata e dove debba essere radicata la competenza per territorio¹⁴¹. Non è quindi facile identificare il *locus commissi delicti* e se esso vada individuato nel luogo dove si trova l'utente del servizio piuttosto che nel luogo di ricezione della comunicazione, con il rischio concreto di assicurare

¹³⁹ Massimini A., *Cyberdiritto. Il diritto d'autore dell'era di Internet*, Edizione Simone, Napoli, 1999, pag. 10.

¹⁴⁰ Cfr. Flor R., *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet: un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, cit., pag. 184.

¹⁴¹ Cfr. Terracina, D., *La tutela penale del diritto d'autore e dei diritti connessi*, cit., pag. 150.

l'impunità o al soggetto che trasmette illecitamente o a quello che illecitamente riceve l'opera dell'ingegno protetta dal diritto d'autore.

In relazione alle fattispecie di reato previste dall'art. 171 l.d.a., non sembrerebbero sussistere particolari difficoltà nel qualificare come riproduzione penalmente rilevante anche quella effettuata tramite *Internet*, dal momento che l'art. 13 l.d.a. fa riferimento a qualsiasi procedimento di riproduzione e dal momento che l'oggetto di tutela non è il supporto in cui l'opera dell'ingegno viene incorporata, ma il c.d. *corpus mysticum* e, cioè, l'opera intesa come bene immateriale¹⁴².

Problemi sorgono invece in relazione alle condotte di introduzione e di messa in circolazione dell'opera nel territorio dello Stato, dal momento che ritenere che il *cyberspazio* possa essere considerato territorio italiano a tutti gli effetti rappresenterebbe una *fictio iuris* inaccettabile per il diritto penale, lesiva del divieto di analogia di cui all'art. 25 Cost. e 14 disp. prel. c.c., ma eventualmente superabile nel momento in cui opera passa dal *cyberspazio* alla memoria del *computer*, o viene poi incorporata in un supporto magnetico, in quanto essa abbandona il mondo virtuale per assumere una sua fisicità¹⁴³.

Il legislatore si trova quindi nella necessità di costruire delle fattispecie *ad hoc*, in modo da tutelare effettivamente il bene giuridico, quello patrimoniale, oggetto del diritto d'autore. Parte della dottrina rileva l'inutilità dell'inasprimento delle sanzioni ad opera della novella del

¹⁴² Come è stato evidenziato nel primo paragrafo di questo capitolo, una parte della dottrina ha affermato che una vera e propria dematerializzazione dell'opera non si ha nemmeno con la digitalizzazione, poiché “comporta sempre una conversione in codice binario dell'opera ed al momento della ricezione il contenuto viene nuovamente riprodotto e tale riproduzione può essere salvata o meno nella memoria del *computer*, a seconda delle esigenze concrete che di volta in volta si presentano”; vedi Ercolani, *Il diritto d'autore e i diritti connessi. La legge n. 633 del 1941 dopo l'attuazione della direttiva 2001/29/CE*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 102 ss.

¹⁴³ Terracina, D., *La tutela penale del diritto d'autore e dei diritti connessi*, cit., pag. 151.

2000, poiché essa non fa altro che mettere a nudo i difetti principali di un ordinamento penale che in generale fatica a tenere il passo ad una costante democraticizzazione della società¹⁴⁴.

Sulla base di queste considerazioni, una problematica relativa all'immissione *on-line* di un'opera protetta, riscontrata nell'ordinamento italiano e che ha evidenziato i limiti del sistema penale appena delineato, è quella del *file-sharing* (ossia condivisione di *file*) in una rete comune e in *Internet*. Può avvenire in modalità *client-server*, cioè con la presenza di un *server* che permette ai *client* di condividere le risorse gestendo le modalità di accesso e di fruizione delle informazioni, ovvero tramite sistemi *peer to peer* (p2p), dove invece vi è una rete di *computer* che possiede un numero di nodi equivalenti (*peer*) che fungono sia da *client* che da *server* verso altri nodi della rete e che richiedono che ciascun utente proceda ad un *upload* di una parte di dati per poter fruire dell'opera tramite il *download*¹⁴⁵. La difficoltà maggiore che si incontra, nell'applicazione delle fattispecie penali di immissione abusiva *on-line* delle opere dell'ingegno attraverso sistemi p2p, è costituita dal profilo dell'imputazione della responsabilità penale: nel momento in cui ciascun utente si connette ad un *server* centrale per recepire *file* (in questo caso opere dell'ingegno in formato digitale), quest'ultimo è la fonte dell'immissione in rete dell'opera; e allora sembrerebbe sussistere l'integrazione di una ipotesi *ex art. 171, co. 1, lett. a) bis l.d.a.*, in quanto il *server provider* dovrebbe essere ritenuto responsabile, quantomeno in concorso, poiché ha contribuito a mettere a disposizione del pubblico un'opera protetta, rimanendo invece esenti da responsabilità i singoli

¹⁴⁴ Ci si riferisce a Terracina, D., *La tutela penale del diritto d'autore e dei diritti connessi*, cit., pag. 154.

¹⁴⁵ Cfr. Flor R., *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet: un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, cit., pag. 336.

utenti, i quali si sono limitati ad effettuare il *download*. Senza voler anticipare quanto si dirà nel prossimo capitolo relativamente alla responsabilità degli ISP, ciò che la giurisprudenza¹⁴⁶ ha evidenziato nel caso del *file sharing* è che è necessario andare a vedere che tipo di attività i gestori del sito hanno posto in essere, se di mera diffusione (come quella ascrivibile ai singoli utenti) ovvero diretta a indicizzare e tracciare le informazioni facilitando la reperibilità delle opere (in tal caso essi dovrebbero essere ritenuti responsabili ai sensi del citato art. 171 co. 1, lett. a) *bis* l.d.a.).

L'analisi giuridica in prospettiva comparata della tutela penale del diritto d'autore e dei diritti connessi non può prescindere da uno sguardo all'esperienza statunitense, soprattutto perché gli Stati Uniti sono stati i pionieri nella lotta alla criminalità informatica: l'“informatizzazione” della società iniziava a manifestarsi già verso la fine del 1970, con largo anticipo rispetto ad ogni altro Paese occidentale¹⁴⁷. Tralasciando i profili storici del *copyright infringement*¹⁴⁸, ci soffermeremo su come la rivoluzione informatica e *Internet* abbiano influenzato lo stato attuale della normativa federale.

Il primo caso giudiziario emblematico dei cambiamenti sostanziali avvenuti con la nuova era digitale è stato *United States v. LaMacchia* negli anni '90: David LaMacchia, studente del M.I.T., aveva curato due *bulletin boards* (Cynosure e Cynosure II) con cui incoraggiava gli utenti ad effettuare *upload* di *softwares* protetti da *copyright* garantendo il

¹⁴⁶ Vedi Corte di Cassazione penale, sez. III, sentenza 23/12/2009 n° 49437 nel caso “*The Pirate Bay*”, in www.altalex.com.

¹⁴⁷ Cfr. Flor R., *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet: un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, cit., pag. 68.

¹⁴⁸ Alla quale si rinvia in Flor R., *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet: un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, cit., pag. 68 e seg.

successivo *download* di altri programmi senza corrispondere *fees* o *royalties* alle case di produzione¹⁴⁹. Il problema fondamentale che ha suscitato tale caso è stato il fatto che non poteva trovare applicazione il 17 U.S.C. §506(a)¹⁵⁰, poiché, nel caso di specie, non sussisteva il fine di ottenere vantaggi commerciali o guadagno personale, l'intento era invece quello di facilitare lo scambio di *softwares* fra più utenti, fungendo da *system operator*, in nome dell'“*hacker ethic*”. La soluzione ipotizzata è stata, con una forzatura interpretativa, l'applicazione del titolo 18 U.S.C. §1343 per violazione dei *wire fraud statutes*¹⁵¹; simile soluzione però non venne condivisa dalla *U.S. District Court* (distretto del Massachusetts), la quale dichiarò l'inapplicabilità di tale fattispecie alle violazioni del *copyright*, assolvendo LaMacchia¹⁵². I limiti e l'inefficacia, dimostrate sul piano sostanziale del diritto penale positivo americano, del *criminal copyright law* nel *cyberspace* ed in casi di *p2p file sharing*, fece reagire il legislatore statunitense: veniva infatti

¹⁴⁹ *Ibid.*, pag. 75.

¹⁵⁰ Il titolo 17 U.S.C. §506(a) puniva “[a]ny person who infringes a copyright willfully and for purposes of commercial advantage or private financial gain”.

¹⁵¹ Il *wire fraud statute*, 18 U.S.C. §1343 (1994) prevede un illecito basato su uno “schema fraudolento” o diretto ad ottenere denaro o beni per mezzo di false o fraudolente rappresentazioni o promesse, che punisce condotte mediante filo, radio, televisione di scritti, segni, segnali, immagini o suoni ai fini dell'esecuzione di tale artificio. (“Whoever, having devised or intending to devise any scheme or artifice to defraud, or for obtaining money or property by means of false or fraudulent pretenses, representations, or promises, transmits or causes to be transmitted by means of wire, radio, or television communication in interstate or foreign commerce, any writings, signs, signals, pictures, or sounds for the purpose of executing such scheme or artifice, shall be fined under this title or imprisoned not more than 20 years, or both. If the violation occurs in relation to, or involving any benefit authorized, transported, transmitted, transferred, disbursed, or paid in connection with, a presidentially declared major disaster or emergency (as those terms are defined in section 102 of the Robert T. Stafford Disaster Relief and Emergency Assistance Act (42 U.S.C. 5122)), or affects a financial institution, such person shall be fined not more than \$1,000,000 or imprisoned not more than 30 years, or both”).

¹⁵² Il testo integrale della sentenza si trova sul sito www.loundy.com.

emanato nel 1995 il *Criminal Copyright Act*, il quale estendeva la punibilità a chi “*receipt of anything of value, including the receipt of other copyrighted works*”¹⁵³, cioè a chiunque si appropriasse di una opera protetta da *copyright* al di là di un guadagno personale di sorta.

Ovviamente, anche sul piano penalistico, ha giocato un ruolo fondamentale l'entrata in vigore del DMCA: si pensi all'introduzione degli illeciti di elusione (*circumventing*) dei sistemi di protezione del *copyright* e di compromissione dell'integrità delle “*copyright management information*” ex § 1204¹⁵⁴, titolo 17 U.S.C., che sanziona la violazione dei §§ 1201 e 1202, a cui si rinvia¹⁵⁵, oppure alla modifica con il §302 del DMCA del §117 del *Copyright Act*, aggiungendo i §117c e 117d, che consentono al titolare del *copyright* di autorizzare la riproduzione di copie del *software* nella memoria RAM del computer per fini di manutenzione o riparazione.

In sostanza, oggi, le violazioni penali del *copyright* sono previste dal titolo 17 U.S.C. §506; dal titolo 17 U.S.C., §1204; dal titolo 18 U.S.C., §§2318 e 2319. Per l'applicazione di tali norme sono necessari quattro elementi costitutivi, cinque se si considera l'ipotesi prevista dal titolo 17 U.S.C. §506a: la *ownership* e l'esistenza di un valido *copyright*, la cui

¹⁵³ Vedi S. 1122, 104th Cong. 1st sess. (1995) in <http://digital-law-online.info>.

¹⁵⁴ Cfr. titolo 17 U.S.C., §1204, che rinvia alle violazioni dei §§ 1201 e 1202, dispone: “**(a) In General.** —Any person who violates section 1201 or 1202 willfully and for purposes of commercial advantage or private financial gain. (1) shall be fined not more than \$500,000 or imprisoned for not more than 5 years, or both, for the first offense; and (2) shall be fined not more than \$1,000,000 or imprisoned for not more than 10 years, or both, for any subsequent offense. **(b) Limitation for Nonprofit Library, Archives, Educational Institution, or Public Broadcasting Entity.** Subsection (a) shall not apply to a nonprofit library, archives, educational institution, or public broadcasting entity (as defined under section 118(f)). **(c) Statute of Limitations.** No criminal proceeding shall be brought under this section unless such proceeding is commenced within 5 years after the cause of action arose.”

¹⁵⁵ *Supra*, pag. 26.

prova può essere costituita dal possesso di un certificato di registrazione, ottenuto prima del fatto o entro cinque anni dalla prima pubblicazione¹⁵⁶, anche se non viene considerato un requisito costitutivo della protezione penale¹⁵⁷; la violazione, il c.d. *infringement*, il cui concetto non è espressamente definito dall'*Act* ma è implicitamente ricavabile dal titolo 17 U.S.C. §501¹⁵⁸, secondo il quale viola il *copyright* chi, senza autorizzazione del titolare, esercita uno dei diritti esclusivi di quest'ultimo, ovvero uno dei diritti derivati, senza essere giustificato da una *defense* o da una esenzione (*exemption*); l'elemento soggettivo dell'intenzione (*willfulness*) inteso come un *quid pluris* rispetto alla semplice prova della distribuzione o riproduzione abusiva, cioè come intento di violare un “noto” obbligo giuridico¹⁵⁹; il *private financial gain*, che include non solo le transazioni monetarie ma anche il ricevimento di qualcosa di valore, comprese altre opere protette da

¹⁵⁶ Cfr. titolo 17 U.S.C. 410c., in base al quale: “*In any judicial proceedings the certificate of a registration made before or within five years after first publication of the work shall constitute prima facie evidence of the validity of the copyright and of the facts stated in the certificate. The evidentiary weight to be accorded the certificate of a registration made thereafter shall be within the discretion of the court.*”

¹⁵⁷ Cfr. 17 U.S.C. §102a.

¹⁵⁸ Il titolo 17 U.S.C. §501 dispone: “*Anyone who violates any of the exclusive rights of the copyright owner as provided by sections 106 through 122 or of the author as provided in section 106A(a), or who imports copies or phonorecords into the United States in violation of section 602, is an infringer of the copyright or right of the author, as the case may be. For purposes of this chapter (other than section 506), any reference to copyright shall be deemed to include the rights conferred by section 106A(a). As used in this subsection, the term “anyone” includes any State, any instrumentality of a State, and any officer or employee of a State or instrumentality of a State acting in his or her official capacity. Any State, and any such instrumentality, officer, or employee, shall be subject to the provisions of this title in the same manner and to the same extent as any nongovernmental entity.*”

¹⁵⁹ Una linea guida nell'interpretazione di tale elemento è rinvenibile nel NET Act del 1997 §2b (17 U.S.C. §506a), secondo il quale: “*la prova di riproduzione o distribuzione di un'opera protetta, per sé, non è sufficiente per ritenere sussistente la violazione intenzionale*”.

copyright, oppure il *commercial advantage* che, invece, include sia il pagamento per i prodotti contraffatti sia l'utilizzo degli stessi nelle attività economiche per ottenere un vantaggio rispetto ad un concorrente; e, infine, il superamento delle soglie di violazione o di punibilità, temporali (180 gg.) e quantitative (per numero di copie e per valore)¹⁶⁰.

Come già accennato, nel quadro della tutela penale del *copyright* negli Stati Uniti, esistono delle *defenses* che si articolano in: lo *Statute of limitation*, ovvero, *ex* §507, titolo 17 U.S.C., nessun procedimento penale può essere instaurato se non entro cinque anni dal momento in cui si è realizzata l'ultima violazione del *copyright*; la *first sale doctrine*, di cui abbiamo trattato nel precedente paragrafo; il *fair use*. In particolare quest'ultimo, inteso dalla Suprema Corte degli Stati Uniti come bilanciamento di interessi (quelli degli autori dell'opera alla protezione della stessa e quello della promozione della creatività¹⁶¹) presenta delle particolarità in caso di violazione del *copyright on-line*. Ad esempio, la giurisprudenza statunitense ha escluso, nel caso *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*¹⁶², la possibilità di ricorrere al *fair use* sulla base del “carattere” dell'attività posta in essere di scambio di *file* MP3 fra utenti, che nulla aggiungeva, in termini di creatività, all'opera; la Corte, ovviamente, ha comunque riconosciuto il carattere creativo delle opere che gli utenti scaricavano, poiché era innegabile che tale attività fosse lesiva del mercato delle opere.

¹⁶⁰ Cfr. Flor R., *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet: un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, cit., pag. 87.

¹⁶¹ *Sony Corp. Of Am. v. Universal Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 448 (1984), in www.law.cornell.edu.

¹⁶² *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.* 239 F.3d, 1004, 1023, 57 U.S.P.Q.2d 1729 (9th Cir. 2001), in <http://www2.lib.uchicago.edu>.

Capitolo III

Copyright e Internet: nuove prospettive

3.1. Il *download* e lo *streaming*

Il costante aumento della quantità di informazioni disponibili in rete, in virtù dell'incessante sviluppo di nuovi modelli di elaborazione, distribuzione e fruizione delle stesse, ha portato all'affermazione, come protagonisti di tale processo di disintermediazione culturale, gli operatori “*over the top*”, ossia operatori che forniscono servizi di distribuzione dei contenuti audiovisivi tramite connessioni a banda larga, accomunando produttori e utenti di tali contenuti o servizi¹⁶³. In questo contesto tecnologico, la domanda degli utenti finali è indirizzata verso due tipologie di *driver* tra loro complementari, i contenuti o servizi digitali e le connessioni alle reti, con un rapporto biunivoco tra essi: da una parte, gli utenti finali acquisiscono, a titolo gratuito oppure a pagamento, informazioni, contenuti, servizi ed applicazioni; dall'altra essi attribuiscono valore alla qualità dell'accesso e alla velocità delle connessioni consentite dalle infrastrutture trasmissive e la diffusione di servizi e contenuti audiovisivi¹⁶⁴.

I due modelli principali di distribuzione nel mercato dei video in rete sono, al giorno d'oggi, il *download* (scaricamento del *file* sul terminale dell'utente) e lo *streaming* (fruizione e visualizzazione senza scaricamento). Per quanto riguarda il primo, emerge la questione

¹⁶³Pollicino O., Bertolini E., Lubello V., *Internet: regole e tutela dei diritti fondamentali*, in *RULES Research Unit Law and Economics Studies, Paper n. 2013-12*, www.unibocconi.it, pag. 6.

¹⁶⁴*Ibidem*.

fondamentale della protezione del diritto d'autore, in quanto risulta assai difficile limitare la diffusione dei contenuti tra gli utenti-consumatori se i contenuti sono raccolti e salvati nei *computer* di questi ultimi. Ecco perché i produttori di contenuti e *broadcaster* considerino più favorevolmente il modello dello *streaming*, che consente agli inserzionisti d'inserire i messaggi pubblicitari durante il caricamento dei video e senza che gli utenti possano agevolmente bypassarli.

Una delle vicende giudiziarie più famose che hanno acceso il dibattito sulla violazione del diritto d'autore in Rete e sul problema del *download* è stata quella dei *software* di *file sharing* nel settore musicale (*Napster* e *Kazaa*). Tale settore, infatti, è stato senza dubbio tra le prime vittime di *Internet*. Nel giugno del 1999 si affermava uno dei più popolari sistemi p2p per la condivisione di musica digitale, appunto Napster, creato da due informatici statunitensi studenti della Northeastern University di Boston, Shawn Fanning e Sean Parker. L'utente, una volta scaricato il programma denominato "*music share*" dal sito *napster.com*, aveva accesso all'archivio dei file Mp3 contenuti in *computer* dislocati in tutto il mondo. Napster si diffuse in modo così rapido da costringere l'intervento delle case discografiche¹⁶⁵ e dell'autorità giudiziaria: la Corte distrettuale, chiamata preliminarmente ad individuare la responsabilità giuridica in tema di violazioni del diritto d'autore in casi del genere, ordinava a Napster Inc. di chiudere l'attività a causa della ripetuta violazione del *copyright*¹⁶⁶. Il caso, però, sollevava un forte clamore mediatico e di lì a poco sorsero altri *software* di condivisione

¹⁶⁵La RIIA (*Record Industry Association of America*) ha citato in giudizio Shawn Fanning chiedendo la chiusura di Napster in quanto il *software* permetteva una sistematica violazione del diritto d'autore. Celebre è stato il caso della *band heavy metal* Metallica che, nell'aprile del 2000, si schierava apertamente contro il servizio di condivisione.

¹⁶⁶Cfr. Viaciago G., *Internet e responsabilità giuridiche*, Piacenza, La Tribuna, 2002.

p2p di brani musicali, quali Kazaa e Morpheus, che ne superarono in poco tempo il numero di utenze¹⁶⁷.

Un altro metodo per condividere e scaricare è costituito dal sistema dei *torrent*: ogni singolo *file* è diviso in moltissimi frammenti, tutti contrassegnati da un codice identificativo e caricati su una lista di siti (i cosiddetti *tracker*); una volta cercato il *file*, un *software* apposito inizia a scansionare tutti i *computer* del mondo collegati in quel momento e scarica tutte le parti dove sono disponibili.

Occorre ricordare, ancora, i sistemi basati sulla combinazione tra un *forum* che mette a disposizione *link* per il *download* con i servizi offerti da siti *web* per il *file hosting*¹⁶⁸. Un servizio di *file hosting*, o “archiviazione di *file*”, permette agli utenti di ospitare contenuti multimediali all’interno di appositi *server web*. Tali sistemi nascono per l’allocazione *on-line* di dati personali in modo da conservarli e/o condividerli in via del tutto legale¹⁶⁹.

In Italia si è cercato di ovviare a tale problematica con il Regolamento Antipirateria dell’AGCOM¹⁷⁰, entrato in vigore il 31 marzo 2014 e mirato a tutelare il diritto d’autore. È stato realizzato un sito *ad hoc* dove effettuare le segnalazioni, le quali possono provenire dal titolare del diritto d’autore o da associazioni di gestione collettiva o di categoria. Il

¹⁶⁷Cfr. Laprovitera F., *Pirateria on-line: tra abitudini ancestrali e nuove strategie di lotta*, in Rivista telematica www.altalex.com, 3 marzo 2016.

¹⁶⁸Si pensi a Rapidshare, Mediafire, Easybitez o al famoso Megaupload, il quale fu chiuso il 19 gennaio 2012 dopo essere stato sequestrato dal Dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti d’America per violazione di *copyright* e pirateria.

¹⁶⁹Laprovitera F., *Pirateria on-line: tra abitudini ancestrali e nuove strategie di lotta*, cit.

¹⁷⁰Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, istituita con la L. 249/1997 che svolge funzioni di regolamentazione e vigilanza nei settori delle telecomunicazioni, dell’audiovisivo, dell’editoria e, più recentemente, delle poste e la cui competenza si estende anche alla trasmissione dei dati, incluso l’accesso a *Internet*.

procedimento è particolarmente veloce: l'*Authority* riceve le segnalazioni e, se riscontra una violazione, chiede la rimozione del contenuto, entro 35 giorni dalla ricezione dell'istanza. Se l'ordine non ha seguito, si avvia la procedura di blocco. Infine, in caso di inottemperanza da parte dei siti che ospitano i contenuti digitali illegali, l'Autorità dà comunicazione agli organi di Polizia Giudiziaria, applicandosi inoltre le sanzioni di cui alla L. 249 del 1997 (da 10 mila a 258 mila euro)¹⁷¹. Tuttavia, nonostante i buoni propositi, a distanza di un anno dall'emanazione del provvedimento i risultati non hanno dato ragione all'AGCOM: al 27 marzo 2015, sono state 209 le istanze di intervento ricevute, che hanno dato vita a 134 procedimenti¹⁷², visto che negli altri casi sono state ritirate prima o archiviate¹⁷³.

Anche altri Paesi europei hanno adottato meccanismi simili: in Francia nel 2009 è stata adottata una legge, relativa alla diffusione e protezione della creazione su *Internet*¹⁷⁴, che ha sanzionato tramite un meccanismo di "risposta adeguata" il *download* illegale di musica, film, opere audiovisive su *Internet*, ed ha istituito l'autorità amministrativa indipendente preposta al controllo del comportamento degli utenti *on-*

¹⁷¹Vedi Capo III rubricato "Procedure a tutela del diritto d'autore online ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n.70" Allegato A, Delibera 680/13/CONS del 12 dicembre 2013, Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del Decreto Legislativo 9 aprile 2003, n. 70.

¹⁷²Cfr. Scorza G., *Diritto d'autore online: un anno di Regolamento Agcom. Numeri, tempi e costi della 'giustizia parallela'*, in Rivista telematica www.ilfattoquotidiano.it.

¹⁷³Cfr., Laprovitera F., *Pirateria on-line: tra abitudini ancestrali e nuove strategie di lotta*, cit.

¹⁷⁴Ci si riferisce alla legge c.d. *Hadopi*, n. 2009-669 del 12 giugno 2009, che prende il nome proprio da tale autorità amministrativa indipendente.

line lesivo del diritto d'autore¹⁷⁵; in Spagna, dove la crescita esponenziale del fenomeno della pirateria *on-line* ha fatto sì che, nel 2011, con la legge c.d. *Sinde*, si istituisse un organo amministrativo a tutela dei diritti della proprietà intellettuale in rete, ossia la Sezione seconda della Commissione sulla proprietà intellettuale¹⁷⁶.

Diverso, invece, il caso della Germania: il legislatore tedesco non ha provveduto ad emanare alcuna normativa specifica in base alla quale una autorità amministrativa e/o giudice possa ordinare al c.d. *Access Provider* l'oscuramento, cioè il blocco sui diritti d'autore; non esiste nemmeno un'autorità amministrativa specificatamente incaricata di filtrare o bloccare tali violazioni¹⁷⁷.

Ancora diversa è la situazione nel Regno Unito dove è presente un'autorità di vigilanza per le telecomunicazioni: l'*Office of Communications*¹⁷⁸. Il *Digital Economy Act 2010*, pur ampliando i poteri originali dell'Ofcom, non si applica ai nuovi mezzi di comunicazione, pertanto, il quadro dei rimedi per le violazioni del diritto d'autore su *Internet* sono, oltre alla richiesta di cessare e desistere (*cease*

¹⁷⁵Cfr. Bottini E., *Francia*, in Passaglia P. (a cura di), *Tutela del diritto d'autore ed oscuramento dei siti web*, in www.cortecostituzionale.it, pag. 11 e seg.

¹⁷⁶Alla Sezione viene affidato il c.d. "procedimento per il ristabilimento della legalità" che, nonostante preferisca l'adempimento spontaneo alle richieste di porre fine alla violazione dei diritti, prevede la possibilità di adottare misure restrittive quali l'interruzione del servizio o il ritiro dei contenuti diffusi illegalmente, suscitando non poche perplessità in dottrina.

¹⁷⁷In Germania si dibatte piuttosto sulla sussistenza o meno in capo al giudice civile, adito dal titolare del diritto d'autore, del potere di ordinare all'ISP il blocco dell'accesso ai siti *Internet* che violano il diritto d'autore, senza tuttavia una specifica normativa al riguardo. Per maggiori approfondimenti sul dibattito vedi Rörig M. T., *Germania*, in Passaglia P., *Tutela del diritto d'autore ed oscuramento dei siti web*, cit., pag. 27 e seg.

¹⁷⁸L'Ofcom è stata istituita del 2002 dall'*Office of Communications Act 2002*, ha ottenuto pieni poteri nel 2003 con l'adozione del *Communications Act 2003* ed è oggi responsabile dei settori della radiodiffusione, delle telecomunicazioni e delle poste.

and desist request) ovvero quella di avviso e rimozione (*notice and takedown request*) formulate verso l'ISP in questione, il ricorso alla *High Court* per richiedere una ingiunzione ai sensi del *Copyright, Design and Patent Act 1988*, oppure il coinvolgimento della *Police Intellectual Property Crime Unit* se il titolare dei diritti d'autore è in grado di fornire prove di comportamenti penalmente rilevanti¹⁷⁹; una volta che saranno attuate le previsioni del *Digital Economy Act 2010*, il soggetto leso potrà avvalersi anche delle procedure disciplinate da questa legge¹⁸⁰. Per quanto riguarda il rimedio dell'oscuramento dei siti *Internet*, nel Regno Unito vi è una espressa previsione nel *Copyright, Design and Patent Act 1988*, secondo cui “[l]a *High Court* [...] ha il potere di concedere un'ingiunzione contro un fornitore di servizi [*Internet*] con cui gli imponga di impedire l'accesso a siti *on-line* precisati nell'ordinanza della Corte al fine di prevenire la violazione *on-line* del diritto d'autore”, previsione che ha provocato molti dissensi tra i colossi del settore dell'informatica (ad es. Facebook e Google), nonché tra ISP, gruppi di consumatori, onorevoli ed esponenti nel mondo accademico, provocati soprattutto dalla paura che tale procedura vada ad intaccare e minacciare la libertà di espressione e l'*Internet* libero, aumentando il numero degli ISP che bloccano siti *Web* ma non diminuendo la violazione del diritto d'autore¹⁸¹.

Infatti, il più delle volte, la chiusura del sito consiste in un oscuramento

¹⁷⁹Per un quadro completo dei rimedi in caso di violazioni *on-line* del diritto d'autore nel Regno Unito vedi Pasetto S., *Regno Unito*, in Passaglia P. (a cura di), *Tutela del diritto d'autore ed oscuramento dei siti web*, cit., pag. 56 e seg.

¹⁸⁰In particolare, secondo tali procedure, il ministro competente può, per mezzo di un *order*, imporre un obbligo tecnico nei confronti degli ISP se l'Ofcom lo ritiene opportuno: l'obbligo consiste nel dovere per l'ISP di imporre restrizioni sugli utenti di *Internet* abbonati ai suoi servizi colpevoli di violazioni del diritto d'autore.

¹⁸¹Cfr. Pasetto S., *Regno Unito*, in Passaglia P. (a cura di), *Tutela del diritto d'autore ed oscuramento dei siti web*, cit., pag.70-71.

per i soli residenti della Nazione destinataria del provvedimento. Gli utenti riescono facilmente ad aggirare l'ostacolo installando degli *addons* per il *browser* (ad esempio Anonymox o Zenmate) di tipo VPN (*Virtual Private Network*), mediante i quali è possibile navigare in *Internet* protetti e in anonimato: in questo modo l'utente camuffa il reale indirizzo IP con uno generico, risultando di fatto connesso da una Nazione diversa dalla propria e rendendosi di conseguenza non identificabile¹⁸².

Molti, ma vani, i tentativi compiuti nel mondo dell'industria discografica per arginare il problema. Si pensi ad esempio all'utilizzo della tecnologia *Digital Rights Management* (DRM) per i file audio regolarmente acquistati nei negozi di musica digitale in *Internet*. Vari schemi di DRM sono stati direttamente integrati nei *file* per costringere l'utente ad una serie di limitazioni, come ad esempio il limite del numero di dispositivi o tipi di dispositivi sui quali quei *file* possono essere riprodotti. Da ultimo sembra aver dato un contributo positivo la proliferazione di servizi a pagamento, con cataloghi ricchi di brani e album da scaricare legalmente a prezzo modico, ai quali accedere pagando un abbonamento mensile dal costo limitato (ad esempio Spotify oppure Apple Music).

Per quanto riguarda la pirateria cinematografica ciò che preoccupa maggiormente il settore è, al contrario, lo *streaming on-line*. "Chi non ha mai visto un video di dubbia provenienza su un portale di condivisione scagli la prima pietra"¹⁸³: lo abbiamo fatto tutti, è vero, ma ci sono le regole, c'è il diritto e tutte le società civili si basano su regole

¹⁸²Laprovitera F., *Pirateria on-line: tra abitudini ancestrali e nuove strategie di lotta*, cit.

¹⁸³Longhini S., *Internet e diritto d'autore*, in *Internet: regole e tutela dei diritti fondamentali*, in *RULES Research Unit Law and Economics Studies, Paper n. 2013-12*, a cura di Pollicino O., Bertolini E., Lubello V., www.unibocconi.it, pag. 75.

e diritto. L'ANICA (Associazione Nazionale Industrie Cinematografiche Audiovisive) ha stimato, nella relazione annuale del gennaio 2015, che circa un milione e 240 mila italiani guardano film illegalmente, più di quanti scelgano il cinema, la *pay tv*, lo *streaming* e il *download* da siti *Web* autorizzati. L'utilizzo dello *streaming* si è affermato non solo a discapito del cinema, ma soprattutto della televisione: il nostro Paese, dove principalmente SkyOnline, Mediaset Infinity e, solo recentemente, Netflix, offrono questo tipo di contenuti su *Internet*, è un po' indietro rispetto ad altri Paesi europei, dove probabilmente ci sono meno aree che soffrono problemi di connessione. In questo senso è da menzionare il fenomeno dello *simulcasting*: numerosi siti trasmettono in tempo reale eventi sportivi di pertinenza delle piattaforme satellitari, nonché film coperti da *copyright*. A differenza che nello *streaming* di programmi radiotelevisivi, nel *simulcasting* la trasmissione primaria passa semplicemente per il *server* dell'emittente, ma non viene conservata e messa a disposizione in un momento scelto dall'utente¹⁸⁴. Recente il caso del portale Rojadirecta che trasmetteva in diretta centinaia di eventi legati al mondo del calcio, basket e tennis, e deciso, su istanza di Mediaset, dalla sezione specializzata Impresa del Tribunale di Milano¹⁸⁵.

L'ultimo tassello della distribuzione *on line* di opere dell'ingegno è rappresentato dai servizi *cloud-based*, che non solo permettono lo *storage* di contenuti sulla porzione di nuvola che l'utente affitta individualmente, ma consentono altresì di condividere un qualsiasi tipo

¹⁸⁴Cfr. Ercolani S., *Il diritto d'autore e i diritti connessi: la legge n. 633/1941 dopo l'attuazione della direttiva n. 2001/29/CE*, Torino, Giappichelli, 2004, pag. 155.

¹⁸⁵Il giudice, con la sentenza del 13 gennaio 2016, infatti, non si è limitato ad agire sul singolo sito ma ha ordinato a un importante fornitore italiano di connessione *Internet* (Fastweb) di inibire a tutti i propri clienti l'accesso al dominio. it.rojadirecta.eu.

di *file* caricato sul *cloud* con qualsiasi altro utente che possieda le credenziali di accesso. Tali credenziali possono essere facilmente ottenibili in quanto alcuni servizi *cloud* creano automaticamente *link* nascosti che permettono l'accesso a chi li possiede, arrivando a preoccupare i titolari dei diritti. Per quanto riguarda la normativa da applicare a tali servizi, gli operatori hanno già trovato un accordo che rende (quasi) tutti felici di partecipare, soddisfacendo gli interessi dei molti soggetti coinvolti¹⁸⁶. Ad esempio iMatch, servizio dedicato alla musica tra quelli *cloud-based* offerti da iTunes, viene definito come *single storage* “estremo”¹⁸⁷, in cui per ciascun contenuto vi è una sola copia, quella di qualità migliore, e tutti gli utenti ne fruiscono, indipendentemente dalla qualità della copia loro posseduta e caricata sulla nuvola: è evidente che vi possono essere violazioni del diritto d'autore, soprattutto per il fatto che anche quando si tratti di *file* di provenienza dubbia, l'utente finisce per avere accesso alla versione migliore; ma l'accordo intercorso tra iTunes e le maggiori case discografiche ha risolto la questione nel senso di provvedere l'autorizzazione al servizio upgrade anche delle copie di provenienza incerta, a fronte ovviamente di un compenso da parte del fornitore del servizio *cloud-based*.

¹⁸⁶Cfr. Montagnani M. L., *Internet e diritti dei terzi: il difficile rapporto tra il diritto d'autore e l'ambiente digitale*, in *Internet: regole e tutela dei diritti fondamentali*, in *RULES Research Unit Law and Economics Studies*, Paper n. 2013-12, a cura di Pollicino O., Bertolini E., Lubello V., www.unibocconi.it, pag. 68 e seg.

¹⁸⁷*Ibidem*.

3.2. La responsabilità degli *Internet Service Provider*

3.2.1. L'attività del *Provider*

Nella definizione da parte della giurisprudenza e della dottrina dei parametri in base ai quali fosse possibile collocare e valutare la responsabilità degli *Internet Service Providers* (ISP), si sono delineate due opposte tendenze, le quali risentivano e risentono tuttora di una visione fondamentalmente diversa del fenomeno di *Internet* nel suo complesso, pur affermando entrambe l'enorme potenzialità diffusiva ed i positivi effetti nello sviluppo e nell'innovazione. La prima impostazione, la quale sottolinea l'impraticabilità e l'assenza di un obbligo di controllo a carico degli ISP, si basa essenzialmente sulla capacità diffusiva, l'utilizzo sempre più generalizzato del mezzo telematico e soprattutto l'importanza dello stesso per lo sviluppo economico e sociale, tali da rendere opportuna una diminuzione della responsabilità degli stessi e da percepire certi comportamenti degli utenti di *Internet* come meno gravi nell'ambiente virtuale rispetto che nei rapporti sociali ordinari¹⁸⁸. La seconda, al contrario, opta per una responsabilità estesa dei fornitori nel caso di illeciti compiuti mediante servizi telematici e induce ad una valutazione opposta tesa a riconoscere una responsabilità aggravata a carico degli ISP in relazione agli illeciti commessi dai loro utenti, proprio in considerazione della potenzialità diffusiva e della capacità offensiva del comportamento¹⁸⁹.

È ormai nota la differenza tra i diversi soggetti interessati e tra i diversi ruoli che essi svolgono all'interno del processo di trasmissione e di diffusione delle informazioni nelle reti telematiche. Solitamente i

¹⁸⁸Cfr. Ercolani S., *Il diritto d'autore e i diritti connessi: la legge n. 633/1941 dopo l'attuazione della direttiva n. 2001/29/CE*, Torino, Giappichelli, 2004, pag. 355 e seg.

¹⁸⁹*Ibidem*.

providers, intesi come prestatori di servizi tipici della società dell'informazione, si distinguono in: *access providers* che, come il termine stesso suggerisce, consentono agli utenti di accedere al Web; *content providers*, che “forniscono” il materiale da diffondere in rete e sono per definizione responsabili dell'inserimento e dello sviluppo dei contenuti editoriali di un sito Web; *service providers*, che permettono l'accesso ad ulteriori servizi; *host providers*, che offrono tecnicamente agli utenti (*rectius*: ai *content providers*) uno spazio del proprio disco rigido attraverso il quale è possibile creare e aprire un sito, quindi in pratica “ospitano” i siti Internet¹⁹⁰. In base alla specifica attività svolta, si distinguono inoltre tre grandi categorie di *providers* all'interno delle quali si riscontrano differenti forme di “deresponsabilità” o, meglio, di “responsabilità al negativo”¹⁹¹: l'attività di *mere conduit*, ex art. 14 D.lgs. 70/2003¹⁹², consistente in una semplice trasmissione di

¹⁹⁰Cfr. Di Riccio G. M., *La responsabilità civile degli Internet providers*, Giappichelli, Torino, 2002, pag. 21-22.

¹⁹¹Marucci B., *La responsabilità civile in rete: necessità di introdurre nuove regole*, in Rivista telematica www.comparazionedirittocivile.it.

¹⁹²L'art. 14 del D.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, (Decreto di attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno), rubricato “Responsabilità nell'attività di semplice trasporto - *Mere conduit*) dispone: “1. Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, o nel fornire un accesso alla rete di comunicazione, il prestatore non è responsabile delle informazioni trasmesse a condizione che: a) non dia origine alla trasmissione; b) non selezioni il destinatario della trasmissione; c) non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse; 2. Le attività di trasmissione e di fornitura di accesso di cui al comma 1, includono la memorizzazione automatica, intermedia e transitoria delle informazioni trasmesse, a condizione che questa serva solo alla trasmissione sulla rete di comunicazione e che la sua durata non ecceda il tempo ragionevolmente necessario a tale scopo. 3. L'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza può esigere anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 2, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse.

informazioni o di semplice fornitura di accesso alla rete, per la quale non è delineata alcuna responsabilità del *provider* (salvo che sia egli stesso a partecipare alla produzione o modificazione delle informazioni, oppure selezioni direttamente il destinatario della trasmissione); l'attività di *caching*, ex art. 15 D.lgs. 70/2003¹⁹³, ossia una attività di memorizzazione temporanea o transitoria delle informazioni trasmesse, per la quale pure non sussiste responsabilità, a meno che il *provider* non agisca direttamente sulle informazioni ospitate; infine, l'attività di *hosting*, che consiste nella memorizzazione stabile delle informazioni ex art. 16 D.lgs. 70/2003¹⁹⁴, per la quale è prevista una responsabilità del

¹⁹³L'art. 15 D.lgs. 70/2003, rubricato "Responsabilità nell'attività di memorizzazione temporanea – *Caching*" prevede. "Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non è responsabile della memorizzazione automatica, intermedia e temporanea di tali informazioni effettuata al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltramento ad altri destinatari a loro richiesta, a condizione che: a) non modifichi le informazioni; b) si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni; c) si conformi alle norme di aggiornamento delle informazioni, indicate in un modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore; d) non interferisca con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni; e) agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitare l'accesso, non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione. 2. L'autorità giudiziaria o quella amministrativa aventi funzioni di vigilanza può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 1, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse."

¹⁹⁴L'art. 16 D.lgs. 70/2003, rubricato "Responsabilità nell'attività di memorizzazione di informazioni – *Hosting*" afferma: "1. Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore: a) non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione; b) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per

provider solo se a conoscenza del contenuto illecito dei dati e/o servizi erogati attraverso i propri *server* e se, una volta a conoscenza, non intervenga prontamente per rimuoverli¹⁹⁵. Questi articoli enunciano, come accennato, una sostanziale deresponsabilizzazione dell'IP. Inoltre, ex art. 17 D.lgs. 70/2003¹⁹⁶, viene stabilito che il *provider*, nella prestazione dei servizi di cui sopra, non è assoggettato ad alcun obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite.

disabilitarne l'accesso. 2. Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore. 3. L'autorità giudiziaria o quella amministrativa competente può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 1, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse."

¹⁹⁵Cfr. Marucci B., *La responsabilità civile in rete: necessità di introdurre nuove regole*, cit.

¹⁹⁶L'art. 17 d.lgs. 70/2003, ai commi successivi, dispone: "*Fatte salve le disposizioni di cui agli articoli 14, 15 e 16, il prestatore è comunque tenuto: a) ad informare senza indugio l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza, qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un suo destinatario del servizio della società dell'informazione; b) a fornire senza indugio, a richiesta delle autorità competenti, le informazioni in suo possesso che consentano l'identificazione del destinatario dei suoi servizi con cui ha accordi di memorizzazione dei dati, al fine di individuare e prevenire attività illecite. 3. Il prestatore è civilmente responsabile del contenuto di tali servizi nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non ha agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto, ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non ha provveduto ad informarne l'autorità competente."*

3.2.2. Disciplina e responsabilità

L'attuale disciplina italiana è così delineata sulla base dell'attuazione della Direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno. Inizialmente i diversi sistemi facevano ricorso ad una responsabilità di tipo oggettivo, riconducendo la posizione del *provider* nell'alveo della responsabilità editoriale¹⁹⁷, la c.d. *culpa in vigilando*, e ciò era dovuto dal fatto che nella maggior parte delle vicende giudiziarie, l'autore materiale dell'illecito agiva anonimamente: il *provider* diveniva così il soggetto non solo più facilmente reperibile nella rete, ma anche l'unico in grado di risarcire il danno. I *providers*, infatti, svolgono in modo professionale ed imprenditoriale la propria attività, e riescono quindi ad ottenere guadagni patrimoniali dall'esercizio di tale attività tali da sopportare i danni che possono derivarne. E' però anche vero che spostare tutti i rischi in capo ai *providers* provoca inevitabilmente due effetti: uno è quello dall'aumento dei costi per la predisposizione di sistemi più efficienti nonché delle spese necessarie per sopportare un'eventuale responsabilità, con il conseguente aumento del prezzo per i servizi offerti che, come vedremo, nella c.d. società dell'informazione è inconciliabile con la libertà di accesso e con lo sviluppo delle fonti di informazione; l'altro è quello della concentrazione oligopolistica del mercato, effetto diretto di una imputazione oggettiva della responsabilità, la quale favorisce la permanenza di quei *provider* di grandi dimensioni ed economicamente

¹⁹⁷Significativa è, al riguardo, l'esperienza americana, dove la responsabilità editoriale è considerata una *strict liability*; Cfr. Di Riccio G. M., *La responsabilità civile degli Internet providers*, Torino, Giappichelli, 2002, pag. 35.

tanto forti da sopportare questo passaggio¹⁹⁸.

Piuttosto circoscritta è stata l'applicazione da parte della giurisprudenza delle ipotesi cc.dd. speciali di responsabilità: ci si riferisce in particolare alla responsabilità per fatto altrui *ex art. 2049 c.c.* e della responsabilità da cose in custodia *ex art. 2051 c.c.* La prima non sembra applicabile in quando manca tra i prestatori intermediari di *Internet* e gli utenti un rapporto di subordinazione, poiché anche chi diffonde materiale in rete – come i *content providers* – agisce autonomamente in qualità, come si evince anche dal sistema americano, di *independent contractors*¹⁹⁹. Si esclude inoltre l'applicazione della seconda, in quanto presupposto per il suo utilizzo è che vi sia un potere di controllo e di disponibilità sulla cosa del soggetto responsabile: non è infatti ipotizzabile un controllo da parte degli operatori telematici sui dati che circolano nei loro *servers*, controllo che tra l'altro dovrebbe riguardare, più che i dati, l'utilizzazione che di essi viene fatta da una persona fisica²⁰⁰. Ancora, è stata ipotizzata la responsabilità di cui all'art. 2050 c.c., dove l'elemento caratterizzante è dato dalla c.d. pericolosità, ossia un'attività con una intensa probabilità di produrre danni a terzi. Il problema sta allora nel capire se le nuove tecnologie, e soprattutto *Internet*, rientrino nel concetto di “attività pericolosa”. Nell'esperienza normativa, il legislatore ha fatto ricorso all'art. 2050 c.c. per valutare la responsabilità del soggetto che cagiona danni per effetto del trattamento dei dati personali (art. 18 l. 31 dicembre 1996, n. 675): difatti nell'interpretazione giurisprudenziale, la valutazione della pericolosità non deve essere accertata ricorrendo a

¹⁹⁸Cfr. Di Riccio G. M., *La responsabilità civile degli Internet providers*, cit., pag. 37 e seg.

¹⁹⁹Diverso sarebbe invece il caso in cui un *computer*, con accesso alla Rete, sia affidato ad un dipendente che, nell'esercizio delle sue funzioni, compie un illecito. Così Di Riccio G. M., *La responsabilità civile degli Internet providers*, cit., pag. 50 e seg.

²⁰⁰*Ibidem*.

parametri astratti, ma valutando in concreto l'attitudine di una determinata attività a provocare danni²⁰¹. La scelta del legislatore, come vedremo più avanti, è stata però diversa, privilegiando l'elemento della colpa, e ciò è dovuto dal fatto che, statisticamente, le attività svolte dai *providers* non sono idonee a determinare frequentemente danni, in considerazione del numero ingente dei siti *Internet* e dell'esiguità delle pronunce giurisprudenziali, riducendo così il grado di “pericolosità” delle attività svolte in rete.

Per risalire alla responsabilità dei *providers*, alcuni autori²⁰² hanno analizzato una serie di fattori legati sia al tipo di *provider* ed alla sua attività, sia ai tipi di illeciti che possono commettersi in rete. Bisognerebbe, secondo tale dottrina, valutare di volta in volta se ci si riferisce all'attività di *access*, *hosting* oppure di *content provider*: nei primi due casi i possibili illeciti sono quelli “tipici” dei gestori della rete, come ad esempio l'irregolare registrazione di un nome a dominio; nel terzo caso, invece, il *provider* interviene direttamente sul contenuto e sulle informazioni diffuse in rete, pertanto si rende rilevante anche l'analisi della tipologia di illecito concretizzatosi, ed il *provider* stesso potrà essere ritenuto responsabile degli illeciti posti in essere a mezzo di *Internet*, come la diffamazione, la violazione dei dati personali, la truffa, la contraffazione²⁰³, la concorrenza sleale o la violazione della tutela del

²⁰¹Cfr. Di Riccio G. M., *La responsabilità civile degli Internet providers*, cit., pag. 54.

²⁰²Vedi Marucci B., *La responsabilità civile in rete: necessità di introdurre nuove regole*, cit.

²⁰³Nel caso di contraffazione, le attività di questo tipo sono quelle che forniscono beni o servizi contrassegnati da marchio altrui (ad esempio il *framing* oppure il *domain grabbing*). A tale riguardo la prassi giurisprudenziale ha introdotto un principio secondo il quale: a) se il marchio altrui gode di rinomanza la registrazione da parte di terzi estranei del corrispondente *domain name* viene considerata illecita, indipendentemente dal fatto che vi sia identità o somiglianza dei servizi offerti, b) se, invece, il marchio non gode di rinomanza il corrispondente *domain name* viene considerato illecito se vi è una identità o una affinità dei prodotti

consumatore (commercio elettronico).

Nel caso di violazione della tutela del diritto d'autore quando l'utente carica/scarica in rete o dalla rete materiali altrui senza autorizzazione, ci si chiede se la responsabilità sorga in capo all'utente che commette l'illecito, oppure al *provider*, o ad entrambi, ed eventualmente che natura abbia la responsabilità del secondo²⁰⁴. In particolare, i servizi di *hosting*, definiti come “grandi aggregatori di contenuti”²⁰⁵ (si pensi ai motori di ricerca, ampiamente utilizzati in rete dagli utenti), molte volte ampliano l'offerta fornendo servizi aggiuntivi, nonché memorizzano, se non in modo permanente comunque di lunga durata, i dati sui propri *server*, rendendo inutile ogni giustificazione di non conoscenza da parte degli stessi *providers* sui contenuti. Viene così ad essere compromessa la neutralità degli ISP, condizione necessaria ai fini della non applicazione della responsabilità di cui al d.lgs. 70/2003.

Nelle altre ipotesi in cui il *provider* non possa invocare forme di neutralità, resterebbe la possibilità che questi risponda per colpa: il *provider* è infatti responsabile, come abbiamo visto, solo nel caso in cui abbia contribuito alla realizzazione dell'illecito, non svolgendo, in via esclusiva, un ruolo meramente intermediario²⁰⁶. A questa tendenza ad attribuire rilevanza al concetto di negligenza, sembra essersi ispirata anche la già menzionata Direttiva comunitaria sul commercio elettronico del 2000 n. 31 e recepita in Italia con il d.lgs. n. 70/2003. La direttiva sembra infatti distaccarsi dalle posizioni che volevano

offerti oppure se la registrazione è stata fatta in mala fede con l'intento di lucrarci successivamente cedendolo allo stesso titolare del marchio.

²⁰⁴Cfr. Marucci B., *La responsabilità civile in rete: necessità di introdurre nuove regole*, cit.

²⁰⁵*Ibidem*.

²⁰⁶Di Riccio G. M., *La responsabilità civile degli Internet providers*, cit., pag. 55.

attribuire al *provider* una responsabilità di tipo oggettivo, definendo al contrario un sistema più preoccupato di stabilire quando il *provider* non risponde delle attività illecite commesse in rete (vedi *supra* gli artt. 14-16 d.lgs. 70/2003), ovvero ne risponde solo nel caso in cui abbia tenuto un comportamento negligente dovuto al mancato rispetto delle condizioni stabilite.

Pertanto, alla luce di quanto esposto, mentre per il *provider* attivo, cioè per colui che commette direttamente l'illecito, non ci sono problemi essendo chiamato a rispondere dei danni *ex art.* 2043 c.c., per quello passivo, cioè per colui che tiene un comportamento che in qualche modo è collegato all'illecito commesso da un destinatario di servizio, la questione è più complicata, perché, sebbene sia chiamato sempre a rispondere *ex art.* 2043 c.c., la sua responsabilità è fortemente attenuata sia da previsioni generali (ad es. l'assenza dell'obbligo di sorveglianza), sia da specifiche cause di esonero di responsabilità²⁰⁷.

Con tale normativa l'Unione europea ha optato per una soluzione generale in tema di disciplina della responsabilità per la violazione del diritto d'autore dai fornitori intermediari, cioè per regole uniformi per tutti i servizi e attività offerti in rete. Al contrario, con il DMCA del 1998 gli USA hanno scelto una disciplina settoriale, per cui le utilizzazioni di opere e materiali protetti da *copyright* sono oggetto, anche sotto il profilo della responsabilità del *provider*, di una specifica disciplina, tenendo conto della natura degli interessi tutelati e delle esigenze commerciali collegate ad essi²⁰⁸. Ciò che accomuna le due normative ai fini dell'attribuzione della responsabilità è la distinzione tra le tre attività: l'attività di semplice trasporto (*mere conduit*), il *caching*

²⁰⁷Marucci B., *La responsabilità civile in rete: necessità di introdurre nuove regole*, cit.

²⁰⁸Cfr. Ercolani S., *Il diritto d'autore e i diritti connessi: la legge n. 633/1941 dopo l'attuazione della direttiva n. 2001/29/CE*, cit. pag. 361-362.

(la memorizzazione automatica e temporanea dei dati nel corso di un'attività di trasmissione) e l'attività di *hosting* (il servizio di stoccaggio dei dati in un *server* collegato alla rete).

Il titolo II del *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) aggiunge un nuovo art. 512 al *Copyright Act* rubricato “*Limitations on liability relating to material online*” dedicato alla disciplina della responsabilità degli ISP. Si definiscono in primo luogo quali soggetti siano da considerare *on-line service provider* ai fini della responsabilità in relazione all'uso di opere protette e si stabiliscono poi alcune ipotesi di esenzione da detta responsabilità in aggiunta a quelle di cui tali soggetti possono usufruire in linea generale ai sensi della legge sul diritto d'autore (ad esempio nel caso del *fair use*), costituendo così un *safe harbour* in suo favore. Innanzitutto, per poter rivendicare l'applicazione delle disposizioni, alcune categorie di *provider* hanno l'obbligo di informare i loro utenti del fatto che sono tenuti a rispettare le norme sul *copyright* e, in caso di violazioni ripetute, devono dare disdetta del contratto con l'utente e disattivare il servizio. Così come a livello europeo, a carico del fornitore dei servizi non è posto alcun obbligo di sorveglianza o di indagine circa i contenuti veicolati in rete, anche se una tale attività non è ostacolata se effettuata volontariamente²⁰⁹: il DMCA prescrive semplicemente il requisito della non consapevolezza ai fini dell'esenzione del *provider* dalla responsabilità per utilizzazioni abusive dei suoi contraenti. Ciò significa che la normativa intende più che altro incoraggiare la funzione di controllo e di garanzia del *provider* in merito alla legalità delle informazioni di cui rende possibile la circolazione in rete, senza però creare obblighi a suo carico; si favorisce piuttosto una forma di collaborazione tra i titolari dei diritti e i fornitori dei servizi nella realizzazione di una rete che, pur mirando ad assicurare

²⁰⁹Il DMCA stabilisce anche il rispetto del *Privacy in Telecommunications Act*.

il rispetto delle regole fondamentali del *copyright*, non ponga allo stesso tempo oneri eccessivamente gravosi o del tutto impraticabili a carico dei fornitori intermediari²¹⁰. In particolare, per gli ISP che svolgono attività di *trasmission* e *routing*, ricevendo semplicemente materiale illecito in transito tramite il funzionamento di un sistema automatizzato e pertanto senza selezione da parte del *provider*, nonché per quelli che svolgono attività di *caching*, il DMCA recepisce la teoria del “mero conduttore” elaborata dai giudici in *Religious Technology Center v. Netcom On-line Communication Services*, 907 F.Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995)²¹¹, secondo la quale non sussiste alcuna responsabilità, diretta o indiretta, per il *provider* che provveda, attraverso un sistema automatizzato, alla memorizzazione di copie temporanee quale fase necessaria del processo di trasmissione agli utenti. Diverso il caso in cui, invece, gli ISP svolgano un'attività di *storage* o di *linking*, in base alle quali il *provider* ospita nel proprio sito materiale presente su altro sito ovvero presentano un *linking* ad un sito che ospita materiale illecito, il DMCA prevede il c.d. *red flag test*²¹², in base al quale un ISP sarà esente da *copyright infringement* solamente se ricorrono tre presupposti, soggettivi e oggettivi: primo, non essere a conoscenza della presenza sul proprio sito di materiale illecito; secondo, non ricevere alcun vantaggio finanziario diretto dalla condotta illecita; terzo, agire prontamente, a seguito di una denuncia di violazione, per rimuovere o impedire l'accesso al materiale.

²¹⁰Cfr. Ercolani S., *Il diritto d'autore e i diritti connessi: la legge n. 633/1941 dopo l'attuazione della direttiva n. 2001/29/CE*, cit. pag. 362-363.

²¹¹Cfr. Colangelo G., *Diritto comparato della proprietà intellettuale*, Bologna, Il Mulino, 2011, pag. 78.

²¹²*Ibidem*.

3.2.3. Problematiche giurisprudenziali concrete

Nel caso *Perfect 10 v. Google Inc.*²¹³, la Corte distrettuale ha ritenuto non sussistente la violazione del diritto di distribuzione in caso di “*framing*” o “*on-line linking*” ad altri siti effettuato dal motore di ricerca menzionato, con riferimento ad immagini reperibili dal suo sito, ma immesse da siti terzi in violazione del *copyright*²¹⁴. La Corte ha infatti affermato che l'attività di *linking* effettuata da Google, attraverso la quale si rinvia all'immagine in questione contenuta nel *Website* di destinazione, non sarebbe lesiva del diritto d'autore poiché lo sarebbe direttamente ed esclusivamente l'attività del sito specifico. Il 16 maggio 2007 la Corte d'Appello del *Ninth Circuit*, nel rinviare la causa alla Corte Distrettuale, afferma al contrario che non ci sono dubbi sul ruolo di Google, il quale ha fornito un sostanziale ausilio al sito in cui erano contenute le immagini lesive del *copyright* a distribuirle sul mercato del W.W.W. ed a facilitarne l'accesso da parte degli utenti, anche se infine conferma l'esclusione della responsabilità del motore di ricerca tutte le volte in cui questo non sia a conoscenza di tale violazione, o comunque se non si sia dotato di misure preventive contro la lesione di materiali protetti²¹⁵.

Un'interessante applicazione giurisprudenziale della normativa europea si può rinvenire nelle decisioni del Tribunale di Roma, 16 dicembre 2009 e 11 febbraio 2010, in cui il giudice di merito si è pronunciato in sede cautelare sulla richiesta di RTI per la rimozione e l'inibitoria nei

²¹³Sentenza integrale sul sito <http://cyber.law.harvard.edu>.

²¹⁴Cfr Flor R., *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet: un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, Padova, CEDAM, 2010, pag. 109.

²¹⁵*Ibidem*.

confronti di YouTube alla diffusione in rete di contenuti riproducenti sequenze di immagini relative al programma “Grande Fratello”²¹⁶. Il Tribunale, pur senza voler affermare un obbligo di sorveglianza generale del *provider* rispetto al contenuto dei dati trasmessi conformemente al disposto dell'art. 17 D.lgs. 70/2003, ha configurato la sua responsabilità sulla base del fatto che, a seguito di numerose diffide ed azioni giudiziarie iniziate da RTI, esso ha continuato la trasmissione del Grande Fratello sui loro siti *Internet*, reiterando la commissione di atti illeciti.

Un caso simile, *Viacom International v. YouTube*, 718 F.Supp.2d 514 (S.D.N.Y 2010), è stato invece concluso con il rigetto da parte della Corte distrettuale del *Southern District* dello Stato di New York della richiesta di *permanet injunction* avanzata da Viacom, ritenendo YouTube protetta alla luce della *safe harbor* di cui alla *section* §512(c) e ritenendo pertanto non responsabile un ISP che offra un servizio di caricamento e visualizzazione video senza essere a conoscenza dell'esistenza di specifici casi di violazione²¹⁷.

Un ultimo caso degno di nota ai fini della definizione della nozione di “intermediario” è quello austriaco *LGS – Tele2*, iniziato quando la prima, che si occupa della gestione dei diritti dei produttori di fonogrammi, aveva chiesto al giudice austriaco un provvedimento inibitorio nei confronti degli utenti che violavano il diritto d'autore attraverso sistemi p2p, nonché un ordine di esibizione dei loro dati personali a Tele2, ritenuta qualificabile come ISP. Dopo aver esaurito i gradi di giurisdizione interni, impugnando mediante ricorso alla Corte Suprema austriaca, quest'ultima sottopone alla Corte di Giustizia due questioni pregiudiziali. In particolare rileva in questa sede la prima,

²¹⁶Cfr. Colangelo G., *Diritto comparato della proprietà intellettuale*, cit., pag.81.

²¹⁷*Ibidem*.

concernente la nozione di “intermediario” e se essa debba quindi ricomprendere anche un fornitore di accesso che si limitasse a fornire all'utente accesso alla rete mediante l'assegnazione di un indirizzo IP dinamico, senza offrire altri servizi (ad esempio quelli di posta elettronica o di condivisione dei *files*)²¹⁸. La Corte ha risolto la quesitone ritenendo Tele2 un ISP: un *provider* che si limiti a consentire agli utenti l'accesso a *Internet*, anche senza proporre altri servizi né esercitare un controllo di fatto sostanziale sul servizio utilizzato, offre comunque un servizio suscettibile di essere utilizzato da un utente per violare il diritto l'autore o un diritto connesso; anche perché, nel caso di specie, esso sarebbe stato l'unico detentore dei dati che consentivano di identificare gli utenti.

Anche il legislatore italiano ha previsto uno strumento simile all'art. 156-*bis* l.d.a.²¹⁹, così da ampliare l'ambito di tutela dei diritti di privativa tanto che, in caso di violazione del diritto d'autore su “scala commerciale” l'*actio ad exhibendum* può riguardare anche la documentazione bancaria, finanziaria e commerciale.

²¹⁸Cfr Flor R., *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet: un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, cit., pag. 433.

²¹⁹L'art. 156-*bis* l.d.a. dispone: “Qualora una parte abbia fornito seri elementi dai quali si possa ragionevolmente desumere la fondatezza delle proprie domande ed abbia individuato documenti, elementi o informazioni detenuti dalla controparte che confermino tali indizi, essa può ottenere che il giudice ne disponga l'esibizione oppure che richieda le informazioni alla controparte. Può ottenere altresì, che il giudice ordini alla controparte di fornire gli elementi per l'identificazione dei soggetti implicati nella produzione e distribuzione dei prodotti o dei servizi che costituiscono violazione dei diritti di cui alla presente legge. 2. In caso di violazione commessa su scala commerciale il giudice può anche disporre, su richiesta di parte, l'esibizione della documentazione bancaria, finanziaria e commerciale che si trovi in possesso della controparte. 3. Il giudice, nell'assumere i provvedimenti di cui ai commi 1 e 2, adotta le misure idonee a garantire la tutela delle informazioni riservate, sentita la controparte. 4. Il giudice desume argomenti di prova dalle risposte che le parti danno e dal rifiuto ingiustificato di ottemperare agli ordini”.

Analizzando specificatamente la responsabilità penale dell'ISP, la questione può essere impostata principalmente sotto un duplice profilo. Il primo riguarda la verifica dell'esistenza di una posizione di garanzia in capo agli ISPs, ossia dell'eventuale responsabilità per omesso impedimento dei reati realizzati dagli utenti in materia di diritto d'autore. Il secondo si riferisce al possibile concorso in forma commissiva od omissiva, nei reati predetti, ai sensi degli artt. 110 e seguenti c.p.²²⁰. Sul piano del diritto penale sostanziale italiano è assente una generale fattispecie omissiva propria. Occorre allora distinguere le condotte attive da quelle consistenti in fatti commissivi realizzati mediante omissione e ipoteticamente rientranti nella fattispecie dell'art. 40 c.p.. Bisogna inoltre tenere presente che la responsabilità di un ISP non si riduce alla sola (e tra l'altro improbabile) creazione di materiali, ma si configura piuttosto come comunicazione, diffusione o messa a disposizione, tramite *Internet*, di opere coperte da *copyright*, integrando le condotte previste dagli artt. 171 co.1, lett. a) *bis* e 171, co.2, lett. a) *bis* l.d.a.²²¹. Ciò che è difficile non è tanto l'accertamento di una responsabilità penale con riferimento al *content provider* (ferma restando ovviamente la sussistenza di tutti i requisiti necessari al fine dell'imputazione della condotta), ma piuttosto l'accertamento di tale responsabilità in capo a chi svolge mere attività di *hosting*. Nei reati informatici in senso stretto, di cui agli articoli sopra citati, l'attività degli ISP di immissione *on-line* dell'opera e della sua diffusione in *Internet*, avviene con altri, pertanto risponderebbe a titolo di coautore sempre che sussista l'elemento soggettivo del reato.

La giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, ha espresso alcuni

²²⁰Cfr. Flor R., *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet: un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, cit., pag. 422.

²²¹*Ibidem*, pag. 445.

principi fondamentali, spesso, e forse volutamente, dimenticati²²². Uno di questi, espresso dal Tribunale di Roma, 15-12-2009, interviene in tema di responsabilità degli ISP, affermando che “non è esonerato da responsabilità chi interagisce coi contenuti e li organizza e li sfrutta economicamente e chi viene derubato (il titolare dei diritti lesi) non ha alcun dovere di intervenire per evitare che vengano usurpati i propri diritti”: principio molto criticato in dottrina, dal momento che si è dovuto esprimere e ribadire, in tema di diritto d'autore, un principio che invece è palese in ogni settore del diritto. Ancora, il Tribunale di Milano e più volte la Cassazione²²³ hanno ben spiegato che concorre nel reato chi fornisce uno strumento tecnico per permettere la condivisione di contenuti pirati e da ultimo, sempre il Tribunale di Milano, 19.5.2011, ha distinto le figure dell'editore e dell'*hosting* passivo da quelle dell'*hosting* attivo, che organizza contenuti di terzi e caricati da terzi e li sfrutta commercialmente, imputando a questo la responsabilità per ciò che diffonde. Ed il tema centrale sta proprio in questo: l'interazione con il contenuto e lo sfruttamento economico dello stesso. Ci si aggrappa però alla disposizione di cui all'art. 15 d.lgs. 70/2003, che porta ad escludere *ab origine* una responsabilità del *provider*, anche solo civile, se simile attività venga effettuata “al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltra ad altri destinatari a loro richiesta”, a condizione che: a) non modifichi le informazioni; b) si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni; c) si conformi alle norme di aggiornamento delle informazioni; d) non interferisca con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta; e) agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato non appena venga a conoscenza del

²²²Cfr. Longhini S., *Internet e diritto d'autore*, in *Internet: regole e tutela dei diritti fondamentali*, in *RULES Research Unit Law and Economics Studies, Paper n. 2013-12*, a cura di Pollicino O., Bertolini E., Lubello V., www.unibocconi.it, pag. 76 e seg.

²²³*Ibidem*.

fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente o che l'accesso è stato disabilitato oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione²²⁴.

Sui contenuti dell'obbligo giuridico di impedire l'evento l'art. 40 c.p. non fornisce indicazioni. L'applicazione del principio della riserva di legge richiederebbe di limitare le fonti dell'obbligo alla legge, riconoscendo ad altri atti normativi subordinati alla stessa spazi operativi minimi o di specificazione dei contenuti. La clausola di equivalenza che limita l'operatività dell'art. 40 co. 2 c.p. alle fattispecie causali pure non comporta automaticamente lo stesso limite per le condotte di partecipazione omissive: in altre parole, tramite una condotta omissiva è possibile concorrere nella realizzazione di qualsiasi reato, anche di mera condotta o a forma vincolata. È però necessario che la posizione di garanzia sia connotata da effettivi poteri giuridici di interferenza o inibizione rispetto alla condotta dell'autore, non essendo sufficiente, come avviene per la posizione di controllo su una fonte di pericolo, un mero potere di fatto su di essa. Il potere giuridico, dunque, costituisce il fondamento ed il limite della posizione di garanzia²²⁵.

Nell'ambito delle dichiarazioni comuni (*agreed statement*) ai trattati WCT e WPPT, la dichiarazione n. 8 dispone che “la semplice fornitura di installazioni destinate a consentire o realizzare una comunicazione non costituisce una comunicazione al pubblico ai sensi del trattato o della Convenzione di Berna”. Questa è il risultato di lunghe discussioni nel corso della conferenza diplomatica per la conclusione dei trattati,

²²⁴Cfr. Flor R., *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet: un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, cit., pag. 446.

²²⁵*Ibidem*.

intercorse tra i sostenitori e gli oppositori della responsabilità degli ISP nella trasmissione interattiva, discussioni che si sono inizialmente risolte concordando un possibile ambito di esenzione, senza formalizzare nei trattati alcun principio relativo alla responsabilità.

È chiaro come le cose stiano cambiando, non solo per i precedenti giurisprudenziali, ma anche per le proposte di legge che in Europa e nel mondo stanno andando verso una regolamentazione diversa di questo sistema, sempre più lontana dal sistema dell'esclusiva.

3.3. Profili costituzionali e problemi ancora aperti

I contenuti e i servizi digitali rappresentano oggi un elemento chiave per lo sviluppo dei mercati dei media audiovisivi; la possibilità di trasformare in formato digitale ogni tipo di contenuto, e di diffonderlo tramite una piattaforma convergente e presumibilmente neutrale, quale *Internet* a banda larga e reti mobili avanzate, aumenta in maniera esponenziale le prospettive culturali per gli utenti-consumatori e le nuove opportunità di *business* per le industrie, ma anche garanzie di pluralismo informativo. Al contempo, l'utente di *Internet* tende a divenire autore di contenuti, agevolmente diffusi in virtù delle molteplici capacità trasmissive offerte dalla rete²²⁶.

In tal senso, prodromico a tutte le questioni che concernono *Internet* è il tema della “libertà informatica”, teoria che venne avanzata ed esposta nell'ormai lontano 1981, che si sviluppava sulla base di una nuova dimensione del diritto di libertà personale, in una fase storica della civiltà industriale caratterizzata dall'avvento dei calcolatori elettronici, e raffigurata come “positiva” e “negativa”: rispettivamente, come facoltà di esercitare un diritto di controllo sui dati concernenti la propria persona che sono fuoriusciti dalla cerchia della *privacy* per essere divenuti elementi di *input* di un programma elettronico – si tratta, in poche parole, della libertà informatica positiva, o diritto soggettivo riconosciuto, di conoscere, di correggere, di togliere o di aggiungere dati in una scheda personale elettronica – ovvero come diritto di *non* rendere di dominio pubblico certe informazioni di carattere personale, privato, riservato (qualifiche, queste, che potrebbero in certi casi non coincidere

²²⁶Pollicino O., Bertolini E., Lubello V., *Internet: regole e tutela dei diritti fondamentali*, in *RULES Research Unit Law and Economics Studies*, Paper n. 2013-12, www.unibocconi.it, pag. 6.

tra loro)²²⁷. Da qui due problematiche di rilievo costituzionale sollevate da *Internet*, quella dell'accesso e quella della tutela della *privacy*.

Alcuni studiosi²²⁸ puntano l'attenzione sul significato della nozione “*governance di Internet*”, come sviluppo e applicazione, da parte dei governi, del settore privato e della società civile, nei loro rispettivi ruoli, di principi, regole, procedure decisionali e programmi condivisi che determinano l'evoluzione e l'uso di *Internet*²²⁹. Ancora più precisamente, sul sito di *Internetgovernance.org*²³⁰, prendiamo atto che la *governance di Internet*, oltre a determinare chi abbia accesso alle risorse fondamentali di carattere tecnico come i nomi di dominio e gli indirizzi IP, riguarda anche una vasta gamma di questioni sociali, politiche ed economiche (si pensi ai marchi commerciali nell'economia *on-line*), con una forte incidenza anche sulla *privacy* e le libertà civili, in particolare la libertà di espressione. C'è chi parla, in tal senso, della nascita di un vero e proprio “diritto di accesso a *Internet*” come diritto sociale²³¹, inteso più precisamente quale pretesa alla connessione veloce avanzata da ogni persona, individuo o soggetto collettivo, nei confronti dello Stato, affinché quest'ultimo stenda diffusamente sul territorio nazionale la banda larga per permettergli, ovunque risieda e a un prezzo abbordabile, di navigare in rete alla velocità idonea per partecipare alle comunità virtuali ed essere così incluso nel processo sociale e politico.

²²⁷Cfr. Frosini T.E., *L'accesso a Internet come diritto fondamentale*, in *RULES Research Unit Law and Economics Studies, Paper n. 2013-12*, www.unibocconi.it, pag. 38.

²²⁸Cfr. Costanzo P., *La governance di Internet in Italia*, in *RULES Research Unit Law and Economics Studies, Paper n. 2013-12*, www.unibocconi.it, pag. 22 e seg.

²²⁹A tal proposito cfr. il sito ISOC Italia all'indirizzo www.isoc.it/Internet-governance/definizione.html.

²³⁰Si veda l'indirizzo www.Internetgovernance.org/about.

²³¹De Minico G., *Diritti, regole, Internet*, in *Rivista telematica* www.costituzionalismo.it.

L'accesso alla rete viene definito “diritto sociale”, in quanto espressione del diritto alla partecipazione attiva dei cittadini alla società dell'informazione e dell'effettivo esercizio delle libertà fondamentali (manifestazione del pensiero, comunicazione intersoggettiva), elimina gli ostacoli materiali ed economici al pieno sviluppo della persona ed è pertanto funzionale alla realizzazione di quell'uguaglianza sostanziale prevista dall'art. 3 Cost. necessitando, non diversamente da qualsiasi diritto sociale, di un atteggiamento collaborativo del soggetto pubblico al fine dell'effettivo godimento del diritto²³². La legittimazione normativa alla pretesa di tale diritto potrebbe ben discendere, in virtù del nuovo art. 117, co.1, Cost. che inserisce il diritto dell'Unione Europea tra le fonti che concorrono a comporre il parametro di legittimità costituzionale²³³, in quelle disposizioni della Carta dei diritti - resa vincolante dall'incorporazione nel Trattato di Lisbona - che riconoscono agli anziani (art. 25) il diritto a “condurre una vita [...] indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale”; ora alle persone con diversa abilità (art. 26) il diritto a beneficiare di “misure intese a garantire l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità”; e infine, a chi vive in territori remoti il diritto “alla coesione sociale” (art. 36). Ma anche se si volesse prescindere dalla vincolatività del diritto eurounitario, i diritti sociali in quanto tali impongono al legislatore uno specifico obbligo di attivazione, poiché pacificamente ascrivibili alla categoria dei diritti inviolabili di cui all'art. 2 della Costituzione²³⁴.

Uno degli interrogativi che gli studiosi si pongono è se il mondo del *Web*

²³²*Ibidem*.

²³³Vedi Corte Cost., sentt. n. 349 e 348 del 2007 in www.cortecostituzionale.it.

²³⁴Per un approfondimento sul tema vedi De Minico G., *Diritti, regole, Internet*, cit., pag. 5 e seg.

così mobile, sconfinato ed in continuo mutamento, possa essere sottoposto a regole precise, se vi possa essere una traduzione istituzionale della naturale libertà della rete. Parte della dottrina²³⁵ osserva come la rilevanza sociale e politica di *Internet* sia tale da sfuggire al potere di controllo degli Stati, mettendo in dubbio la loro sovranità sulla Rete nonché la possibilità, utilità, legittimità di qualsiasi regolazione di *Internet*. Ma, su un altro fronte, vi sono iniziative volte ad ampliare l'area dei diritti fondamentale ed ad accompagnare gli sviluppi del *Web* con istituzioni adeguate: si pensi alla “delazione” di Yahoo! che ha consentito al governo cinese di arrestare e condannare un giornalista, colpevole di aver inviato via *Internet* una notizia e che ha avuto come reazione l'iniziativa avanzata dai colleghi americani per chiedere la universalizzazione del *Free Speech*, sul modello del Primo emendamento del loro *Bill of Rights*; oppure al forte attivismo del mondo economico, come il progetto *Data Liberation Front* presentato da Google per rafforzare le garanzie in rete della *privacy*²³⁶. Ma non si possono accettare solamente iniziative dei soggetti privati, come uniche “istituzioni” capaci di intervenire: è indispensabile al contrario far dialogare i diversi attori fra loro per mettere a punto regole comuni, esigendo di affrontare anche la questione della democrazia di *Internet*²³⁷.

Anche perché oggi *Internet* è qualcosa di molto più rilevante e pervasivo del semplice strumento per comunicare o per scambiare informazioni, ma esso è divenuto parte essenziale e, forse, preponderante, della nostra stessa essenza quotidiana: il mondo virtuale ha finito per influenzare

²³⁵Rodotà S., *Una costituzione per Internet*, in *Politica del diritto*, vol. III, settembre 2010, pag. 337-352.

²³⁶Cfr. Rodotà S., *Una costituzione per Internet*, cit., pag. 339-340.

²³⁷*Ibidem*.

così profondamente quello reale tanto da pervaderlo e spesso sostituirlo²³⁸. Infatti, la realtà nella quale siamo abituati a muoverci ormai si confronta con operatori di grandi dimensioni, i c.d. operatori *over the top*²³⁹, come Facebook, Google ed altri. Questo significa anche il riconoscimento di un valore intrinsecamente strategico dei dati inseriti nel *Web* e della possibilità di controllarli: conoscere come una persona si muove sul *cyberspazio*, quali ricerche effettua ogni giorno, risulta particolarmente allettante per i colossi dell'informatica. Pensiamo alle forme mirate di pubblicità effettuate attraverso i c.d. *cookies*, che concorrono a delineare un ricchissimo pacchetto informativo delle persone che operano sul *Web*. Alla luce di queste considerazioni, non è azzardato ritenere che gli operatori *over the top*, potendo monitorare la navigazione in *Internet* di milioni di individui, conservarne in molti casi gli archivi e-mail, indirizzari, calendari, documenti, potrebbero di fatto venire a conoscenza di informazioni più ricche e dettagliate di quelle normalmente in possesso dei servizi di sicurezza di molti Paesi²⁴⁰.

Ecco che allora servono le garanzie “costituzionali”, serve un processo, una partecipazione a larga scala di una molteplicità di soggetti che intervengano in modo attivo, che formulino progetti, li mettano a confronto, li modifichino per il riconoscimento di principi, diritti e per l'elaborazione di normative comuni quantomeno per singole aree del mondo, come avviene nell'Unione europea e come potrebbe avvenire per materie in cui è stata raggiunta una maturità culturale e istituzionale,

²³⁸Cfr. Busia G., *Le frontiere della privacy in Internet: la nuova corsa all'oro per i dati personali*, in *Internet: regole e tutela dei diritti fondamentali*, in *RULES Research Unit Law and Economics Studies, Paper n. 2013-12*, a cura di Pollicino O., Bertolini E., Lubello V., pag. 15.

²³⁹Così Busia G., *Le frontiere della privacy in Internet: la nuova corsa all'oro per i dati personali*, cit., pag. 16.

²⁴⁰Cfr. Busia G., *Le frontiere della privacy in Internet: la nuova corsa all'oro per i dati personali*, cit., pag. 17.

come quella della protezione dei dati personali²⁴¹.

²⁴¹Cfr. Rodotà S., *Una costituzione per Internet*, cit., pag. 343-344.

Conclusioni

Dalle difficoltà normative, ma anche da quelle giurisprudenziali, sorte successivamente alla rivoluzione informatica, è emerso con particolare forza il fatto che oggi la c.d. *governance* di *Internet* non riguarda più solo lo sviluppo, da parte degli ordinamenti, di principi, regole, procedure decisionali e programmi condivisi, bensì anche una vasta gamma di questioni sociali, politiche ed economiche (si pensi ai marchi commerciali nell'economia *on-line*), con una forte incidenza anche sulla *privacy* e sulle libertà civili, in particolare la libertà di espressione.

Si parla in tal senso di un nuovo “diritto di accesso” a *Internet*, di una “costituzione” per *Internet*, e, in tema di diritto d’autore, la diffusione dei contenuti via rete è oggi sentita talmente importante nella società, da dividere le stesse dottrina e giurisprudenza tra due opposte tendenze: la prima, che sottolinea l'impraticabilità e l'assenza di un obbligo di controllo a carico degli ISP, e si basa essenzialmente sulla capacità diffusiva, l'utilizzo sempre più generalizzato del mezzo telematico e soprattutto l'importanza dello stesso per lo sviluppo economico e sociale, tali da rendere opportuna una diminuzione della responsabilità degli stessi e da percepire certi comportamenti degli utenti di *Internet* come meno gravi nell'ambiente virtuale rispetto che nei rapporti sociali ordinari; la seconda, al contrario, opta per una responsabilità estesa dei fornitori nel caso di illeciti compiuti mediante servizi telematici e induce ad una valutazione opposta tesa a riconoscere una responsabilità aggravata a carico degli ISP in relazione agli illeciti commessi dai loro utenti, proprio in considerazione della potenzialità diffusiva e della capacità offensiva del comportamento.

Come emerge dal presente lavoro, il legislatore italiano ha scelto la strada secondo la quale, per ogni differente attività compiuta dell'ISP, si

prevede una sostanziale deresponsabilità, o meglio, responsabilità al negativo degli stessi, fatti salvi i casi in cui il *provider* non agisca direttamente sulle informazioni ospitate (ad esempio per le attività di *caching*) ovvero non sia a conoscenza del contenuto illecito dei dati e/o servizi erogati attraverso i propri *server* oppure non intervenga per rimuoverli (in particolare nelle attività di *hosting*). Non diversa è la scelta fatta dal legislatore statunitense, il quale individua ulteriori ipotesi di esenzione da responsabilità per utilizzazioni abusive dei suoi contraenti, in aggiunta a quelle di cui tali soggetti possono usufruire in linea generale ai sensi della legge sul diritto d'autore: il DMCA istituisce il c.d. *safe harbour* e prescrive semplicemente il requisito della non colpevolezza ai fini dell'esenzione di una qualche responsabilità del *provider*. Tutto ciò pone sempre più a rischio la tutela effettiva del diritto d'autore.

Forse però la giurisprudenza sta cambiando orientamento: nel caso Google Spain i giudici di Lussemburgo hanno configurato una responsabilità degli ISP in caso di violazione della privacy, non considerando la loro attività meramente tecnica e intermediaria bensì decisiva e semplificativa nella ricerca delle notizie sul *Web*; forse però la giurisprudenza dominante è rimasta ancorata alle regole formali emanate dal legislatore.

Sarebbe forse necessario dare una maggiore rilevanza a quanto previsto dal Considerando 48, secondo il quale, sebbene rimanga indubbio che gli Stati membri non possano imporre ai prestatori un obbligo di sorveglianza di carattere generale, è comunque fatta salva la possibilità da parte loro "*di chiedere ai prestatori di servizi, che detengono informazioni fornite dai destinatari del loro servizio, di adempiere al dovere di diligenza che è ragionevole attendersi da loro ed è previsto*

dal diritto nazionale, al fine di individuare e prevenire taluni tipi di attività illecite".

In ogni caso è avvertita da tutti la necessità di una disciplina quanto più possibile unitaria nonché di un fondamento costituzionale di un fenomeno come quello di *Internet* che non è più un semplice strumento per comunicare o per scambiare informazioni, ma esso è divenuto parte essenziale e, forse, preponderante, della nostra stessa essenza quotidiana: il mondo virtuale ha finito per influenzare così profondamente quello reale tanto da pervaderlo e spesso sostituirlo.

Bibliografia

- Ammendola M., voce *Diritto d'autore (diritto materiale)*, in Dig. disc. priv., vol. IV, UTET, Torino, 1989, pag. 368 e seg.;
- Cogo A., *I contratti di diritto d'autore nell'era digitale*, in Quaderni di AIDA n. 20, Torino, Giappichelli Editore, pag. 22 e seg.;
- Colangelo G., *Diritto comparato della proprietà intellettuale*, Bologna, Il Mulino, 2011;
- De Sanctis, voce *Autore (diritto di)*, *Aggiornamento*, in Enc. Dir., 1998;
- De Minico G., *Diritti, regole, Internet*, in Rivista telematica www.costituzionalismo.it;
- Di Riccio G. M., *La responsabilità civile degli Internet providers*, Giappichelli, Torino, 2002;
- Ercolani S., *Il diritto d'autore e i diritti connessi: la legge n. 633/1941 dopo l'attuazione della direttiva n. 2001/29/CE*, Torino, Giappichelli, 2004;
- Flor R., *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet: un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, Padova, CEDAM, 2010;
- Frosini T. E., *Google e il diritto all'oblio preso sul serio*, in Il diritto dell'informazione e dell'informatica, Vol. 4/5, 2014, pag. 564 e seg.;

- Gambino A., *Innovazione e diritto d'autore*, intervento del 10 novembre 2015 in Rivista telematica www.dimt.it;
- Laprovitera F., *Pirateria on-line: tra abitudini ancestrali e nuove strategie di lotta*, in Rivista telematica www.altalex.com, pubblicato in data 3 marzo 2016;
- Marucci B., *La responsabilità civile in rete: necessità di introdurre nuove regole*, in Rivista telematica www.comparazionedirittocivile.it;
- Massimini A., *Cyberdiritto. Il diritto d'autore dell'era di Internet*, Napoli, Edizione Simone, 1999;
- Moscati L., *Il code civil e il destino della proprietà intellettuale in Europa*, in Rivista di diritto civile, vol. 54, fasc. 4, 2008, pag. 429-447;
- Onorato P., *La tutela penale del diritto d'autore. Le fattispecie incriminatrici dopo la legge n. 248/2000*, in Cassazione penale, 2003, vol. 43, fasc. 2 pag. 675-689;
- Pascuzzi G., Caso R., *I diritti sulle opere digitale: copyright statunitense e diritto d'autore italiano*, Padova, CEDAM, 2002;
- Passaglia P., *Internet nella Costituzione italiana: considerazioni introduttive*, in www.giurcost.org;
- Passaglia P. (a cura di), *Tutela del diritto d'autore ed oscuramento dei siti web*, con i contributi di Bottini E., Guerrero Picó C., Pasetto S., Rörig M. T., in www.cortecostituzionale.it;

- Pizzetti F., *La decisione della Corte di Giustizia sul caso Google Spain: più problemi che soluzioni*, in Rivista telematica di diritto pubblico italiano, comparato, europeo www.federalismi.it;
- Pollicino O., Bertolini E., Lubello V., *Internet: regole e tutela dei diritti fondamentali*, in *RULES Research Unit Law and Economics Studies*, Paper n. 2013-12, www.unibocconi.it;
- Pollicino O., *Interpretazione o manipolazione? La Corte di giustizia definisce un nuovo diritto alla privacy digitale*, in Rivista telematica di diritto pubblico italiano, comparato, europeo www.federalismi.it;
- Resta G., *L'appropriazione dell'immateriale. Quali limiti?*, in Il diritto dell'informazione e dell'informatica, Vol. 20/1, 2004, pag. 21-48;
- Resta G., *La "morte" digitale*, in Il diritto dell'informazione e dell'informatica, Vol. 6, 2014, pag. 892 e seg.;
- Riccio G. M., *Accesso alla conoscenza, fair use e diritto d'autore: il caso Google books*, in Rivista telematica Comparazione e diritto civile (www.comparazionedirittocivile.it);
- Rodotà S., *Una costituzione per Internet*, in *Politica del diritto*, vol. III, settembre 2010, pag. 337-352;
- Scialdone M., *I profili internazionali del diritto d'autore*, in rivista telematica www.altalex.com, pubblicato in data 06/10/2008;

- Scorza G., *Diritto d'autore online: un anno di Regolamento Agcom. Numeri, tempi e costi della 'giustizia parallela'*, in Rivista telematica www.ilfattoquotidiano.it;
- Sena G., voce *Opere dell'ingegno*, in Dig. disc. priv., vol. X, UTET, Torino, 1994, pag. 360 e seg.;
- Sica S., Zeno-Zencovich V., *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, CEDAM, 2007;
- Spada P., *La proprietà intellettuale tra "reale" e "virtuale": un guado difficile*, in *Diritto dell'internet*, v. 3/5, 2007, pag. 437-440;
- Terracina, D., *La tutela penale del diritto d'autore e dei diritti connessi*, Torino, Giappichelli, 2006;
- Ubertazzi L. C., voce *Diritto d'autore*, in Dig. disc. priv., vol. IV, UTET, Torino, 1989, pag. 364 e seg.;
- Viaciago G., *Internet e responsabilità giuridiche*, Piacenza, La Tribuna, 2002;

Giurisprudenza

- Corte Costituzionale, 16-19 dicembre 2004, n. 426, in www.giurcost.org;
- Corte di Cassazione, sez. I civ., 17 febbraio 2010, n. 3817, in Colangelo G., *Diritto comparato della proprietà intellettuale*, Bologna, Il Mulino, 2011, pag. 22 e seg.;
- Warner Bros v. ABC, 720 F.2D 231 (2ND CIR. 1983), in Colangelo G., *Diritto comparato della proprietà intellettuale*, Bologna, Il Mulino, 2011, pag. 25;
- Corte di Giustizia, 8 giugno 1971, causa 78/70, *Deutsche Grammophon c. Metro-SB-Grossmarkte* in eur-lex.europa.eu;
- Corte di Cassazione, sez. III pen., 23 dicembre 2009, n. 49437, in www.altalex.com;
- Sony Corp. Of Am. v. Universal Studios, Inc., 464 U.S. 417, 448 (1984), in www.law.cornell.edu;
- A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d, 1004, 1023, 57 U.S.P.Q.2d 1729 (9th Cir. 2001), in <http://www2.lib.uchicago.edu>;
- Perfect 10, Inc. v. Google, Inc., 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007), in <http://cyber.law.harvard.edu>;
- Viacom International v. YouTube, 718 F.Supp.2d 514 (S.D.N.Y 2010), in Colangelo G., *Diritto comparato della proprietà intellettuale*, Bologna, Il Mulino, 2011, pag.81;
- Corte Costituzionale, 24 ottobre 2007, n. 349 e 348, in www.cortecostituzionale.it;
- Corte di Giustizia dell'Unione Europea, causa C-131-12, 13 maggio 2014 in

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=IT>;

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 30 luglio 2010, n. 12790, in <http://200.91.68.20/scij/>;
- Conseil constitutionnel, décision n. 2009-580 DC, 10 giugno 2009, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/cc-2009580dc.pdf>;
- Authors Guild, Inc. v. Google Inc., No. 13-4829-cv (2d Cir. Oct. 16, 2015), in www.copyright.gov;