



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI FERRARA

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

**Dottorato di Ricerca in
DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA
XXVII Ciclo**

Coordinatore:
Prof. Paolo Borghi

Settore Scientifico Disciplinare: IUS 01

**IL DIRITTO D'AUTORE
NELLA PROSPETTIVA EUROPEA
di
GIANLUCA ZUCCONELLI**

Tutore:
PROF.SSA ARIANNA THIENE

Aa.aa. 2012-2014

« Così la neve al sol si disigilla,
così al vento ne le foglie levi
si perdea la sentenza di Sibilla. »

(Dante, *Paradiso* XXXIII, 64-66)

**IL DIRITTO D'AUTORE
NELLA PROSPETTIVA EUROPEA**

Introduzione.....6

**CAPITOLO I
IL DIRITTO D'AUTORE,
LINEAMENTI GENERALI**

1. "Fisionomia" del diritto d'autore.9
 2. L'emergere e l'evoluzione.13
 3. I principali modelli europei.21
 4. Il *copyright*.22
 5. *La propriété littéraire et artistique*.29
 6. Il modello tedesco.34
 7. Il sistema italiano.42
 8. La Convenzione di Berna del 1886. 51
 9. *Segue*: Il principio di territorialità.55
 10. Gli altri trattati internazionali, cenni.59

**CAPITOLO II
IL DIFFICILE CAMMINO
VERSO UN DIRITTO D'AUTORE EUROPEO**

1. Premessa.70
 2. L'art. 36 del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea.....73
 3. L'incidenza armonizzatrice dell'art. 36 TCEE.79
 4. I primi interventi di armonizzazione.82
 5. La direttiva 2001/29/CE sul diritto d'autore nella società dell'informazione.85
 6. La direttiva 2004/48/CE sull'*enforcement* dei diritti di proprietà intellettuale.90

7.	Il diritto d'autore e l'odierno approccio europeo.....	100
----	--	-----

CAPITOLO III
IL DIRITTO D'AUTORE
NEL MONDO DIGITALE

1.	Premessa.....	105
	<i>Sezione I.</i>	
2.	La principale ipotesi di conflitto: IP e <i>privacy</i>	
2.1.	I rapporti tra IP e <i>privacy</i>	108
2.2.	L'assenza in capo agli Stati membri della previsione di un obbligo di comunicazione dei dati personali	112
2.3.	Il controverso obbligo ad un giusto bilanciamento tra diritti fondamentali	118
2.4.	L'assenza di una corretta valutazione del concetto di <i>privacy</i>	124
2.5.	La risoluzione del conflitto al vaglio dell'interprete nazionale: il caso italiano.	126
	<i>Sezione II.</i>	
3.	Il ruolo degli ISP negli illeciti <i>on-line</i>	
3.1.	Il regime di (ir)responsabilità degli ISP nella direttiva 31/2000/CE sul commercio elettronico	132
3.2.	L'attività di <i>hosting</i> : la centralità delle pronunce della Corte di Giustizia	139
3.3.	ISP e bilanciamento di diritti fondamentali: l'impossibilità di istituire un filtro preventivo	144
3.4.	Riflessioni della dottrina italiana circa il regime europeo di responsabilità degli ISP	147
3.5.	L' <i>hosting</i> attivo nella giurisprudenza italiana.....	150
3.6.	Le misure di tutela contenute nel regolamento Agcom sul diritto d'autore	158

Bibliografia

IL DIRITTO D'AUTORE NELLA PROSPETTIVA EUROPEA

INTRODUZIONE

L'attività di ricerca mira a comprendere l'incidenza del movimento di armonizzazione europea in materia di diritti degli autori, con particolare attenzione verso i principali problemi correlati al fenomeno della pirateria *on-line*.

In prima battuta si sono identificati i profili generali del diritto d'autore, individuando le origini del movimento di uniformazione e le caratteristiche dei modelli nazionali, cogliendo le differenze tra la prospettiva continentale (legata all'archetipo del *droit d'auteur*) e anglosassone (ancorata al modello del *copyright*).

Il secondo livello di analisi si è concentrato sull'influenza europea: compresa l'indispensabile attività della Corte di Giustizia, si è proceduto con un esame degli strumenti messi a disposizione degli Stati membri per la tutela dei diritti di privativa autoriale ed il loro adattamento al contesto digitale.

Sulla base del compendio legislativo e giurisprudenziale delineato, si sono sviluppati, indirizzando lo sguardo verso l'ordinamento nazionale, due grandi temi legati alla protezione delle opere dell'intelletto nelle reti *Peer2peer*. Alla luce della valorizzazione offerta all'intera materia della proprietà intellettuale dalla Carta di Nizza, ci si è addentrati nello studio del controverso rapporto tra la tutela del diritto d'autore e il diritto alla riservatezza, per giungere, poi, al regime di responsabilità degli *Internet Service Providers* al fine di individuare il loro ruolo nella tutela del c.d. *digital copyright*.

CAPITOLO I

IL DIRITTO D'AUTORE, LINEAMENTI GENERALI

SOMMARIO: 1. "Fisionomia" del diritto d'autore. 2. L'emergere e l'evoluzione. 3. I principali modelli europei. 4. Il *copyright*. 5. *La propriété littéraire et artistique*. 6. Il modello tedesco. 7. Il sistema italiano. 8. La Convenzione di Berna del 1886. 9. *Segue*: Il principio di territorialità. 10. Gli altri trattati internazionali, cenni.

1. "FISIONOMIA" DEL DIRITTO D'AUTORE

L'espressione "diritto d'autore" indica la disciplina che governa la protezione delle opere dell'intelletto dotate di carattere creativo e i diritti (patrimoniali e morali) riconosciuti in capo al soggetto che le ha concepite¹. Nei diversi tempi e luoghi l'intreccio tra queste due componenti è stato variamente modulato per conciliare interessi almeno parzialmente contrastanti, quali quelli dell'autore ad una diffusione capillare dei frutti del proprio lavoro e a godere in esclusiva del loro sfruttamento economico; le aspettative economiche degli intermediari in relazione alla circolazione delle opere e alla remunerazione dei loro investimenti; il tornaconto della collettività al godimento intellettuale, alla crescita culturale e, in generale, alla critica e libera manifestazione del pensiero².

¹ I grandi classici della letteratura giuridica in materia si soffermano - seppur non sempre in modo esplicito - sulla possibilità di considerare il diritto d'autore sia quale diritto oggettivo (e quindi da un punto di vista d'insieme delle regole che illumina l'intera materia) sia come diritto soggettivo (riferendosi all'insieme di diritti che si riconoscono in capo all'autore), cfr. E. PIOLA CASELLI, A. ARIENZO, F. BILE, voce *Diritti d'autore*, in *Novis. Dig. it.*, V, Torino 1957, 669 ss.; T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Torino 1960, 683 ss.; M. ARE, *L'oggetto del diritto d'autore*, Milano 1963, 2 e in part. nt. 4; P. GRECO, P. VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, in *Tratt. Vassalli*, XI, t. 3, Torino 1974, 35 ss.; M. FABIANI, voce *Autore (diritto di)*, I) *profili generali*, in *Enc. Giur.*, IV, Roma 1989, 1 ss.; L.C. UBERTAZZI, voce *Diritto d'autore*, I) *Diritto d'autore: introduzione*, in *Dig. Disc. Priv. - Sez. Comm.*, IV, Torino 1989, 364 ss.; M. AMMENDOLA, voce *Diritto d'autore*, II) *Diritto d'autore: diritto materiale*, ivi, 372 ss.; M. RICOLFI, *Il diritto d'autore*, in *Diritto Industriale, Trattato di diritto commerciale*, (a cura di N. ABRIANI, G. COTTINO, M. RICOLFI), II, Padova 2001, 359 ss.; A. COGO, *I contratti di diritto d'autore nell'era digitale*, Torino 2010, 1 ss.; M. BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, Torino 2011, 71 ss.; V. DE SANCTIS, *Il diritto d'autore (Del diritto di autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche. Artt. 2575-2583)*, in *Il Codice Civile, Commentario*, (diretto da F. D. BUSNELLI), Torino 2012, 1 ss.

² L'incidenza di un interesse pubblico sulla nascita e sull'odierna struttura dei diritti sulle opere dell'ingegno (già evidenziata in dottrina, v. *ex multis* M. RICOLFI, *Il diritto d'autore*, cit., 338) è stata, di recente, oggetto di un'approfondita indagine da parte di G. SPEDICATO, *Interesse pubblico e bilanciamento nel diritto d'autore*, Milano 2013, *passim*.

Rinviando alle pagine successive la disamina dell'evoluzione dei sistemi di protezione di diritto d'autore e dei diversi equilibri che si sono affermati tra interessi contrastanti, per il momento è necessario scomporre la disciplina dei diritti sulle opere dell'ingegno per delinearne i connotati generali che permangono tuttora un punto fermo dell'intera disciplina e con i quali si confrontano il legislatore internazionale ed europeo.

Il primo elemento da prendere in considerazione è l'opera dell'ingegno³ che individua l'oggetto su cui gravano i diritti dell'autore e, di riflesso, il generale divieto posto in capo alla collettività circa la sua libera utilizzazione. In particolare, l'opera rappresenta il punto di contatto tra l'idea generata dalla mente creativa dell'autore, frutto quindi di un'intima riflessione e dello suo stato emotivo, e il mondo esterno che grazie alle parole, alla carta, alla tela, alla ceramica, ai nastri e fili magnetici ne percepisce l'esistenza ed il valore culturale.

La protezione riconosciuta dalle differenti normative non coinvolge qualsivoglia opera frutto di una riflessione personale: è essenziale che questa presenti connotati di creatività e di originalità e che essi si manifestino verso il pubblico in una forma espressiva, quale la letteratura, la musica, le arti plastiche o figurative, il cinema, il teatro, l'archite-

³ Non a caso il riferimento all'opera dell'intelletto e ai suoi caratteri apre la maggior parte delle discipline nazionali dedicate al diritto d'autore. Limitando la nostra analisi agli ordinamenti su cui torneremo in proseguo, il *Copyright, Designs and Patents Act* inglese (in proseguo CDPA) si sofferma sui c.d. *copyright works* alla *section 1* del *Chapter I - Part I*; l'*Urheberrechtsgesetz* (UrhG) contempla la centralità dell'opera sia al § 1 (dedicato ad una generale definizione di diritto d'autore in senso soggettivo) sia al § 2 (che contiene un elenco generale delle creazioni protette); il *Code de la propriété intellectuelle* analizza la questione del valore dell'opera quale elemento costitutivo dei diritti degli autori agli artt. L111-1 e L111-2; ed infine anche la disciplina italiana apre le disposizioni in materia con un espresso riferimento ai frutti dell'intelletto creativo, come dimostra il dettato dell'art. 2575 c.c. e dell'art. 1 della Legge n. 633 del 22 aprile 1941 (*Protezione del diritto di autore e di altri diritti connessi al suo esercizio*, in seguito l.a.).

ttura. Emerge come il diritto d'autore appresti protezione solo a quegli elementi dell'opera muniti di valore - creativo ma anche - rappresentativo, identificando così l'oggetto della privativa autoriale solo nel modo e nella forma espressiva di un certo contenuto di idee⁴.

Il secondo aspetto da prendere in esame attiene ai diritti riconosciuti in capo all'autore. Tradizionalmente si riconoscono due grandi categorie di diritti soggettivi, una munita di forte carica spirituale e personalistica (generalmente indicata con l'espressione "diritti morali") e, ad essa contrapposto, l'insieme dei diritti di utilizzazione economica (i cc.dd. diritti patrimoniali).

Appartengono alla famiglia dei diritti morali quell'insieme di situazioni giuridiche soggettive che si pongono a presidio del peculiare - ed inscindibile - legame tra creatore ed opera dell'ingegno e che si concretizzano con il diritto di paternità, il diritto all'integrità dell'opera, il di-

⁴ Proprio il valore culturale che si propaga dalla circolazione delle opere dell'ingegno ha suggerito la contrapposizione tra il diritto d'autore, munito di una forte carica individualista e capace di diffondere le idee insite in un'opera, e la proprietà industriale, legata alle dinamiche societarie e dotata di una funzione distintiva. In dottrina, si evidenzia tuttora come *"l'enfasi che gli ordinamenti continentali pongono sulla personalità creatrice fa sì che il diritto d'autore si presenti [...] come modalità di tutela di interessi tipicamente antindustriali: dell'interesse dello scrittore contro l'editore, dell'interesse di lavori drammatici contro l'impresario teatrale"*, così P. SPADA, *Parte generale*, in AA. VV., *Diritto industriale - Proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino 2013, 26. Attualmente l'utilizzo dell'espressione "proprietà intellettuale", costante a livello europeo ed internazionale, spinge verso un'attenuazione di tale dicotomia finalizzata a coniugare l'elasticità semantica del diritto industriale classico - evidenziata da L.C. UBERTAZZI, in AA. VV., *La proprietà intellettuale* (a cura di L.C. UBERTAZZI), in *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, (diretto da G. AJANI e G.A. BENACCHIO), Torino 2011, 6; e da P. SPADA, in AA. VV., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino 2012, 4 ss. - e l'attenzione verso la dimensione morale del diritto d'autore. La rivisitazione delle tradizionali categorie dei diritti sui beni immateriali è culminata in una nuova stagione dell'*intellectual property*, definitivamente consacrata dal par. 2 dell'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. La pluralità di questioni legate al valore conferito alla c.d. Carta di Nizza a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona sarà esaminato nel prossimo capitolo, § 5.

ritto di ritiro dell'opera dal commercio e il diritto di pubblicazione⁵. L'attenzione verso il legame tra l'autore e l'opera, ed in particolare verso l'impossibilità di sciogliere tale vincolo, ha influito in maniera pregnante sui caratteri generalmente riconosciuti ai diritti morali quali l'inalienabilità, l'irrinunciabilità e l'imprescrittibilità.

Si inseriscono all'intero della categoria dei diritti patrimoniali quell'insieme di situazioni giuridiche soggettive che consentono l'utilizzazione economica dell'opera. Appartengono a questa categoria il diritto di riproduzione, il diritto di esecuzione, rappresentazione e recitazione, il diritto di comunicazione, il diritto di elaborazione e il diritto di messa in commercio⁶. Rispetto ai diritti morali, questi ultimi diritti sono liberamente trasferibili e sono soggetti ad un peculiare termine di prescrizione⁷.

Il terzo ed ultimo elemento da prendere in esame per la generale ricognizione dei tratti essenziali del diritto d'autore coinvolge le cc.dd. libere utilizzazioni, ovvero tutte quelle situazioni che introducono li-

⁵ I quali trovano riconoscimento in maniera uniforme nei diversi ordinamenti anche grazie all'influenza della Convenzione di Berna del 1886 (su cui v. *infra*). Attualmente la loro disciplina è prevista dalle *sections* 77-85 del CDPA inglese; dai §§ 12-14 dell'UrhG tedesco; dagli artt. L-121-1 - L-121-9 del *Code de la propriété intellectuelle*; dagli artt. 20-24 l.a., dall'art. 2577, co. 2, c.c. e, limitatamente al diritto di ritiro dell'opera dal commercio, dall'art. 2582 c.c.

⁶ Come si potrà osservare nel § successivo, i diritti di sfruttamento economico dell'opera rappresentano lo zoccolo duro dei diritti su di un'opera dell'intelletto. La loro disciplina, sovente al centro degli interventi di armonizzazione soprannazionale al fine di adattarla alle novità frutto dell'innovazione tecnologica (cfr. sul punto *infra* cap. II, § 4), si rinviene nelle *sections* 16-27 del CDPA, nei §§ 15-23 dell'UrhG, agli artt. L-122-1 - L-122-12 del *Code de la propriété intellectuelle*, agli artt. 12-24 l.a. e 2577, co. 1, c.c.

⁷ Il quale è stato oggetto di armonizzazione a livello europeo, anche di recente, grazie alla direttiva 2011/77/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 novembre 2011, che modifica la direttiva 2006/116/CE concernente la durata di protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi, in GUUE, 11.10.2011, L-265/1 ss.

mitazioni all'esercizio dei diritti patrimoniali d'autore al fine di soddisfare interessi riconosciuti in capo tanto al singolo, quanto all'intera collettività. In generale, si iscrivono tra le libere utilizzazioni diverse tipologie di riproduzioni dell'opera come ad esempio la riproduzione dell'opera per uso personale, per finalità di pubblica utilità e di solidarietà, o per fini di promozione culturale⁸.

2. L'EMERGERE E L'EVOLUZIONE

Come anticipato, l'odierna struttura dei diritti d'autore rappresenta il frutto di un'interazione - costante e volta a ricercare un equilibrio - tra i contrapposti interessi che governano la materia. L'evoluzione del loro contemperamento si può leggere esaminando le tappe che hanno scandito l'emergere dell'attuale conformazione del diritto d'autore.

La nascita della stampa a caratteri mobili è tradizionalmente intesa come il momento a partire dal quale si affermano le prime istanze volte ad ottenere il riconoscimento di diritti sui frutti dell'intelletto, se-

⁸ Cfr. le *sections* 28-76 del CDPA; i §§ 45-63 dell'UrhG; gli artt. L122-5 del *Code de la propriété intellectuelle*; artt. 65-71 *nonies* l.a. In dottrina si sottolinea come le libere utilizzazioni rappresentino il perimetro entro cui è concepito il diritto di esclusiva autoriale, intese come "risposta del legislatore a interessi di rango costituzionali contrapposti, o in ogni caso distinti, rispetto a quelli dell'autore", (così G. SPEDICATO, *Interesse pubblico e bilanciamento nel diritto d'autore*, cit., 247). Da un punto differente punto di vista, si è voluto evidenziare come le libere utilizzazioni non debbano essere intese quali norme eccezionali poiché "la loro previsione è collegata a finalità che non sono estranee agli obiettivi della protezione del diritto d'autore ed anzi risultano profondamente intrecciate al fondamento (anche costituzionale [...]) della tutela", M. RICOLFI, *Il diritto d'autore*, cit., 461-462.

gnatamente sulle opere letterarie⁹. Questa prima fase - ricompresa tra la seconda metà del XV e del XVI secolo, che per le ragioni che si esporranno in prosieguo prende il nome di “età dei privilegi” - accomuna i principali Paesi europei, i quali presentano un’omogeneità dal profilo del contesto sociale, culturale e politico, fattori hanno direttamente influenzato il riconoscimento di un valore economico nell’opera dell’ingegno¹⁰. La possibilità di riprodurre in serie un’opera letteraria interagisce in modo vivace con elementi socio-economici che consen-

⁹ L’invenzione della stampa a caratteri mobili, realizzata da Johann Gutenberg tra il 1448 e il 1454, rappresenta il punto di partenza per l’esame dell’evoluzione del diritto d’autore moderno; in arg. N. STOLFI, *La proprietà intellettuale*, Torino, 1915, 16; T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., 683 ss.; R. FRANCESCHELLI, *Trattato di diritto industriale*, Milano, 1961, I, 330; P. GRECO, P. VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell’ingegno*, cit., 2; L.C. UBERTAZZI, voce *Diritto d’autore*, I. *Introduzione*, cit., 366; U. IZZO, *Alle radici della diversità tra copyright e diritto d’autore*, in *Il diritto d’autore nella società dell’information technology: software, database, multimedia*, (a cura di DI COCCO, PELINO, RICCI), I, Bologna 2005, 44; J.A.L. STERLING, *World copyright law*, London 2008, 9; M. BERTANI, *Il diritto d’autore europeo*, cit., 2 ss.

In part. L. SCHIUMA, voce *Diritto d’autore e normativa europea*, in *Enc. Treccani XXI Secolo*, Roma 2009, 445 ss. individua nell’invenzione della stampa il momento di avvio di un’epoca che permetteva di comprendere i diritti degli autori entro il c.d. *Gutenberg Model*, successivamente soppiantato dal *Software Law* identificando la nascita e l’evoluzione del software e dell’hardware come eventi genetici della deriva digitale in materia di *copyright*.

¹⁰ In virtù della ferma convinzione di un inesistente valore economico delle opere, supportata dalla pesante incidenza dei costi necessari per la riproduzione dei manoscritti, il diritto dell’antichità non si era occupato degli aspetti patrimoniali riconoscibili agli autori; sul punto P. GRECO, P. VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell’ingegno*, cit., 1-2, secondo i quali non viene escluso che vi furono comunque traffici commerciali aventi per oggetto opere letterarie: l’oggetto della transazione era, tuttavia, rappresentato dal manoscritto in quanto oggetto e non come frutto dell’intelletto. Questo aspetto viene ricordato anche nel recente volume di M. BERTANI, *Il diritto d’autore europeo*, cit., 2, nt. 3, ove non si manca di rimarcare che il diritto romano conosceva tuttavia una primordiale forma di tutela per l’autore rappresentata dall’*actio iniuriarum*, posta a presidio della sua personalità creativa, e diretta a contrastare la pubblicazione di opere inedite senza il consenso. Per un affresco delle vicende degli autori nella Roma antica e nel periodo medioevale si rinvia a due classici della materia, N. STOLFI, *La proprietà intellettuale*, Torino 1915, I, 1-15 ss.; R. FRANCESCHELLI, *Trattato di diritto industriale*, cit., I, 88 ss.

tono di comprendere come si sia potuto affermare un mercato di sbocco per le opere letterarie. La valorizzazione in termini monetari della produzione seriale di manoscritti è stata significativamente influenzata dall'affermarsi della classe mercantile, dall'innalzamento del livello di alfabetizzazione, nonché dal conseguente emergere di un mercato di sbocco per autori e librai¹¹.

In questo articolato contesto si inseriva, inoltre, l'ingerenza del potere politico, rappresentato nei vari Paesi dalle monarchie assolute, che subordinava il rilascio dell'autorizzazione per procedere con l'attività manifatturiera di prodotti culturali (*rectius* il c.d. privilegio di stampa) ad una preventiva valutazione, assolutamente discrezionale e insindacabile, circa le affinità tra la posizione e le inclinazioni del richiedente ai progetti politici del sovrano. Questo sistema produceva la concentrazione dell'attività produttiva culturale in capo a pochi soggetti: così facendo si è potuto agevolare la fase iniziale di accumulazione degli investimenti nel settore e, di conseguenza, soddisfare le crescenti richieste dei consumatori di prodotti letterari.

Lo sviluppo di interessi economici collegati alla diffusione delle opere dell'intelletto non si accompagnava tuttavia ad un'immediata tutela per la figura dell'autore¹²: i singoli stampatori, incaricati di produrre le opere, esigevano non poche esclusive al fine di compensare con esse gli elevati costi fissi e gli esegui introiti derivanti dall'attività

¹¹ Sulla struttura del mercato letterario di stampo mercantilistico, v. *amplius* M. LIBERTINI, *Il mercato: modelli di organizzazione*, in BOCCHICCHIO, BONSIGNORI, *L'azienda e il mercato*, in *Trattato di dir. comm. e dir. pubb. dell'eco.*, (diretto da F. GALGANO), III, Padova, 1979, 346 ss., a cui si rinvia per i numerosi riferimenti bibliografici.

¹² Emblematica di questa peculiare situazione è l'espressione "[l]'autore, un personaggio in prestito" utilizzata da U. IZZO, *Alle origini del copyright e del diritto d'autore. Tecnologia, interessi e cambiamento giuridico*, Roma 2010, 93.

manifatturiera. Inoltre, la figura - e gli interessi - degli autori rimanevano invece sullo sfondo poiché le opere che trovarono, almeno inizialmente, diffusione furono i grandi classici della cultura greca e lati-

na: si assistette ad un'iniziale concessione di privilegi nei confronti degli stampatori¹³.

Quanto al contenuto del privilegio di stampa, nei diversi Paesi il sistema di privilegi è stato modulato in maniera differente. Inizialmente

¹³ Per il sistema anglosassone, il primo privilegio tipografico di cui si ha inconfutabile certezza è quello assegnato a Richard Pynson [cfr. R. DEAZLEY, (2008) 'Commentary on early Tudor printing privileges', in *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org]; ad esso seguiva la costituzione della *Stationer's Company* nel 1556, organismo a matrice corporativa, che svolgeva una pluralità di funzioni, prima fra tutte la catalogazione dei libri sui quali erano stati concessi dei privilegi di stampa a cui si aggiunse, nel 1645, un effettivo e prestante controllo censorio a cui era subordinata la concessione di qualsivoglia autorizzazione alla stampa [sul punto, R. DEAZLEY, (2008) 'Commentary on the Stationers' Royal Charter 1557', in *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org; nonché le appassionate pagine dedicate ai pregi (ma soprattutto alle debolezze) dell'operato della *Stationer's Company* di A. JOHNS, *Pirateria - Storia della proprietà intellettuale da Gutenberg a google*, Ed. Bollati Boringhieri, Torino 2011, 6 ss.].

Quanto alla situazione tedesca, patria dell'invenzione della stampa, la frammentarietà politica del XV secolo alimentava una fioritura di privilegi con fonti variegata, derivanti talvolta da concessione imperiale, dal Governatore dell'Impero, dai Vescovi elettori e dai Senati che governavano le diverse città. Il potere riconosciuto di concedere privilegi di stampa nelle mani di diversi soggetti non si accompagnò da subito ad una fioritura del mercato editoriale: la stampa rimase per alcuni decenni un'attività poco attrattiva. Sono nel 1501 venne concesso il primo privilegio, accordato dal Vescovo di Bamberg, a cui ne seguirono altri provenienti da fonti diverse. In arg. J. KOHLER, *Das Autorrecht*, Jena 1880, 55 ss.; N. STOLFI, *La proprietà intellettuale*, cit., 60 ss.

In Francia, durante la reggenza di Luigi XI, con la Lettera Patente del 1474 venivano concessi i primi privilegi di stampa a Ulrich Gering, Martin Grantz e Michael Friburger, giunti dalla Germania a Parigi con l'intento di avviare attività commerciali nel settore della stampa. La diffusione delle idee luterane incisero ben presto sulla florida diffusione della libertà di stampa: venne affidato (inizialmente alle università del regno e successivamente nel 1624) ad una commissione di nomina regia il compito di operare una preventiva attività di censura volta a negare la concessione del privilegio di stampa per quei volumi che si ponevano in contrasto con i tradizionali dogmi religiosi; le vicende sono minuziosamente ripercorse da U. IZZO, *Alle radici della diversità tra copyright e diritto d'autore*, cit., 53 ss.; nonché da L. MOSCATI, *Napoleone e a proprietà intellettuale*, in *R. d. civ.* 2006, I, 179 ss.

Quanto al territorio italiano quello concesso dal Senato veneziano a Giovanni da Spira nel 1469 (su cui v. infra nt. 14), il sistema in materia diffusosi nello Stato Pontificio a partire dal 1515 che, su ordine di Leone X, istituiva il primo sistema di censura preventiva per tentare di arginare gli effetti prorompenti della diffusione delle opere di Lutero, a cui seguì nel 1564 la promulgazione a firma di Pio IV dell'indice dei libri proibiti. Cfr. M. BERTANI, *Il diritto d'autore europeo*, cit., 4 ss.

la concessione dell'autorizzazione non veniva supportata da una cornice normativa: il privilegio concesso dal sovrano era ideato e finalizzato a regolare tutti gli aspetti che coinvolgevano l'opera, delineando i limiti entro cui poteva realizzarsi la riproduzione dell'opera. Come anticipato, i primi diritti riconosciuti in relazione ad opere dell'ingegno erano accordati agli stampatori. A seconda del periodo storico l'ottenimento del privilegio poteva essere collegato all'assolvimento di un particolare onere, che poteva essere di natura pecuniaria o corrispondere al deposito di un esemplare dell'opera per finalità di controllo contenutistico.

Quanto all'estensione dei diritti conferiti al beneficiario, questa era sensibilmente estesa e ricomprendeva qualsiasi tipo di opera, anche risalente all'antichità, al punto che si è riconosciuto in questo sistema una forma di *"monopolio temporaneo di attività, esteso alla stampa di qualsiasi opera o di un intero genere ed al commercio degli esemplari così realizzati"*¹⁴. L'aspetto più interessante connesso alla concessione del c.d. privilegio di stampa è individuabile nella natura del diritto conferito: non si trattava unicamente di una privativa volta allo sfruttamento commerciale del manufatto letterario ma, più in generale, dell'assegnazione di

¹⁴ M. BERTANI, *Il diritto d'autore europeo*, cit., 5.

una concessione volta a superare il divieto di stampa e di diffusione delle opere¹⁵.

Solo sul finire del XVI secolo, si assiste alla concessione di privilegi letterari, ossia a beneficio degli autori. Questo periodo, definibile come la seconda stagione del sistema di privilegi, è stato vivacemente stimolato da una maturazione culturale nella domanda di libri che portò alla necessità di dare spazio anche alle opere degli autori contemporanei. Si assisteva ad una progressiva convivenza tra il sistema dei privilegi di stampa (concessi ai tipografi) e quello letterario (che coinvolgeva la figura dell'autore). La concessione ai privati di poteri di sfruttamento commerciale sulle proprie opere rimaneva subordinata, ad ogni modo, alla volontà del Sovrano nonostante l'emersione di primi corpi normativi che regolavano la materia¹⁶. Permaneva, ad ogni modo, la costante rappresentata dalla discrezionalità che governava al concessione del privilegio, sempre più spesso, accompagnata da una preventiva attività di censura con connotazioni sia politiche che religiose.

¹⁵ In questi termini si esprime M. BERTANI, *ibidem*, prendendo come riferimento i primi esempi di privilegi italiani, segnatamente quello concesso dal Senato veneziano a Giovanni da Spira nel 1469 e quello del Duca di Milano Galeazzo Maria Sforza ad Antonio Planella nel 1470.

In particolare, il primo tra di due - considerato storicamente il primo privilegio di stampa - assegnava a Giovanni da Spira una privativa di ordine generale (volta ad autorizzare tutti i libri che il beneficiario avesse voluto stampare nel termine massimo di cinque anni, termine di durata della concessione sovrana) connotata, altresì, da elementi di specialità dato che l'attività di stampa poteva realizzarsi tanto nel territorio circondariale di Venezia quanto nei suoi domini. Cfr. N. STOLFI, *La proprietà intellettuale*, cit., 20.

¹⁶ Una sorta di forma embrionale di regolamentazione generale della struttura e dei meccanismi operativi dei privilegi letterari.

Tra questi si ricordano le c.d. parti in materia di stampa emanate dalla Repubblica Serenissima di Venezia tra il 1517 e il 1604; l'ordinanza francese di Moulins del 1566; il *Licensing Act* inglese emanato da Carlo II nel 1662. L'analisi delle regole comuni in ordine alla concessione di differenti privilegi, con specifica attenzione al Regno Sabaudò, è ampiamente chiosata da L. C. UBERTAZZI, *I Savoia e gli autori*, Milano 2000, 13-87.

L'identificazione degli autori quali beneficiari del diritto di sfruttamento economico dell'opera letteraria realizzava una maturazione dei profili contenutisti del privilegio: non solo si assisteva ad una circoscrizione del privilegio su di una sola opera, ma la stessa essenza dei diritti riconosciuti al creatore si avvicinava lentamente all'odierna struttura dei diritti patrimoniali.

Emergeva, seppur non in via esclusiva, anche un maggior rigore verso i requisiti delle opere che costituiscono l'oggetto del privilegio. Due le alternative in merito ai caratteri dell'opera: questa che doveva presentare caratteri innovativi, quindi presentarsi come nuova nel mercato, oppure poteva essere già conosciuta ma non pubblicata in serie o non edita da un certo lasso temporale o, ancora, non sprovvista da qualsivoglia privilegio nel territorio di riferimento. Inoltre si assiste ad un'iniziale apertura verso nuove forme di opere proteggibili all'interno delle quali vengono ricomprese disegni, le stampe e le incisioni¹⁷. Quest'estensione si accompagna all'emersione di un diritto di traduzione, di elaborazione di opere simili e di importazione a scopo di rivendita degli esemplari contraffatti.

La concezione del privilegio permaneva collegata al generale divieto di stampa e, dunque, era concepito come un potere eccezionale che, ad ogni modo, si doveva confrontare un i diversi interessi legati all'istituto censorio e, non da ultimo, quelli della corporazione dei tipografi.

¹⁷ M. BERTANI, *Il diritto d'autore europeo*, cit., 7.

3. I PRINCIPALI MODELLI EUROPEI

L'identificazione delle condizioni economiche e sociali - comuni ai differenti Paesi del continente europeo - che hanno dominato l'emergere di un interesse verso i diritti sulle opere dell'ingegno consente di soffermarsi, a questo punto, sulle vicende di alcuni ordinamenti.

Quest'operazione, completando solo parzialmente l'*excursus* storico della materia¹⁸, permetterà di evidenziare l'esistenza di un delicato intreccio tra riflessioni filosofiche e produzione normativa, nonché la possibilità di individuare due importanti - e, per alcuni versi, contrapposti - sistemi di riferimento: il modello anglosassone e quello latino-germanico (a cui appartengono la disciplina francese, tedesca e italiana).

Come per la prima tappa dell'evoluzione dei diritti degli autori anche in questa seconda fase - ricompresa tra il finire del XVII secolo e la prima parte del XIX secolo - le riflessioni che coinvolgono le opere dell'ingegno si devono confrontare con il progresso tecnologico (la diffusione di nuovi mezzi di riproduzione quali il grammofono, il cinema, la radio) e, al contempo, una maggior consapevolezza dell'importanza per la protezione di aspetti non solo patrimoniali anche per gli esecutori e gli artisti coinvolti nelle varie attività culturali¹⁹ che emerge con la crisi (e l'abbandono) del sistema dei privilegi.

In relazione a questi fattori si sono sviluppati i modelli nazionali di tutela del lavoro creativo che, seppure con sfumature diverse, cercano

¹⁸ Che dovrà necessariamente confrontarsi con le prime forme di armonizzazione che si sono sviluppate a livello sopranazionale e su cui v. *infra*.

¹⁹ Lo studio del diritto morale d'autore in chiave comparatistica non può che trovare fonte primaria nell'opera di S. STRÖMHOLM, *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave avec un aperçue de l'évolution internationale*, I, Stockholm 1967, *passim*.

di dare spiegazione ai diritti sui beni immateriali tramite il prisma del modello proprietario²⁰.

4. IL COPYRIGHT.

Il sistema di protezione del diritto d'autore delineatosi nel sistema di *Common Law* è tradizionalmente orientato verso una tutela meramente patrimoniale, come sottolinea l'espressione *copyright*, che si riferisce letteralmente al diritto di copia dell'opera e alla sua necessaria remunerazione.

Infatti, il modello anglosassone è l'unico che tutela i diritti sulle opere creative dell'ingegno, senza aver conosciuto le suggestioni che nel corso della seconda metà dell'Ottocento hanno contribuito, nei Paesi di *Civil Law*, a delineare un apparato normativo attento anche alla dimensione personalistica della creatività umana. Rimane viva e incisiva (anche nella dottrina italiana) l'influenza, a queste correnti apparentemente contrapposta, dell'opera di Locke sul significato del concetto di *property* e dei diritti (economici) relativi alle opere dell'in-

²⁰ Il tema, oggetto di indagine in proseguo, richiama necessariamente le riflessioni che da tempo accompagnano le variegate declinazioni del diritto di proprietà nei differenti ordinamenti europei. Sul punto v. per tutti A. CANDIAN, A. GAMBARO, B. POZZO, *Property - Propriété - Eigentum*, Padova 2002, *passim*. La centralità del paradigma dominicale, nota ad ogni giurista nazionale, ha assunto di recente un ruolo protagonista anche nello scenario europeo, v. G. RAMACCIONI, *La tutela multilivello del diritto di proprietà. Profili strutturali e funzionali nella vicenda della occupazione acquisitiva*, Torino 2013, 13 ss.; nonché le critiche mosse alla giurisprudenza CEDU condotte da A. GAMBARO, *Armonizzazione dei diritti di proprietà e linguaggi giuridici europei: tra assonanze e dissonanze*, in AA. VV., *Proprietà e diritto europeo*, (a cura di G. D'AMICO), Napoli 2013, 197 ss.

gegno²¹, nonostante si siano via via sviluppate alcune letture critiche delle sue idee sul punto²².

Secondo Locke il generale diritto di proprietà sulla propria persona (*property in his own person*) discende da due postulati, tra essi interdipendenti. Il primo attiene alla condizione dell'uomo, nato libero nello stato di natura a prescindere da qualsivoglia modello di Stato: gli individui possono compiere azioni, disporre pienamente dei propri beni e della propria persona nel rispetto della legge di natura e, dunque, senza subordinazione alcuna alla volontà altrui. La seconda pietra angolare del pensiero di Locke si rinviene nella necessità di una c.d. *alieni abstinentia*: ad ogni soggetto viene sì assegnata piena libertà nell'agire sulla propria persona e sui propri beni, ma la piena uguaglianza tra

²¹ L'influenza dell'opera di J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, Torino 1960, 259 ss. - viva anche nella dottrina italiana - è essenziale in quanto veniva proposta un forte e marcata visione dominicale che abbracciava le differenti attività dell'uomo secondo cui "[o]gnuno ha la proprietà della propria persona, alla quale ha diritto nessun altro che lui. Il lavoro del suo corpo e l'opera delle sue mani possiamo dire che sono propriamente suoi. A tutte quelle cose dunque che egli trae dallo stato in cui la natura le ha prodotte e lasciate, egli ha congiunto il proprio lavoro, hanno, connesso con sé, qualcosa che esclude il diritto comune di altri". In arg. W. CORNISH, D. LLEWELYN, T. APLIN, *Intellectual property: patents, copyright, trade marks and allied rights*, London 2013, 389 ss.; M. BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, cit., 27-28; L. MOSCATI, *Tra copyright e droit d'auteur. Origine e sviluppo della proprietà intellettuale in Europa*, Napoli 2012, 15 ss., secondo la quale nelle opere di Locke il concetto di proprietà "ha il significato di *suum*" coinvolgendo, in base ad una visione estensiva di *property*, anche i beni della persona.

²² Si sostiene che le argomentazioni di Locke si concentravano sui modi di acquisto della proprietà fondiaria e della proprietà su beni mobili, senza porre riferimento alcuno alla categoria dei beni immateriali. L'assenza di un riferimento a questa categoria di beni accomuna tutte le opere di Locke: è questo vuoto - assieme alle ostilità verso il *Licensing Act* del 1662 che attribuiva sensibili poteri monopolistici alla *Stationer's Company* - a consentire, secondo parte della scienza giuridica, l'affermazione di un diniego della visione giusnaturalistica per la proprietà letteraria. In arg. G. SPEDICATO, *Interesse pubblico e bilanciamento nel diritto d'autore*, cit., 39-40 (in part. nt. 30).

individui trova limite nel divieto di interferenze sull'altrui diritto di proprietà²³.

Property on his own person, concetto da cui è possibile individuare l'esistenza di un binomio tra la proprietà e la libertà dell'uomo, permette di calare le elaborazioni della dottrina lockeana nel rapporto tra autore e opera dell'ingegno. Al centro delle diverse riflessioni è presente una sensibile valorizzazione dell'attività produttiva dell'uomo: l'individuo, in quanto proprietario del proprio corpo, è titolare di una sovranità che si estende necessariamente anche al prodotto del proprio lavoro, poiché nel lavoro si individua una fonte primaria del diritto di proprietà²⁴. I diritti sulle opere dell'intelletto, pertanto, assumono una connotazione spiccatamente dominicale permettendo di assegnare al-

²³ A. DONATI, *La fondazione giusnaturalistica del diritto sulle opere dell'ingegno*, in AIDA 1997, 414 ss. In particolare l'autore cerca di dimostrare come le idee di Locke, comunemente poste alla base della dimensione patrimoniale del *copyright*, siano particolarmente vicine alle osservazioni di Ugo Grozio, padre del giusnaturalismo, proprio con riferimento all'*alieni abstinentia*. Questa, infatti, andrebbe intesa come "riconoscimento dell'altrui sfera di autonomia e di tutto ciò che a quest'ultima afferisce: la libertà di coscienza, di parola, di iniziativa economica e, quindi, di proprietà sul prodotto del proprio lavoro [...]". Smentisce questa lettura simbiotica tra l'evoluzione del sistema anglosassone e quell'Europa continentale M. RICOLFI, *Il diritto d'autore*, cit., 339 che ritiene l'intero sistema di *copyright* retto da uno scopo *utilitario* che permette di spiegare il diritto di esclusiva assegnato agli autori come funzionale alla promozione del progresso della cultura scientifica e artistica.

²⁴ "Poichè questo lavoro è proprietà incontestabile del lavoratore, nessun altro uomo, se non lui, può avere diritto a ciò ch'è stato aggiunto mediante esso [...] E così, dunque, penso, è molto facile concepire, senza alcuna difficoltà che il lavoro possa in origine rappresentare un titolo di proprietà nel diritto naturale [...]". J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, cit., 261. Sostiene, invece, che l'acquisto della proprietà letteraria avvenisse per occupazione e trovasse giustificazione nel lavoro personale e intellettuale di "colui che s'impadronisce della cosa", N. STOLFI, *La proprietà intellettuale*, cit., 73.

l'intera categoria gli "attributi ontologici" propri del diritto naturale di proprietà²⁵.

Tuttavia questa lettura sinottica tra gli istituti mette in risalto come, ad un primo esame, sussistano elementi di contrasto, quale il difficile coordinamento con la tradizione romanista, secondo cui non è concepibile un diritto di proprietà su di una *res* diversa da un bene corporale. Anche volendo superare simili incertezze, focalizzando l'attenzione sul concetto di proprietà artistica e letteraria, non si sfugge al problema legato alla necessità di determinare quale sia l'oggetto del diritto, dovendo comprendere se l'autore sia da intendersi proprietario delle idee o del *corpus mechanicum*. Un'ultima critica muove dal fatto che il richiamo ad un diritto di proprietà letteraria cozza con il principio di perpetuità del modello dominicale²⁶.

Queste considerazioni, proprie del giurista continentale, si possono superare prendendo in considerazione una lettura più attenta dell'evoluzione del concetto di *property* nel contesto giuridico dei Paesi di *Common Law*. Si impone, infatti, la necessità di distinguere il concetto

²⁵ Enfasi verso la valorizzazione del lavoro intellettuale dell'uomo come fonte di un diritto di proprietà letteraria è presente in A. DONATI, *La fondazione giusnaturalistica del diritto sulle opere dell'ingegno*, cit., 419 ss. Il riconoscimento di un diritto identificabile come *property* sui beni immateriali è ravvisato anche in G. SPEDICATO, *Interesse pubblico e bilanciamento nel diritto d'autore*, cit., 40.

²⁶ Locke, infatti, non manca di individuare in un "monopolio perpetuo" su di un'opera letteraria un fattore controproducente per la diffusione della cultura: questa visione, tuttavia, non è elaborata con riferimento alla figura dell'autore bensì a quella della corporazione degli editori. L'accostamento dei diritti sulle opere dell'intelletto al modello proprietario, secondo parte della dottrina, si intreccia costantemente con l'evoluzione del diritto d'autore, rappresentando nel momento iniziale (identificato nel *Gutenberg Model*) un indispensabile passaggio volto ad assegnare agli autori forme di tutela azionabili *erga omnes* e accompagnate, nell'ipotesi di violazione, da un apparato rimediabile non solo risarcitorio ma altresì ripristinatorio (che si esplicita nella distruzione o nell'assegnazione in proprietà dei beni contraffatti), L. SCHIUMA, voce *Diritto d'autore e normativa europea*, cit., 445; nonché più diffusamente P. SPADA, *La proprietà intellettuale tra "reale" e "virtuale": un guado difficile*, in *Dir. internet* 2007, 437 ss.

di proprietà, in senso romanistico, da quello di *property*, nonostante l'assonanza tra le due espressioni²⁷. Un'operazione in questi termini è stata compiuta da parte della dottrina attenta ad una ponderata valutazione comparativa tra gli istituti in questione: rispetto al modello romanistica nel concetto di *property* difetta l'attitudine ad indicare l'esclusività del rapporto tra un bene ed un soggetto; ravvisando invece con esso un complesso di interessi i quali posso avere ad oggetto altri diritti, potenzialmente idonei ad abbracciare l'insieme dei rapporti patrimoniali di un soggetto²⁸.

Il primo corpo normativo che si preoccupa di garantire una protezione agli autori è il c.d. *Statute of Anne* del 2 dicembre 1709²⁹ (entrato in vigore il 5 aprile 1710). L'*iter* parlamentare che ha portato all'adozione della prima legge sul diritto d'autore³⁰ è stato articolato cercando di conciliare interessi di natura antitetica e rappresentati dai timori

²⁷ A. CANDIAN, A. GAMBARO, B. POZZO, *Property - Propriété - Eigentum*, cit., 13; A. GAMBARO, voce *Proprietà in diritto comparato*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. Civ.*, XV, Torino 1997, 504, ove si definisce il problema della traduzione giuridica un "fenomeno latente" che si può superare con una rivisitazione della tradizione giuridica - ed in particolar modo giurisprudenziale - di un Paese.

²⁸ G. PUGLIESE, voce *Property*, in *Enc. Giur.*, XXIV, Roma 1989, 2, in cui l'autore individua due significati assegnabili al concetto, evidenziando comunque la fumosità dei confini tra di essi. In particolare si può concepire *property* come diritto, che consente ad un soggetto di "usare e godere" di una cosa materiale o di un'altra entità; e *property* come bene, ossia oggetto del diritto, oggetto o entità su cui si esercita la sovranità del soggetto.

²⁹ Il cui titolo esatto è "An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, During the Times therein mentioned, 1710, 8 Anne, c.19". Una consultazione della versione originale del testo è liberamente consultabile su R. DEAZLY, (2008) 'Commentary on the Statute of Anne 1710', in *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org.

³⁰ Che in questa sede non potrà essere ripercorso in modo analitico, ma può essere letto nelle pagine di U. IZZO, *Alle radici della diversità tra copyright e diritto d'autore*, cit., 69 ss.

della potente *Stationers'Company* (impaurita dall'idea che il richiamo all'archetipo proprietario intaccasse la loro solida posizione economica) e dall'influenza culturale delle opere di Locke (da ultimo il *Memorandum* postumo del 1694) che si scagliavano apertamente contro i monopoli commerciali dei quali, per lungo tempo, avevano beneficiato le corporazioni degli editori³¹. L'esito di un dibattito legislativo connotato da queste forze contrapposte (durato più di tre lustri) ha portato all'introduzione di un sistema che subordinava la tutelabilità dell'opera letteraria all'iscrizione nei registri della *Stationers'Company*, formalità che permane tuttora nel sistema anglosassone contraddistinguendolo dagli altri corpi normativi europei.

Il principale diritto riconosciuto agli autori concerneva la riproduzione e la diffusione dell'opera per un periodo di 14 anni dalla prima pubblicazione e, per altri 14 anni, qualora l'autore fosse in vita e avesse depositato copia dell'opera presso la *Stationers'Company*. La forte ingerenza della corporazione degli editori riuscì ad allargare il campo d'applicazione soggettiva dei diritti di copia anche agli eventuali acquirenti di un manoscritto, ottenendo - in via indiretta - un'equiparazione tra la categoria dei creatori e quella della classe borghese impegnata nell'attività di stampa³². La comprensione della natura dei diritti patrimoniali, vero cuore del sistema di *copyright*, postula un'analisi del

³¹ Come evidenziato da G. SPEDICATO, *Interesse pubblico e bilanciamento nel diritto d'autore*, cit., 40.

³² Cfr. N. STOLFI, *La proprietà intellettuale*, cit., 74 ss.; J.A.L. STERLING, *World copyright law*, cit., 17 ss.; M. BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, cit., 28 ss.

concetto di *property*, ed è con riferimento ad esso che emerge la parificazione tra il riconoscimento dei diritti degli autori e degli editori³³.

La categoria dei *property rights* riconosce a chiunque sopporti il rischio connesso ad un'iniziativa di tipo economico, quale la creazione di un'opera dell'ingegno, il godimento di tutti i benefici che da una simile attività discendono. L'autore, secondo questa impostazione, è gravato dal rischio che una sua opera non venga mai acquistata e, di conseguenza, che i sacrifici in termini di tempo e di costi non trovino mai una contropartita. Dal lato opposto, un soggetto che ponesse in essere un'attività lesiva del diritto d'autore altrui si gioverebbe di un duplice vantaggio rappresentato dalla possibilità di conseguire degli utili senza aver preliminarmente sostenuto dei costi, nonché dall'assenza di un pregnante rischio d'impresa.

L'intervento normativo in esame si presentava inoltre lacunoso: non solo equiparava i diritti di editori ed autori, ma aveva anche un'ambito d'applicazione territoriale limitato. Infatti la legge garantiva protezione solo entro i confini dell'Inghilterra e della Scozia, alimentando di conseguenza una vivace economia basata sulla contraffazione delle opere in Irlanda³⁴. Inoltre, la giurisprudenza successiva all'entrata in vigore dello *Statute* andò a specificare il rapporto tra il modello domenicale classico - che sembrava aleggiare nel pensiero filosofico che ispi-

³³ A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright, Divergences et convergences – Étude de droit comparé*, cit., p. 151 ss.; S. M. STEWART, *International Copyright and neighbouring rights*, cit., p. 7; M. LEHMANN, *La teoria dei property rights e la protezione della proprietà intellettuale e commerciale: un'analisi giuridica ed economica*, cit., 32 ss.

³⁴ A. JOHNS, *Pirateria - Storia della proprietà intellettuale da Gutenberg a google*, cit., 13 ss. ove si riconosce come la pirateria di opere letterarie, sicuramente praticata su larga scala nel territorio irlandese, godesse in Inghilterra e in Scozia dell'appoggio di alcuni membri compiacenti della *Stationers'Company* che, omettendo di registrare un manoscritto nel registro della corporazione, limitavano volontariamente i diritti riconosciuti in capo agli autori.

rava l'adozione di un testo normativo in materia di diritto d'autore - e il *copyright*, alla luce di principi generali della Common Law: nella celebre sentenza *Donaldson c. Becker* del 22 febbraio 1774, pur affermando che l'autore godeva di un diritto di proprietà sull'opera, la Camera dei *Lords* riconobbe come la specialità dello *Statute of Anne* prevalesse sul generale diritto di proprietà, garantendo, dunque, una tutela circoscritta nel tempo agli autori e subordinata al deposito presso il registro della gilda degli editori³⁵.

5. LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE

Le elaborazioni del pensiero di Locke applicate alla materia dei diritti sulle opere dell'ingegno ebbero terreno fertile in Francia, ove i "philophes" ripresero il modello dominicale come punto di riferimento e, per superare la questione dell'imprescrittibilità del diritto, si impegnarono affinché si diffondesse l'idea di una necessaria perpetuità dei diritti riconosciuti agli autori³⁶. Le pagine appassionate dei grandi esponenti del pensiero filosofico francese del Settecento, abbracciando le teorie lockeane ed arricchendole con riferimenti alla libertà di stam-

³⁵ La vicenda processuale è riportata da N. STOLFI, *La proprietà intellettuale*, cit., 76 ss.; FRANCESCHELLI, *Trattato di diritto industriale*, cit., I, 103 ss.; U. IZZO, *Alle radici della diversità tra copyright e diritto d'autore*, cit., 69 ss. e G. SPEDICATO, *Interesse pubblico e bilanciamento nel diritto d'autore*, cit., 45, il quale, mettendo in luce i limiti della legislazione anglosassone, ritiene che essa rispondesse ad un interesse pubblico volto alla diffusione della cultura e della scienze e, per questa ragione, gli autori godevano di una tutela limitata.

³⁶ In particolare questa ricostruzione si deve a L. D'HÉRICOURT, *Mémoire en forme de requête à M. Le Garde des Sceaux*, Paris 1725, passim; E. LABOULAYE, G. GUIFFREY, *La propriété littéraire*, Paris 1729, 54 ss.; VOLTAIRE, *Lettre à un premier commis*, 1746, passim; D. DIDEROT, *Lettre sur le commerce de la librairie*, Paris, 1763, passim. Questa rilettura delle idee alla base dello sviluppo del sistema di *copyright* anglosassone sono state definite come un "interscambio" tra i due Paesi (L. MOSCATI, *Il code civil e il destino della proprietà intellettuale*, in *Riv. dir. civ.* 2007, 431).

pa, cercavano di diffondere l'idea di un indispensabile avvicinamento tra la proprietà letteraria e proprietà su beni materiali³⁷.

La natura perpetua dei diritti sulle opere dell'intelletto, come nuovo elemento da assegnare alla struttura proprietaria degli stessi, riuscì ad attecchire in alcune decisioni del Consiglio di Stato e nella giurisprudenza di merito³⁸ ben prima dei moti rivoluzionari del 1789 che diedero il via ad una serie di interventi legislativi. Con la Rivoluzione francese, infatti, venne abolito il concetto di privilegio, tipico del sistema feudale, dando nuova linfa al settore dell'editoria, il quale per lungo tempo era stato soggiogato dalla censura e da una libertà di stampa condizionata al volere del sovrano.

L'influenza della dottrina ebbe eco nei lavori dell'Assemblea Costituente chiamata ad elaborare una legge generale sulle opere dell'ingegno.

La prima legge che apprestava tutela agli autori risale al 1793, preceduta da una celebre relazione tenuta da Isaac Le Chapelier nel 1791

³⁷ *Ex multis*, v. L. D'HÉRICOURT, *Mémoire en forme de requête à M. Le Garde des Sceaux*, cit., 54 ss., ove è palese il richiamo all'impostazione di Locke concernente il lavoro quale mezzo di acquisto della proprietà a titolo originario. Il filosofo e giurista francese, infatti, considera l'opera "un fruit d'un travail [...] personnel" dell'autore. Tuttavia, rispetto al modello anglosassone, si ammetteva la pacifica possibilità di riconoscere le prerogative dominicali anche nel campo della proprietà letteraria, riconoscendo in tal modo un diritto perpetuo sulle stesse. Ciò nonostante, occorre mettere in luce che le idee di D'Héricourt, sebbene favorevoli al modello proprietario, erano apertamente a sostegno dei privilegi della stampa parigina: era la concessione del privilegio stesso a consentire il riconoscimento del valore intellettuale dell'opera e a permetterne la diffusione pubblica. In arg. G. SPEDICATO, *Interesse pubblico e bilanciamento nel diritto d'autore*, cit., 62.

³⁸ L. MOSCATI, *Tra copyright e droit d'auteur*, cit., 19; EAD., *Il code civil e il destino della proprietà intellettuale*, cit., 431, in cui l'autrice, ricordando che solo con la legislazione del 1806 la natura imprescrittibile del diritto d'autore trovò consacrazione in un corpo normativo, indica che i diritti patrimoniali vennero riconosciuti tanto agli autori quanto ai loro eredi.

innanzi all'*Assemblée Nationale*³⁹ nella quale la proprietà letteraria veniva definita come la più sacra di tutte le proprietà: sembrava dunque che il paradigma dominicale fosse, nell'ambito letterario, capace di coniugare l'essenza patrimoniale e morale dei diritti sulle opere dell'ingegno. Il testo normativo del 1793⁴⁰ accoglieva la parificazione tra la proprietà in senso stretto e la proprietà letteraria: nel dettato dei diversi articoli si faceva riferimento in modo indifferente sia al concetto di proprietà, sia al diritto esclusivo⁴¹. Per di più, emergeva una accezione di proprietà temporanea della quale godevano gli eredi dell'autore per un periodo di 10 anni. Questo tratto rende l'apparato legislativo francese in materia di tutela del diritto d'autore differente rispetto a quello inglese: il limite temporale non circoscriveva l'esercizio dei diritti degli autori (titolari di un pieno diritto di proprietà), bensì coinvolgeva i diritti patrimoniali di cui avrebbero goduto gli eredi dello stesso.

Il richiamo al modello dominicale si accompagnava, tuttavia, ad un riconoscimento di diritti unicamente patrimoniali, quali il diritto di riproduzione e spaccio delle loro opere (art. 1) e, subordinato al deposito di due esemplari dello scritto presso la *Bibliothèque nationale de*

³⁹ La relazione, nota come il *Rapport Chapelier* (*Rapport fait par M. Le Chapelier, au nom du comité de constitution, sur la pétition des auteurs dramatiques, dans la séance du jeudi 13 janvier 1791, avec le décret rendu dans cette séance*), è consultabile in formato originale sul sito della *Bibliothèque nationale de France* (url: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6-k48171h/f5.image>).

⁴⁰ Ossia il *Décret relatif aux droits de propriété des auteurs d'écrits, en tout genre, compositeur de musique, peintres et dessinateurs*, del 19-24 giugno 1793. Il decreto era stato anticipato da un precedente corpo normativo che disciplinava unicamente le opere drammatiche (*Décret relatif aux spectacles* del 13-19 gennaio 1791) che, secondo parte della dottrina, sarebbe la legislazione da cui parte l'intero rinnovamento legislativo della materia autoriale, cfr. L. MOSCATI, *Napoleone e la proprietà intellettuale*, cit. 182.

⁴¹ Sottolinea questo peculiare aspetto rispetto al modello anglosassone, L. MOSCATI, *Tra copyright e droit d'auteur*, cit., 21.

France, il diritto di agire civilmente nei confronti dei contraffattori (artt. 3, 4 e 5). La disciplina si presentava dunque lacunosa sotto il profilo dei diritti morali, nonostante la relazione di Joseph Lakanal, che accompagnava la presentazione del testo legislativo, richiamasse le idee di Le Chapelier e definisse “*de toutes les propriétés, la moins susceptible de contestation [...] c’est sans contredit celle des productions du génie*” e dunque facesse ben sperare nel riconoscimento di un fascio di diritti personali per l’autore⁴².

L’assenza di un riferimento alla proprietà letteraria e artistica nel *Code Civil* del 1804⁴³ permise alla scienza giuridica d’Oltralpe di allontanarsi dal modello dominicale per spiegare i diritti sui beni immateriali percorrendo strade alternative.

In particolare, si deve a Jean Marie Pardessus l’introduzione, nel linguaggio giuridico francese, del termine *droit d’auteur* per indicare i diritti che aspettavano esclusivamente all’autore sull’opera realizzata in ragione del legame inscindibile con essa⁴⁴. Si individuava nel lavoro, quale momento nel quale si concretizzava la personalità dell’autore, il fattore da cui si irradiavano questi diritti: iniziava il lento percor-

⁴² Su questo aspetto si sofferma N. STOLFI, *La proprietà intellettuale*, cit., 97, nonché P. RECHT, *Le droit d’auteur, une nouvelle forme de propriété (histoire et théorie)*, Paris 1969, 48 ss. che riconosce come l’intera dottrina francese, favorevole all’assegnazione di diritti morali in capo agli autori, incontrò per lungo tempo ostacolo in una giurisprudenza alquanto sibillina: due celebri pronunce della *Court de Cassation* (la prima risalente al 1842 e la seconda del 1853), occupandosi della vendita di opere contraffatte, riconoscevano un diritto naturale e personale di proprietà all’autore ma, al tempo stesso, circoscrivevano la durata dello stesso per ragioni di interesse pubblico.

⁴³ Nonostante Napoleone definisse la proprietà intellettuale come una “*propriété incorporelle*”, mancò una aperta assimilazione con il diritto di proprietà su beni mobili. In arg. L. MOSCATI, *Napoleone e la proprietà intellettuale*, cit., 188 ss.

⁴⁴ L’influenza dell’opera di Pardessus è legata al fatto che le sue idee si diffusero rapidamente nel mondo accademico, come dimostrano le elaborazioni in materia presenti in J.M. PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, I, Paris 1814, 121 ss.

so verso il riconoscimento di un nucleo di diritti morali, non trasferibili agli editori, e intimamente connessi alla sfera personale dell'autore⁴⁵. Questo cammino, che porterà nel 1836 al riconoscimento legislativo dei diritti personali sulle opere dell'ingegno, è stato sensibilmente agevolato da Augustin Charles Renouard⁴⁶ il quale proponeva una separazione netta tra la proprietà materiale e quella immateriale.

Secondo il giurista francese, infatti, quest'ultima troverebbe un modello di riferimento nei diritti innati dell'uomo: fondamento del diritto d'autore sono le idee che l'individuo decide di condividere con la collettività ed esse sono legate in modo inscindibile con la sua persona. Si diffuse, pian piano, l'idea dell'esistenza di un diritto morale (unico, perpetuo e intoccabile) che differenzia la proprietà letteraria dalla proprietà materiale: esistono tratti di affinità dal punto di vista dei principi generali ma vi sono sensibili differenti in merito agli effetti. Il primo fra questi emerge in considerazione alla conclusione di un contratto di edizione, strumento attraverso il quale l'autore cede la sua opera ad uno stampatore. Infatti l'editore, in ragione dei diritti morali, non go-

⁴⁵ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris 2006, 11 ss. che affermano come il sistema francese di protezione delle opere dell'ingegno sia nettamente in contrasto con il modello di *copyright*: quest'ultimo concentra gli strumenti di protezione sull'opera mentre il *droit d'auteur* pone l'autore al centro della protezione contro eventuali contraffazioni della sua opera.

⁴⁶ E in particolare A. C. RENOARD, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, II, Paris 1838, 439 ss.

drà totalmente del manoscritto in quanto dovrà lasciarlo immutato essendo un “*usufrutier*” a cui è conferito un diritto temporaneo⁴⁷.

L'emersione di diritti morali in capo agli autori, che troveranno consolidamento nella legislazione tedesca, permisero e influenzarono l'avvio dei lavori della Convenzione di Berna del 1886 grazie alla quale si realizzò una prima forma di uniformazione.

6. IL MODELLO TEDESCO

La struttura dell'*Urheberrechtsgesetz* (UrhG) è il frutto di una delicata stratificazione tra normative locali ed elaborazioni dottrinali che, rispetto ai modelli finora esaminati, si soffermano maggiormente sullo sviluppo della cultura come mezzo per l'evoluzione dell'uomo⁴⁸.

L'influenza delle idee di Immanuel Kant rappresenta il primo tassello per la ricognizione della struttura del diritto d'autore tedesco. Nonostante già da decenni si sia affermata una corrente critica circa l'incidenza delle sue opere sul pieno riconoscimento di un diritto mo-

⁴⁷ Cfr. L. MOSCATI, *Tra copyright e droit d'auteur*, cit., 26 ; EAD., *Il code civil e il destino della proprietà intellettuale*, cit., 435; ove l'autrice evidenziando come il riconoscimento di un diritto reale di godimento in capo all'editore avanza l'ipotesi secondo la quale anche Renouard, in fin dei conti, non si discosta dal paradigma dominicale. Secondo questa visione, pienamente condivisibile, solo con lo sviluppo della filosofia kantiana si assiste ad un definitivo abbandono del modello proprietario ed una piena valorizzazione di una teoria personalista.

⁴⁸ Questo aspetto, che si cercherà di esaminare con riferimento ai diritti sulle opere dell'ingegno, viene evidenziato nelle diverse produzioni scientifiche italiane che si addentrano nello studio storico-comparatistico del diritto d'autore, tra cui i grandi classici di N. STOLFI, *La proprietà intellettuale*, cit., 90 ss., e di R. FRANCESCHELLI, *Trattato di diritto industriale*, cit., I, 234 ss.; nella dottrina straniera v. in part. S. STRÖMHOLM, *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave avec un aperçu de l'évolution internationale*, I, cit., 184 ss. il quale compie una significativa ricostruzione dell'emersione dei diritti morali collegati al diritto d'autore evidenziando come, nel territorio tedesco, il contributo incisivo per l'affermazione di una concezione personalista dei diritti di proprietà intellettuale è da assegnare alle elaborazioni filosofiche successive alle intuizioni di Kant, su cui ci si tornerà a breve.

rale per gli autori⁴⁹, è indispensabile soffermarsi su alcuni passaggi contenuti in un saggio del 1785 (*Von der Unrechtmässigkeit des Bücherna-chdrucks*⁵⁰) e nel trattato del 1797 (*Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*⁵¹).

In entrambi gli scritti vengono avanzate alcune tesi innovative che volevano superare la visione dominicale che regnava incontrastata, ancorandosi al concetto di libro inteso unicamente come opera tipografica e non come il prodotto di una riflessione intima e approfondita dell'autore. Kant distingueva fra il libro come entità fisica (e pertanto oggetto di diritti reali) e i pensieri in esso contenuti, che rimarranno in capo all'autore a prescindere dalla loro riproduzione. In sintonia con questa visione, il pensiero dell'uomo, anche se riprodotto e trasfuso in

⁴⁹ Che trovano una sintesi in S. STRÖMHOLM, *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave avec un aperçue de l'évolution internationale*, I, cit., 191 ss. L'autore, dopo aver fatto proprie queste letture critiche - ma al tempo stesso molto attente - relative al contenuto del pensiero kantiano rapportato ai diritti delle opere dell'ingegno, si sofferma sui due principali punti di attrito: la centralità della figura dell'editore e il riconoscimento in capo a questi di un *persönliches Recht*. Nello specifico, con la conclusione del contratto di edizione, all'editore viene conferito un diritto "personale" (che sarebbe meglio definire come relativo, attesa la contrapposizione che se ne fa alla categoria dei diritti reali) esercitabile nei confronti dell'autore al fine di ottenere un'obbligazione di *facere* (avente ad oggetto la realizzazione dell'opera letteraria). L'uso improprio del termine "personale", accompagnato probabilmente da una lettura sommaria delle opere di Kant sul tema, aveva indotto a considerare il filosofo tedesco come uno dei padri dei diritti della personalità. In realtà, e sul punto v. *infra*, l'influenza kantiana sull'elaborazione del diritto morale d'autore non è legata al dato letterale, bensì alle considerazioni che egli svolge nel rapportare la figura dell'autore ai frutti del proprio intelletto.

⁵⁰ I. KANT, *L'illegittimità della ristampa di libri*, trad. it. a cura di M. C. PIEVATOLO in *Immanuel Kant: sette scritti politici liberi*, Firenze University Press 2005, 65 ss.

⁵¹ I. KANT, *La metafisica dei costumi*, trad. it. a cura di G. VIDARI, Roma-Bari 1989, e in part. parte I, sez. III, § 31, pt. II, 110 ss. In particolare interrogandosi sul valore di un libro, il filosofo lo definiva "uno scritto [...] il quale rappresenta un discorso che qualcuno, per mezzo di segni linguistici visibili, tiene al pubblico. Colui che in suo proprio nome parla al pubblico si chiama scrittore (auctor); colui che per mezzo di uno scritto parla al pubblico in nome di un altro (dell'autore) è l'editore".

altri soggetti, di nulla priva l'individuo: la conoscenza non è un oggetto fisico esposto alla concorrenza nell'uso e per questo non ha senso sottoporla al regime della proprietà privata per vietarne la riproduzione; viceversa, quando si diventa legittimamente proprietari di oggetti fisici, essi possono venir liberamente riprodotti, proprio in virtù del diritto di proprietà che si esercita su di essi. Dunque, se si ragiona in termini di diritti reali, l'illegittimità della riproduzione dei libri non trova solido conforto, appearing inserita tra i poteri conferiti al proprietario.

Per tale ragione Kant spostava il problema all'ambito dei diritti personali: un libro, a stampa o manoscritto, non è solo un oggetto fisico, ma anche un discorso fatto in pubblico da parte di un autore. L'editore, in questa logica, fornisce il *medium* attraverso il quale il discorso raggiunge effettivamente il pubblico. Ma qualcuno può parlare a nome di qualcun altro solo con l'autorizzazione dell'interessato. La riproduzione dei libri è pertanto illegittima solo qualora non autorizzata. Per di più, l'editore autorizzato deve essere uno soltanto perché una riproduzione da parte di più soggetti sarebbe inutile e danneggerebbe entrambi.

Seppur fondamentali per lo sviluppo di una corrente filosofica anti-tetica rispetto a quella fedele al modello proprietario, le argomentazioni di Kant non attecchirono subito a livello normativo: altre erano le questioni da sciogliere prima di poter riconoscere una copertura legislativa alla dimensione morale dell'autore.

Infatti, il primo problema - utile all'indagine che si sta compiendo⁵² - affrontato dai legislatori dei territori tedeschi consisteva nell'introdurre un corpo normativo uniforme per i vari *Landrecht*: l'assenza di un'unità nazionale e l'autonomia legislativa regionale avevano sensibili ripercussioni sulla tutela dei diritti degli autori, i quali anche se garantiti da un eventuale privilegio librario non godevano di una protezione efficace e comune oltre i confini locali. L'impossibilità di un coordinamento spontaneo tra le variegate normative spinse verso la formazione di un organismo confederale preposto all'elaborazione di un testo legislativo capace di superare i singoli particolarismi e, di conseguenza, di predisporre un trattamento omogeneo dei diritti degli autori. Su queste basi, nel 1815 venne sottoscritto a Vienna l'atto federale che impegnava gli Stati aderenti ad elaborare una normativa comune contro la contraffazione di opere dell'intelletto.

Purtroppo i buoni propositi che animavano le iniziative volte a tutelare in maniera uniforme i diritti degli autori si scontrarono con due aspetti di particolare interesse. In primo luogo, il *modus operandi* della

⁵² Infatti N. STOLFI, *La proprietà intellettuale*, cit., 91, ricorda che nel 1794 la Prussia introdusse una disciplina puntuale e dettagliata per il contratto di edizione (contenuta ai §§ 996-1036 del *Allgemeines Landrecht*), scelta che - secondo l'autore - appare balzana in considerazione del fatto che i rapporti tra editore ed autore trovavano fonte del singolo contratto concluso tra gli stessi. Probabilmente alla base di questo intervento legislativo vi era la necessità di introdurre un primo riconoscimento di protezione per la proprietà letteraria, all'epoca scalfita dagli interessi economici della borghesia dedita all'attività tipografica.

Confederazione era connotato da lungaggini⁵³ al punto che solo nel 1832 venne adottato un principio generale capace di coinvolgere in maniera trasversale i singoli ordinamenti: si introduceva il dovere di riconoscere il medesimo trattamento giuridico sia agli autori sudditi del proprio Regno che a quelli degli altri territori aderenti alla confederazione. Questo traguardo - già discutibile in ragione del suo essere un principio generale, privo dunque di un cogente ed immediato risvolto pratico - era (ulteriormente) sminuito dal fatto che alcuni *Länder* non disponevano di qualsivoglia normativa in materia, rendendo quindi vano ogni tentativo di produrre una tutela (minima ed omogenea in tutti i territori) governata dal criterio della reciprocità. Proprio in uno degli Stati dotati di una legislazione meno garantista per gli autori (il Württemberg), a seguito dei movimenti di protesta di cui si fecero promotori i librai onesti⁵⁴, nel 1837 venne promulgata una legge che divenne il modello di riferimento per i successivi lavori di "armonizzazione" della Confederazione in quanto subordinava la riproduzione dell'opera, nell'intero territorio tedesco, al consenso dell'autore.

⁵³ Autorevole parte della dottrina italiana, esaminando con estrema attenzione lo sviluppo europeo di modelli giuridici entro cui inserire i diritti della persona, si sofferma anche sulla lentezza che contraddistinse l'emergere di *property rights* negli Stati tedeschi: la concessione di posizioni di esclusiva - quali quelle conferite agli autori - veniva intesa come "*indebita restrizione della libertà di azione in ambito economico e segnatamente della libertà di concorrenza; in quanto tale essa doveva rimanere circoscritta ad ipotesi eccezionali e comunque essere puntualmente giustificata sulla base di specifiche valutazioni di interesse pubblico*", in arg. G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli 2005, 55-56.

⁵⁴ L'attività di contraffazione procedeva a vele spiegate nel territorio del Württemberg poiché la normativa locale puniva l'illecita riproduzioni di libri stampati entro i confini del regno, lasciando la possibilità di procedere con la ristampa non autorizzata di quelli editi nel resto della Germania, cfr. N. STOLFI, *La proprietà intellettuale*, cit., 92 ss.

I due interventi legislativi che seguirono, ossia la legge tedesca dell'11 giugno 1870 sul diritto degli autori sugli scritti e i disegni, le composizioni musicali e le opere drammatiche e la sua successiva riforma del 1901, si apprezzano da due differenti angolazioni. La prima, in particolare, proponeva una disciplina comune ad un cospicuo numero di *Landrecht* (principalmente quelli del Nord) e venne via via estesa anche all'intera Germania, realizzando l'obiettivo che si era prefissata la Conferderazione nel 1815.

Tuttavia il corpo normativo non considerava la dimensione morale dei diritti sulle opere dell'ingegno, mostrando una neutralità nei confronti del movimento che animava il dibattito in tema di *persönliche und geistige Interessen*⁵⁵. Questo elemento, infatti, era al centro di una viva discussione in senso alla Scuola Germanica che si interrogava in merito alla natura del diritto d'autore e al suo rapporto con i diritti della personalità⁵⁶. Proprio la volontà di spiegare e trovare una cornice legislativa ai diritti sui beni immateriali aveva portato all'elaborazione di due contrapposte teorie che si sono via via imposte con fermezza sul panorama giuridico europeo.

⁵⁵ Quanto alle contaminazioni tra diritti della personalità e diritto d'autore, alla base delle diverse ricostruzioni vi era il rifiuto verso la possibilità di applicare in maniera asettica l'archetipo dominicale al campo delle creazioni intellettuali, in tal senso le ricognizioni compiute da M. BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, cit., 30.

⁵⁶ Al centro delle riflessioni dottrinali di fine Ottocento, era ancora viva l'incidenza delle opere di Kant e di Fichte, senza le quali non si sarebbe potuta affermare la presenza di un legame inscindibile tra la persona dell'autore e l'opera creata. L'eco di queste prime intuizioni circa la lettura "personalistica" dei diritti sulle opere dell'ingegno approdano con fermezza in K. GAREIS, *Das juristische Wesen der Autorrechte, sowie des Firmen - und Markenschutzes*, in *Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen und Deutschen Handels und Wechselrechts*, 1877, 188 ss.; O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, Leipzig 1895, I, 764 ss.; e in ottica parzialmente dissonante J. KOHLER, *Das Autorrecht*, Jena 1880, 74 ss.

Ci si riferisce all'emersione della concezione monista dell'*Individualrechte* e alla successiva, ma intimamente connessa, teoria dell'*Immaterialgüterrechte*.

La prima, che trova conforto nelle intuizioni di Gareis e di Gierke, ravvisava nell'*Autorrecht* un diritto soggettivo che, coinvolgendo l'intera sfera personale, garantisce il pieno dominio sui frutti della creazione intellettuale, apprestando tutela agli interessi patrimoniali quanto a quelli morali, giustificati dall'esistenza di un vincolo spirituale tra l'opera e l'autore e, proprio in considerazione di questo nesso, devono intendersi come diritti parzialmente indisponibili⁵⁷.

La ricostruzione di Gierke, vicina a quella di Gareis ma maggiormente focalizzata verso la figura dell'individuo da cui derivano le diverse sfaccettature del suo modo di essere, trova maturazione con l'emersione del concetto di *Persönlichkeitsrechte*⁵⁸, espressione emblematica della concezione monista dei diritti della persona. Con essa, infatti, si riconosce un generale e unico diritto della personalità, in rapporto al quale il diritto d'autore si pone come istituto speciale, deputato a proteggere l'individuo nella sua dimensione creativa, e che può trovare conferma unicamente con l'introduzione nell'ordinamento tanto di diritti patrimoniali quanto di diritto morali, connotati quest'ulti-

⁵⁷ In questo senso K. GAREIS, *Das juristische Wesen der Autorrechte, sowie des Firmen- und Markenschutzes*, cit., 203 ss. L'apporto di Gareis, inteso quale padre del moderno diritto della personalità, è chiosato anche dalla più recente dottrina italiana, cfr. G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., 96 ss. in cui si sottolinea (98-99) come i diritti della personalità, quali diritti soggettivi al pari dei diritti reali, non debbano essere intesi come interessi privi di riflessi patrimoniali: il controllo sugli stessi riconosciuto all'individuo non osta alla possibilità che questi formino oggetto, con diversa intensità, di attività negoziale in ragione dell'esclusività nel governo della propria sfera personale.

⁵⁸ Il quale indica quei "diritti che attribuiscono al soggetto la signoria sopra elementi essenziali della propria sfera personale", O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, cit., 702.

mi dal tratto dell'indisponibilità⁵⁹. L'elemento centrale del *Persönlichkeitsrechte* è l'assenza di un'automatica funzione economica per i diritti della persona: personalità e patrimonialità non sono tuttavia incompatibili poiché tra di essi sussiste un rapporto di continuità che permette di ravvisarne una diversità non tanto in termini di natura giuridica quanto piuttosto di gradazione⁶⁰.

Solo in un secondo momento, parte della dottrina propose una separazione tra i diritti della personalità e la categoria dell'*Immaterialgüterrechte* in sintonia con gli studi di Joseph Kohler⁶¹. Contrapposti ai diritti che hanno ad oggetto i diritti della persona (sia materiali che incorporali), secondo il giurista tedesco, vi sono quelli che si appuntano verso beni immateriali esterni all'individuo e, pertanto, esposti ad una loro oggettivizzazione, come i diritti sulle opere dell'ingegno e sulle invenzioni. Solo in relazione a quest'ultime situazioni soggettive si po-

⁵⁹ O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, cit., 805 ss., il quale accoglie la visione del "libro come discorso tenuto dall'autore al pubblico" di Kant, che ravvisava nella produzione letteraria una *opera* (intesa quale azione e non come prodotto) delle facoltà intellettuali che poteva sì essere concessa in godimento all'editore ma non poteva essere oggetto di negozi abdicativi.

⁶⁰ O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, cit., 705. Lo studio di questa elasticità, centrale anche nell'odierna lettura in chiave economica dei diritti della personalità, ha messo in luce come la categoria dei diritti della personalità, nello logica gierkiana, abbracciasse un insieme composito di situazioni soggettive che spaziavano dal diritto d'autore al diritto all'immagine, dal diritto sui segni distintivi civili e commerciali ai diritti sul proprio corpo, cfr. G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., 101.

⁶¹ J. KOHLER, *Das Autorrecht*, Jena 1880, 74 ss.; ID., *Das Recht des Markenschutzes: Mit Berücksichtigung ausländischer Gesetzgebungen und mit besonderer Rücksicht auf die englische, anglo-amerikanische, französische, belgische und italienische Jurisprudenz*, Stahel 1885, 75 ss.; ID. *Urheberrecht an Schrifweken und Verlagsrecht*, Struttgart 1907, 1 ss.

tevano individuare elementi di affinità con il diritto di proprietà, con il quale tuttavia non dovevano essere assimilati⁶².

7. IL SISTEMA ITALIANO

L'esame, consapevolmente sommario, della genesi di alcune legislazioni nazionali consente ora di soffermarsi sulla storia della disciplina italiana in materia di diritti d'autore.

Per diverse ragioni, essa risente delle influenze di altri ordinamenti. Infatti, il quadro politico frastagliato implicava l'emergere di numerose similitudini tra le legislazioni pre-unitarie ed i modelli nazionali profilatesi in altri Paesi⁶³.

⁶² Aspetto rimarcato in J. KOHLER, *Das literarische und artistische Kunstwerk und sein Autorschutz: Eine juristisch-ästhetische Studie*, Mannheim 1892, 5 ss. al fine di rigettare la visione dominicale che imperversava nella dottrina francese in relazione al diritto d'autore e che proponeva una sua lettura analogica per la famiglia dei diritti della personalità.

⁶³ In generale, sul tema della ripartizione tra legislazioni in tema di diritto d'autore v. per tutti L.C. UBERTAZZI, voce *Diritto d'autore*, I) *Diritto d'autore: introduzione*, cit., 368 il quale prospetta una partizione tra gli ordinamenti dalla quale emerge una contrapposizione tra il sistema anglosassone e il modello latino-germanico, all'interno del quale si colloca la legislazione italiana. Nonostante la tradizione giuridica sia fermamente ancorata a questo classico rapporto antitetico, più di recente, uno studio in chiave storico-comparativa ha riportato in luce l'esistenza di un minimo comune denominatore tra le esperienze legislative nazionali, rielaborando le intuizioni avanzate da M. ARE, *L'oggetto del diritto d'autore*, cit., 90; P. GRECO, P. VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, cit., 40 ss.; O. BUCCI, *Interesse pubblico e diritto d'autore. I principi della Costituzione e le nuove tecniche di comunicazione sociale nell'evoluzione del diritto d'autore*, Padova 1976, 37 ss.; M. RICOLFI, *Il diritto d'autore*, cit., 338; A. MUSSO, *Art. 2575-2583. Diritto d'autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, (a cura di F. GALGANO), Bologna-Roma 2008, 5 ss. La rilettura proposta da G. SPEDICATO, *Interesse pubblico e bilanciamento nel diritto d'autore*, cit., 102 ss., infatti, si sofferma sul valore pubblicistico insito nella "vocazione comunicazionale" delle opere creative, tratto che permette il costante contatto tra l'autore e la collettività; e su cui si sono concentrati gli sforzi dei legislatori al fine di determinare un punto di bilanciamento tra l'attribuzione di privative autoriali e la necessaria individuazione di adeguati limiti alle stesse.

Tra le diverse normative pre-unitarie⁶⁴, un esempio di chiara trasposizione di dettati legislativi provenienti da altri ordinamenti si può rinvenire nella legislazione del Lombardo-Veneto (*rectius* della Repubblica Cisalpina) ove dal 1801, richiamando la legge francese del 1793, erano riconosciuti diritti di sfruttamento economico agli autori di scritture, ai compositori di musiche e ai pittori; veniva punita la contraffazione soltanto a condizione che vi fosse stato il deposito di due copie di ciascuna opera presso la Biblioteca Nazionale⁶⁵. A questo primo intervento legislativo di stampo liberale, succedette la dominazione austriaca e il ripristino, con le Sovrane Risoluzioni del 1815 e del 1816, di un sistema di controllo monarchico che trovava conforto nell'attività dell'ufficio del Censore, attraverso il quale doveva fluire ogni opera (o ristampa) che si voleva porre in commercio.

Un'ulteriore esperienza legislativa di spessore indubbio⁶⁶ è stata rappresentata dalla normativa sabauda, alla quale si deve la previsione di una disposizione dedicata alla proprietà immateriale all'interno del Codice Albertino del 1837. La previsione che prospettava il ricono-

⁶⁴ Su cui v. *amplius*, N. STOLFI, *La proprietà intellettuale*, cit., 107 ss.; R. FRANCESCHELLI, *Trattato di diritto industriale*, cit., 368; M.I. PALAZZOLO, *La nascita del diritto d'autore in Italia. Concetti, interessi, controversie giudiziarie (1840-1941)*, Ed. Viella, Roma 2013, 13 ss. La ricostruzione delle vicende legislative italiane condotte da quest'ultima si lasciano apprezzare per il costante confronto con le esperienze dei Paesi europei limitrofi e per l'esame dei lavori parlamentari che portarono alla prima legge post-unitaria in materia di diritti degli autori.

⁶⁵ La chiara influenza del diritto francese si rinviene nella previsione di una clausola di trattamento reciproco tra autori italiani e francesi che permise un ulteriore sviluppo del mercato librario. In arg. N. STOLFI, *La proprietà intellettuale*, cit., 108.

⁶⁶ L'importanza dell'impegno del Regno di Sardegna nell'attività legislativa in materia viene evidenziata da L.C. UBERTAZZI, *I Savoia e gli autori*, Milano 2000, 156 ss. La previsione che prospettava il riconoscimento di una tutela all'autore era l'art. 440; a questa prima previsione, si aggiunsero nel 1839 gli artt. 394 ss. del codice penale sabauo che sanzionavano il fenomeno della contraffazione.

scimento di una tutela all'autore era l'art. 440, secondo cui *"Le produzioni dell'ingegno umano sono proprietà dei loro autori, sotto l'osservanza delle leggi, e dei regolamenti che vi sono relativi"*.

Nonostante alcune normative locali presentassero chiari tratti di maturità, la disomogeneità legislativa alimentava una maggiore - e sempre più accorta - ricerca di un accordo diplomatico tra il governo austro-ungarico e quello sabauda. Simili sforzi culminarono nella Convenzione austro-sarda a favore della proprietà e contro le contraffazioni delle opere scientifiche, letterarie e artistiche del 1840⁶⁷. Gli obiettivi perseguiti erano certamente ambiziosi e in linea con i movimenti di riforma che si stavano pian piano concretizzando nei Paesi limitrofi. In particolare, accanto all'acclamata lotta alla riproduzione illecita di opere, gli sforzi compiuti miravano alla realizzazione di un libero mercato interno capace di coinvolgere tutti gli Stati del territorio italico. Purtroppo quest'ambizioso progetto di uniformazione legislativa - ed economica atteso il suo influsso sull'operare di alcune case editrici, avvezze alla diffusione parallela di copie contraffatte - non vide la successiva adesione di altri Paesi: il Canton Ticino e il Regno delle Due Sicilie decisero di non aderire alla Convenzione Viennese. Come è stato messo in luce da parte della storiografia giuridica italiana, si rinviene solo nella mancata sottoscrizione del Regno di Borbone una decisiva ricaduta sull'attuazione del mercato librario pre-unita-

⁶⁷ Parte della dottrina italiana rinviene in questa data "la prima pietra di quella unificazione delle norme che si raggiungerà faticosamente vari anni dopo l'unità d'Italia", cfr. M.I. PALAZZOLO, *La nascita del diritto d'autore in Italia. Concetti, interessi, controversie giudiziarie (1840-1941)*, cit., 14.

rio⁶⁸.

Non solo. La mancata realizzazione degli obiettivi di uniformazione trova spiegazione nell'ambiguità - e i succedanei risvolti pratici - di alcune disposizioni della Convenzione del 1840: l'art. 14, in particolare, non prevedeva la retroattività del *corpus* normativo consentendo agli editori di proseguire con le attività già poste in essere prima dell'entrata in vigore del testo convenzionale.

L'interpretazione di questa norma era al centro di numerose controversie giudiziarie, tra cui emerge la causa tra Felice Le Monnier, celebre editore fiorentino, e Alessandro Manzoni. L'oggetto del contendere era legato al fatto che lo stampatore aveva dato alle stampe un'edizione de *I Promessi Sposi* senza aver preventivamente ottenuto l'autorizzazione dall'autore meneghino, sostenendo che le opere già in circolazione all'interno del Gran Ducato di Toscana potessero liberamente circolare senza incappare nelle sanzioni previste dalla Convenzione in materia di diritti d'autore. La controversia⁶⁹, superati gli esiti perfet-

⁶⁸ Come ricordano le pagine di N. STOLFI, *La proprietà intellettuale*, cit., 110 ss. L'attività di contraffazione rappresentava un fattore di grande fermento economico. Oggetto dell'attività illecita erano le opere letterarie pubblicate negli altri Stati, tuttavia la qualità delle riproduzioni era esigua data la frequente presenza di "opere scorrette e abborraciate" che producevano un effetto negativo diffuso a tutta la classe commerciale dedita all'editoria. Questo aspetto viene segnalato anche in M.I. PALAZZOLO, *La nascita del diritto d'autore in Italia. Concetti, interessi, controversie giudiziarie (1840-1941)*, cit., 18 ss. ove, inoltre, si indirizza l'attenzione verso una questione ermeneutica della Convenzione.

⁶⁹ Che può leggersi nel dettaglio in G. BERTI ARNOALDI VELI, *Il caso Manzoni - Le Monnier*, in *Il dir. aut.* 2005, 193 ss. Per una succinta ma attenta disamina della questione si rinvia, invece, a G. SPEDICATO, *Interesse pubblico e bilanciamento nel diritto d'autore*, cit., 80 ss.

tamente lineari dei giudici di merito⁷⁰, giungeva innanzi alla Corte di Cassazione dando ampio spazio alle argomentazioni della difesa Manzoni e Le Monnier, quest'ultimo rappresentato dal giurista ed economista Girolamo Boccardo⁷¹, sulle quali è bene soffermarsi, data la loro successiva influenza sulle normative post-unitarie concernenti i diritti sulle opere dell'intelletto.

Da un lato, la linea seguita da Boccardo - già evocata nei suoi scritti antecedenti - si focalizzava sull'impossibilità di procedere ad una totale e piena assimilazione tra la proprietà tradizionale, plasmata sul modello del *dominium*, e la proprietà letteraria poiché quest'ultima non presentava i caratteri di esclusività e perpetuità. Si viene profilando una nuova giustificazione per la proprietà sulle opere dell'ingegno che avrà una eco sulla legislazione dei primi del '900. Secondo Boccardo, accogliendo la c.d. *labour theory* già avanzata da Locke, il lavoro intellettuale doveva intendersi come la fonte non tanto di un diritto reale sull'opera, quanto invece di un diritto di credito. L'impostazione di

⁷⁰ Infatti, il primo grado di giudizio con cui il Tribunale di Firenze, nel 1846, accoglieva le pretese risarcitorie del Manzoni. Lo stesso risultato veniva confermato, solo nel 1860, dalla Corte di Appello Toscana. Tuttavia, nelle more dei due procedimenti di merito, Manzoni accusava il continuo e incontrollato proliferare di copie pirata, circostanza di incisivo spessore per la determinazione del danno realmente patito.

⁷¹ Secondo cui "Il produttore di ricchezze materiali - scrittore, artista, inventore, scopritore - è veramente proprietario di queste ricchezze? Può egli invocare in suo favore ragioni della stessa natura di quelle sotto la cui protezione si mette il proprietario di uno stabile o di un oggetto mobile? Ovveramente il diritto che la legge gli accorda sulle sue opere, non è che un privilegio di specie particolare, destinato a ricompensare il servizio per lui renduto alla società - privilegio, giusto, senza dubbio, e legittimo e necessario, qualora venga tenuto ne'suoi giusti limiti, ma per niun modo assimilabile al diritto di proprietà?", cfr. G. BOCCARDO, *Proprietà artistica, industriale e letteraria*, in *Dizionario dell'economia politica e del commercio così teorico come pratico utile non solo allo scienziato ed al pubblico amministratore, ma eziandio al commerciante, al banchiere, all'agricoltore ed al capitalista*, V, Ed. Franco, Torino, 1861, 241. Quanto alla strategia difensiva adottata nel giudizio in esame, G. BOCCARDO, *Sulla proprietà letteraria. Parere di Girolamo Boccardo sopra una questione legale insorta tra il conte Alessandro Manzoni e il tipografo Felice Le Monnier*, Ed. Le Monnier, Firenze 1860.

Boccardo, comunque, non sminuiva la natura di diritto fondamentale in quanto riconosceva in esso il mezzo per consentire all'opera dell'ingegno di divenire oggetto di circolazione e scambio nel mercato culturale⁷².

Nonostante la controversia suggerisca l'esistenza di contrapposte teorie tra i contendenti, l'impostazione di Manzoni è molto vicina a quella di Boccardo condividendo la forzatura insita nel ravvicinamento tra il modello dominicale e i diritti sulle opere dell'ingegno, e altresì il grande valore insito nelle varie espressioni dell'intelletto⁷³.

Il giudizio in esame, che si concluse a favore dell'autore dell'opera contraffatta nel 1862, si è lasciato apprezzare, nello scorrere dei decenni, per aver permesso l'emersione di una comune idea di fondo in materia di diritti sulle opere letteraria, che abbraccia sia il ceto dei giuristi quanto quello degli intellettuali letterari. Dalle pagine appassionate di Boccardo e Manzoni emerge la chiara percezione dell'idea su cui si poggiano i propositi della Convenzione del 1840 e sulla sua implementazione nei Paesi aderenti: il riconoscimento di un diritto naturale in capo ai creatori di opere dell'ingegno che, nonostante i tratti che sembravano suggerirne la vicinanza al paradigma dominicale da esso si differenziava per l'indispensabile necessità di porvi limiti legati a fina-

⁷² La concezione labourista si riassume in un passaggio "il rifiutare all'autore una temporanea privativa sullo smercio dell'opera sua, sarebbe (a creder nostro) lo stesso che togliere all'ingegno e al lavoro intellettuale un potente stimolo, un giusto premio ed incoraggiamento", cfr. G. BOCCARDO, *Proprietà artistica, industriale e letteraria*, cit., 246.

⁷³ Segnatamente, l'autore si dichiara "persuaso [...] che questa formola "Proprietà letteraria" è nata, non da un intuito dell'essenza della cosa, ma da una semplice analogia", cfr. A. MANZONI, *Lettera al signor Professore Girolamo Boccardo intorno a una questione di così detta proprietà letteraria riveduta e corretta dall'autore*, in A. MANZONI, *Scritti letterari*, Milano, Ed. Mondadori, 1991, 367 ss.

lità pubbliche⁷⁴.

Le riflessioni che si erano via via sedimentate nel contesto giuridico ed intellettuale trovarono nuova linfa vitale nei dibattiti di uniformazione legislativa che si avviarono dopo il 1861 per giungere nel 1941 all'adozione della normativa ad oggi ancora in vigore.

La prima legge che si occupò dei diritti degli autori risale al 1865⁷⁵, anticipata da un celebre relazione al relativo disegno di legge a firma di Antonio Scialoja⁷⁶ con cui si fissavano le linee ispiratrici dell'intero movimento innovatore. I passaggi fondamentali sono essenzialmente due, entrambi legati al rifiuto del modello classico di proprietà per governare i diritti sulle opere dell'ingegno. Le ragioni dall'espresso allontanamento dallo schema dominicale riposavano nella volontà di impedire che il riconoscimento di diritti perpetui in capo agli autori inficasse gli effetti culturali che si propagano con la diffusione delle opere dell'ingegno⁷⁷.

Nonostante questa negazione del *dominium* romano per spiegare la

⁷⁴ In questi termini si esprime G. SPEDICATO, *Interesse pubblico e bilanciamento nel diritto d'autore*, cit., 84. La generale reticenza che aveva accompagnato l'uso del termine proprietà affiancato ai diritti di autori aveva radici profonde ed era emerso anche in sede di negoziati tra il regno austriaco e quello sabauda. Come evidenzia L.C. UBERTAZZI, *I savoia e gli autori*, cit., 56 ss., il timore della parte austriaca era legato alla possibilità che il riconoscimento di diritti di privativa in capo agli autori privasse o limitasse la libera circolazione delle idee e delle opere.

⁷⁵ Legge 25 giugno 1865, n. 2337 sui diritti spettanti agli autori delle opere dell'ingegno.

⁷⁶ Alcuni significativi passaggi della relazione si possono leggere in G. SPEDICATO, *Interesse pubblico e bilanciamento nel diritto d'autore*, cit., 86 ss. Il testo per esteso, invece, può essere reperito nella Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia n. 162 del 1865.

⁷⁷ La recente rilettura della storia legislativa italiana si sofferma sulla Relazione Scialoja per confermare come, da lungo tempo, la materia dei diritti degli autori si connota per un necessario - e quanto mai delicato - bilanciamento tra interesse pubblico alla proliferazione della cultura e quello privato al "giusto compenso dell'autore", G. SPEDICATO, *Interesse pubblico e bilanciamento nel diritto d'autore*, cit., 88 ss.

proprietà sui beni intellettuali, parte della dottrina italiana classifica questo primo intervento legislativo, e il successivo del 1925, tra quelli indirettamente influenzati da un'altra norma dell'ordinamento italiano, l'art. 437 del codice civile del 1865 con cui si riconosceva, nel titolo dedicato alla proprietà, le produzioni dell'ingegno come appartenenti ai loro autori⁷⁸.

Il successivi interventi, quello adottato con il regio decreto del 7 novembre 1925, n. 1950, e la legge del 22 aprile 1941, n. 633, sono intimamente connesse. Questo legame discende, non solo dal contesto storico e politico durante il quale vedono luce, ma soprattutto per l'influenza che sulla loro produzione ebbero i dettami della Convenzione di Berna del 1886 (su cui v. *infra*). La necessità di recepire le disposizioni relative al riconoscimento dei diritti morali in capo all'autore, contenute nell'atto di diritto internazionale pattizio, apriva un nuovo dibattito in merito alla natura del diritto d'autore. In prima battuta, venne avanzata l'idea di un'autonomia dei diritti morali rispetto alle prerogative patrimoniali, dato che quest'ultime potevano essere ricomprese nel più generale concetto di diritto di proprietà⁷⁹. A questa si affiancava una particolare rielaborazione delle idee di Kohler con si poneva una distinzione tra diritti di sfruttamento economico dell'opera (la c.d. proprietà letteraria) e i diritti personali dell'autore, ascrivibili nella più generale categoria della proprietà intellettuale⁸⁰.

⁷⁸ Le riflessioni su questo punto sono essenzialmente quelle di V. DE SANCTIS, *voce Autore (diritto di)*, in *Enc. dir.*, cit. 381, nonché le più recenti di L. MOSCATI, *Napoleone e la proprietà intellettuale*, cit., 188 ss.

⁷⁹ A. DE GREGORIO, *Il contratto di edizione*, Milano 1913, 48 ss.

⁸⁰ In questi termini si esprime N. STOLFI, *La proprietà intellettuale*, cit., 256 ss.; L. FERRARA, *Il diritto reale d'autore*, Napoli 1940, 14 ss.

Le prime riflessioni sul punto vennero poi metabolizzate e ulteriormente implementate da Eduardo Piola Caselli⁸¹. Secondo il giurista, che sarà poi estensore e relatore della legge n. 633 del 1941, prima della pubblicazione dell'opera sussistono solo diritti personali su di essa, rappresentati dall'intera gamma dei diritti morali d'autore. Solo dopo la pubblicazione i diritti sull'opera si moltiplicherebbero dando vita alla famiglia dei diritti patrimoniali, con cui le prerogative poste a presidio della personalità dell'autore liberamente convivono.

Il risultato di questo scambio di vedute è tuttora presente e consiste nello schema dualistico - dato dalla pacifica e naturale convivenza tra diritti patrimoniali e privative funzionali alla protezione della creatività dell'autore - che rappresenta l'archetipo anche della normativa in vigore.

Merita un'ulteriore postilla un aspetto peculiare dell'ordinamento italiano in materia di diritto d'autore. Come anticipato, gli interventi legislativi del 1925 e del 1941 risentono anche degli influssi del regime fascista ed in particolare della concezione del lavoro, in ogni forma fisica ed intellettuale, quale fondamento di ogni politica sociale⁸². Questa influenza si riverbera sulla particolare concezione che accompagna l'entrata in vigore dell'odierna normativa. Infatti, la relazione della stessa rimarcava come il regime fascista volesse ancorare la protezione dei diritti degli autori al diritto al lavoro, allontanandosi quindi dalle

⁸¹ Tra le cui opere non si possono dimenticare E. PIOLA CASELLI, *Del diritto d'autore*, Torino 1907; ID., *Trattato del diritto d'autore e del contratto di edizione*, Torino 1927; ID., *Codice del diritto d'autore*, Torino 1943. Queste tre imponenti scritti procedevano ad un commento sistematico delle tre normative in materia di diritto d'autore, introducendo per la prima volta nel panorama giuridico una più acuta riflessione sulla natura dei diritti in rapporto alle "stagioni della vita" dell'opera.

⁸² G. SPEDICATO, *Interesse pubblico e bilanciamento nel diritto d'autore*, cit., 93.

suggerzioni che potevano derivare dall'art. 437 del codice civile del 1865⁸³. In particolare, la visione giuslavorista del diritto d'autore - confluita poi nel codice civile del 1942 - rispondeva all'esigenza di remunerare il lavoro creativo e, al contempo, si allineava all'ideologia del regime del lavoro come strumento per realizzare la grandezza economica ed intellettuale della nazione⁸⁴.

8. LA CONVENZIONE DI BERNA DEL 1886.

La pluralità di modelli nazionali di riferimento e l'assenza di definizioni omnicomprensive impongono di tracciare il perimetro del diritto d'autore classico - analizzato in chiave transnazionale - considerando le prime forme di armonizzazione normativa che coinvolsero, e modellarono, gli ordinamenti degli odierni Stati membri. Simili interventi permangono tuttora una preziosa bussola per fronteggiare l'ipertrofia normativa che caratterizza questa materia⁸⁵ e pongono l'accento sulla particolare volontà manifestata dagli Stati di garantire un'armonizzazione minima in termini di tutela, da un lato, ma di riservare l'intera materia all'esclusiva competenza nazionale.

Andando con ordine, sul finire del XIX secolo le divergenze circa i modi di intendere e proteggere l'attività degli autori alimentarono una significativa riflessione diretta ad ottenere "*quell'armonico sviluppo della*

⁸³ E. PIOLA CASELLI, *Codice del diritto d'autore*, cit., 12 ss.

⁸⁴ In realtà, mettendo da parte le riflessioni con sfaccettature politiche, la concezione giuslavorista ha trovato molteplici sostenitori, tra cui E. PIOLA CASELLI, *Sull'inquadramento del diritto d'autore come diritto del lavoro*, in *Il dir. aut.* 1942, 169 ss.; G. OPPO, *Creazione ed esclusiva nel diritto industriale*, in *Riv. dir. ind.* 1964, I, 190 ss.; E. SANTORO, *Note introduttive sul fondamento costituzionale del diritto d'autore*, in *Il dir. aut.* 1975, 307 ss.

⁸⁵ La crescita esponenziale delle fonti che regolano, in generale, la materia dell'*intellectual property* è sottolineato da L.C. UBERTAZZI, *Introduzione*, in *Proprietà intellettuale*, cit., 6 ss.

protezione legale delle opere dell'ingegno, nel campo internazionale e in quello nazionale [...] che ha permesso l'affermarsi, in un vasto territorio, di una unità di concezione e di attuazione della protezione suddetta, per cui l'attività creativa individuale è la sorgente e la giustificazione del diritto di autore"⁸⁶.

Gli sforzi diretti ad ottenere una protezione internazionale omogenea portarono all'adozione della celebre Convenzione di Berna del 9 settembre 1886 (*Convention de Berne concernant la création d'une Union internationale pour la protection international des oeuvres littéraires et artistiques*, di seguito CUB) sottoscritta da Belgio, Francia, Germania, Gran Bretagna, Haiti, Italia, Liberia, Spagna, Svizzera e Tunisia⁸⁷.

La convenzione rappresenta il primo intervento di diritto internazionale pattizio, retto dal principio di reciprocità, che si preoccupa di garantire una tutela omogenea dei diritti degli autori. Precisamente ogni Stato contraente si impegna ad apprestare la tutela garantita dal proprio ordinamento anche alle opere dell'ingegno elaborate da cittadini degli altri Paesi aderenti. La protezione è automatica in quanto è proibita qualsivoglia formalità costitutiva, capace di ostacolare il godimento e l'esercizio del diritto d'autore quale, per esempio, l'introdurre regole di protezione per gli autori stranieri subordinate al deposito o la registrazione dell'opera. Per di più, l'art. 6 *bis* della CUB, frutto della Conferenza di Roma del 1928, introduce il riconoscimento di una

⁸⁶ V. DE SANCTIS, *La convenzione internazionale di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche: commento agli atti di Roma e di Bruxelles*, cit., 4.

⁸⁷ Attualmente pochi sono i Paesi che non aderiscono al sistema di protezione tratteggiato dalla CUB: Afghanistan, Angola, Birmania, Burundi, Cambogia, Eritrea, Etiopia, Iran, Iraq, Kiribati, Kuwait, Laos, Maldive, Mozambico, Nauru, Papua Nuova Guinea, San Marino, Seychelles, Sierra Leone, Somalia, Taiwan, Turkmenistan, Uganda, Vanuatu e Yemen. (Dati tratti dalla consultazione del sito della *World Intellectual Property Organisation*, WIPO, intelleggibili al sito <http://www.wipo.int/treaties/en/documents/pdf/berne.pdf>).

serie di diritti morali in capo all'autore, aspetto all'epoca sconosciuto in alcuni Paesi e tuttora elemento controverso⁸⁸. L'inserimento dei diritti morali nel testo della Convenzione di Berna, particolarmente caldeggiato da Francia, Italia e Polonia, mirava ad appianare la principale differenza che contraddistingueva i Paesi di *Civil law* a quelli di *Common Law*⁸⁹ al fine di creare una concezione unitaria del diritto d'autore, antesignana rispetto all'attuale obiettivo del legislatore europeo.

⁸⁸ Ritengo opportuno porre l'accento sul fatto che la proposta di un riconoscimento di diritti morali vide il Governo Italiano come protagonista in quanto trasmise al *Bureau* di Berna nei giorni precedenti una dettagliata proposta in merito. Sul punto, E. PIOLA CASELLI, *Il diritto morale di autore*, *Il d. aut.* 1930, 3 ss.; V. DE SANCTIS, *La convenzione internazionale di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche: commento agli atti di Roma e di Bruxelles*, cit., 53-54 ove si poneva l'accento su come il diritto morale d'autore fosse "uno dei maggiori ostacoli alla universalizzazione del sistema di protezione internazionale della Convenzione di Berna".

⁸⁹ Una parte della dottrina ritiene che questi aspetti siano comunque sconosciuti dal *Copyright, designs and patents Act* del 1988, cfr. A. ANCHISI PASSERIN D'ENTREVES, voce *Diritto d'autore in diritto comparato*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. Comm.*, IV, Torino 1989, 463-464. Infatti, nonostante l'adesione del Regno Unito alla Convenzione di Berna manca una tutela pregnante del diritto morale dell'autore. In particolare viene riconosciuto unicamente il diritto di paternità, o meglio il *right to be identified as author* contemplato dalla *section 77* del *Chapter IV*. Tuttavia un simile riconoscimento viene sminuito dalle stesse disposizioni della *section 77*, ove si prevede che la possibilità di essere riconosciuto come autore debba essere subordinata all'immissione in commercio dell'opera, presupposto non contemplato dalle disposizioni della CUB in materia di diritti morali e che mal si concilia con lo *ius poenitendi*, il cui esercizio sembrerebbe implicare il venir meno dello *status* di autore. A queste incertezze si aggiungono le disposizioni della *section 86* che, riconoscendo una durata limitata al *right to be identified as author*, definitivamente suggeriscono l'impossibilità di concepire i diritti morali come una particolare accezione del più generale diritto della personalità. In arg. W. CORNISH, D. LLEWELYN, T. APLIN, *Intellectual property: patents, copyright, trademarks and allied rights*, cit., 401.

Infatti, nonostante il testo originario della Convenzione abbia subito notevoli modifiche⁹⁰, è possibile individuare al proprio interno gli elementi da cui ha preso avvio la riflessione a livello comunitario. La centralità della CUB viene rimarcata proprio considerando l'azione europea per la protezione del diritto d'autore, come emerge dalla consultazione di numerosi atti delle istituzioni comunitarie, ove si sottolinea la necessità di un coordinamento con il diritto derivato, palesemente affermato dalla scheda informativa diffusa dalla Commissione CE dal titolo "Sta per emergere uno spazio europeo delle creatività – Il diritto d'autore ed i diritti connessi nella Comunità Europea" del 1991; dalla risoluzione del 14 maggio 1992 sul rafforzamento della tutela del diritto d'autore e dei diritti connessi adottata dal Consiglio della CE (GUCE del 28 maggio 1992, C 138/1), ove se ne incoraggia l'adesione di tutti gli Stati membri; e dal Libro Verde della Commissione dal titolo "Diritto d'autore e diritto connessi nella società dell'informazione" (COM(95) 382 def.)⁹¹. Il modello di tutela offerto dalla CUB permea anche in alcune direttive, segnatamente la direttiva 1991/250/CE in materia di software (considerando nn. 23 e 27); la di-

⁹⁰ Le modifiche in discorso, frutto di sette conferenze diplomatiche di revisione, portarono all'adozione di un atto addizionale e una dichiarazione interpretativa (Parigi, 4 maggio 1896), all'introduzione del c.d. sistema delle riserve e l'abbattimento delle formalità costitutive (Berlino, 13 marzo 1908), elaborazione di un protocollo aggiuntivo per limitare la protezione degli autori non unionisti (Berna, 20 marzo 1914), introduzione della tutela internazionale del diritto morale d'autore e l'abbandono definitivo del c.d. sistema delle riserve (Roma, 2 giugno 1928), l'accoglimento del termine uniforme di durata della protezione, pari a 50 anni *post mortem auctoris* ed il regolamento del diritto di televisione (Bruxelles, 26 giugno 1948), modifiche alle disposizioni finali concernenti l'amministrazione dell'Unione e l'introduzione di primo protocollo relativo al regime di tutela per le opere nei Paesi in via di sviluppo (Stoccolma, 14 luglio 1967) e, infine, la sostituzione del protocollo relativo ai PVS con uno speciale *annexe*, diretto ad appianare le posizioni ostili di alcuni Stati unionisti (Parigi, 1971).

⁹¹ Quanto alla mancata adesione di uno Stato membro alla CUB, Corte di Giustizia UE, Commissione c. Irlanda, Causa C-13/00, del 19 marzo 2002, in *Racc.* 2002 I-2955.

rettiva 1992/100/CE relativa al diritto di noleggio e di prestito (art. 11); direttiva 1993/98/CE sulla durata del diritto d'autore (considerando nn. 1, 4, 5, 14, 17, 22 e negli artt. 1 e 7); nella direttiva 2001/29/CE (considerando n. 19); nella direttiva 2004/48/CE (considerando nn. 6 e 19)⁹².

10. Segue: IL PRINCIPIO DI TERRITORIALITÀ

In armonia con i principi generali elaborati dal diritto internazionale pattizio, lo studio del diritto d'autore in chiave soprannazionale si deve necessariamente confrontare con il principio di territorialità, criterio per individuare la legge applicabile nell'ipotesi di controversie attinenti la lesione dei diritti degli autori⁹³, asse portante della materia sulla cui natura tuttora la dottrina si divide. Infatti, nonostante il dettato dell'art. 5, par. 2 della Convenzione di Berna sottolinei, senza incappare in formule ambigue, l'importanza del principio in questione, la letteratura ha ritenuto possibile identificare in tale espressione una pluralità di significati riconducibili a due macro categorie⁹⁴.

⁹² Il rilievo conferito dal diritto comunitario alla Convenzione di Berna ha portato una parte della dottrina italiana a desumere una sua "comunitarizzazione", cfr. M. BERTANI, *Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche*, in *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, (a cura di L.C. UBERTAZZI e P. G. MARCHETTI), Padova 2007, 1401.

⁹³ Escludendo qualsivoglia riferimento al regime giuridico vigente nello Stato in cui si è realizzata l'attività creativa o in cui il *corpus mechanicum* è stato posto in commercio per la prima volta, come evidenzia B.M. GUTIERREZ, *La tutela del diritto d'autore*, Milano 2008, 5 ss.

⁹⁴ *Amplius* N. BOSCHIERO, *Il principio di territorialità in materia di proprietà intellettuale: conflitti di leggi e giurisdizione*, in *AIDA* 2007, 34 ss. L'A., compiendo una ricostruzione dogmatica dell'istituto, non manca di considerare le ricadute pratiche collegate al c.d. *conflicts of laws* e all'obsolescenza del principio a fronte dell'inarrestabile ascesa del mondo digitale. Fondamentale per uno studio del principio di territorialità in relazione alla materia del *copyright*, R. MASTROIANNI, *Diritto internazionale e diritto d'autore*, Milano 1997, 365 ss.

La prima lo configura come norma di diritto materiale, volta a sottolineare il legame di dipendenza tra l'esistenza del diritto di proprietà intellettuale e l'ordinamento nazionale che la riconosce⁹⁵; la seconda ne ravvisa una norma di diritto internazionale privato e pertanto diretta a risolvere il problema della legge applicabile nel caso di controversie connotate da transnazionalità⁹⁶.

Una lettura d'insieme della Convenzione di Berna mostra come, da un lato, si prevedano in maniera omogenea gli interessi da tutelare ma, dall'altro, venga demandata agli Stati c.d. unionisti la determinazione dei rimedi applicabili per garantire efficacia. In pratica l'idoneità delle

⁹⁵ Parla a tal proposito di "limitazione spaziale e geografica del diritto di proprietà intellettuale" e dell'idoneità a "tradurre con un'espressione geografica la c.d. relatività dei diritti di proprietà intellettuale, il loro essere entità separate ed indipendenti per ciascuno Stato", N. BOSCHIERO, *Il principio di territorialità in materia di proprietà intellettuale: conflitti di leggi e giurisdizione*, cit., 35. In generale, la dottrina italiana ravvisa la necessità di sostenere l'accezione materiale del principio di territorialità in virtù del modo d'essere dei diritti sui beni immateriali: il potere di utilizzazione esclusiva, spesso paragonato ad un vero monopolio, trova fondamento e ragione di esistere grazie all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato e, pertanto, si ricollega intimamente all'ampiezza dei confini geografici nazionali, T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., 341 ss.; M. FABIANI, voce *Diritti d'autore*, in *Novissimo Digesto it.*, App. II, Torino 1981, 1122 ss.; R. LUZZATO, *Problemi internazionalistici del diritto d'autore*, in *R. dir. int. proc. priv.* 1989, 279 ss.; G. BADIALI, *Diritto d'autore e conflitto di leggi*, Napoli 1990, 18 ss. Critico nei confronti di questa visione monopolistica, R. MASTROIANNI, *Diritto internazionale e diritto d'autore*, cit., 382 ss.

⁹⁶ La reale portata dell'accezione internazionalprivatistica divide tuttora il panorama scientifico poiché, da un lato, si schiera quella parte della dottrina che non ritiene possibile, in materia di proprietà intellettuale, un richiamo ad ordinamenti stranieri; di opinione diametralmente opposta coloro che si interrogano circa quale sia la norma di rinvio da invocare, cfr. N. BOSCHIERO, *Il principio di territorialità in materia di proprietà intellettuale: conflitti di leggi e giurisdizione*, cit., 37 ss. Fondamentali per uno studio del problema dal punto di vista del diritto internazionale privato, G.M. UBERTAZZI, *Osservazioni per uno studio intorno ai beni immateriali nel diritto internazionale privato*, in *Jus* 1955, 426 ss.; U. DRAETTA, *Il regime internazionale della proprietà industriale*, Milano 1967, 44 ss.; L.C. UBERTAZZI, *La territorialità dei diritti del produttore fonografico, dell'artista e dell'IMAIE*, in *AIDA* 1992, 91 ss.; V. SALVATORE, sub art. 54 (*diritti sui beni immateriali*), in *Nuove l. civ. comm.* 1996, 1337 ss.; nonché Cass. civ., 29 luglio 1958, n. 2754, in *R. d. int.* 1959, 333 ss., con nota di M. GERBINO, *La tutela del diritto d'autore nel sistema italiano di diritto internazionale privato comune e convenzionale*.

opere dell'ingegno a circolare oltre i confini nazionali - circostanza alla base della già richiamata vocazione internazionale - si scontra con una segmentazione degli strumenti di *enforcement* posti a presidio dei diritti degli autori⁹⁷.

I profili applicativi del principio di territorialità, particolarmente variopinti prima dell'intervento comunitario realizzato con la direttiva 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, sembrano rispondere ad un interesse degli Stati a conservare una sorta di controllo sulle opere che circolano – *rectius* vengono lese – all'interno dei confini nazionali, nonostante la dottrina abbia tentato di spiegare la logica territoriale come uno stimolo all'elaborazione di forme omogenee di protezione⁹⁸.

L'interpretazione del principio in esame come l'esternazione della volontà degli Stati di mantenere una forma di controllo sui diritti d'autore lesi all'interno del proprio territorio non appare una soluzione anacronistica, alla luce della collocazione del diritto d'autore tra le materie di competenza concorrente tra UE e Stati membri⁹⁹. L'ascesa di un movimento di armonizzazione, che arriva a regolare anche gli strumenti di *enforcement*, sembra tuttavia stemperare la lettura qui proposta della logica territoriale. Infatti se con il regolamento n. 864/2007 dell'11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (c.d. Regolamento «Roma II») trova conferma questa

⁹⁷ Si riferisce espressamente alla "segmentazione territoriale dell'opera oggetto di protezione giuridica" M. FABIANI, voce *Diritti d'autore*, cit., 1133. In arg. E. TREPPOZ, *Droit européen de la propriété intellectuelle*, 1. *Territorialité et propriété intellectuelle*, in *Rev. Trim. d. eur.* 2011, 847-855, secondo cui dal "principe de territorialité découle l'analyse scissionniste-pluraliste de la propriété intellectuelle".

⁹⁸ M. BERTANI, *Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche*, cit., 1404 ss. ove numerosi richiami dottrinali.

⁹⁹ Sul punto si rinvia a § 1 del capitolo successivo.

lettura del principio di territorialità, la direttiva 2004/48/CE riduce il potere di controllo rimesso agli Stati, circoscrivendolo entro i limiti della discrezionalità contemplata dalle sue disposizioni.

Inoltre, come suggeriscono le osservazioni della miglior dottrina, l'art. 8, par. 1, del regolamento Roma II prevedendo che “[l]a legge applicabile all’obbligazione extracontrattuale che deriva da una violazione di un diritto di proprietà intellettuale è quella del paese per il quale la protezione è chiesta”¹⁰⁰ risponde all’esigenza di consentire ai giudici dei singoli Stati membri di decidere sulla base delle proprie norme sostanziali le controversie in materia di proprietà intellettuale portate innanzi a loro: un esito tutt’altro che privo di ricadute nel settore della tutela delle opere dell’ingegno, proprio in ragione delle sfumature che caratterizzano la disciplina degli strumenti di *enforcement*¹⁰¹. Dunque la combinazione tra la logica territoriale e la portata dell’intervento legislativo comunitario nel settore della protezione della proprietà intellettuale si presta ad esser letta da un inedito punto di vista, attento a favorire la protezione del soggetto leso, garantendogli un ventaglio di strumenti tendenzialmente uniformi nei diversi Stati membri e, al tempo stesso, un vantaggio in termini processuali che si snoda sul versante probatorio.

¹⁰⁰ Per un esame della genesi dell’art. 8, par. 1, v. per tutti J. DREXL, *The Proposed Rome II Regulation: European Choice of Law in the Field of Intellectual Property*, in *Intellectual Property and Private International Law*, (a cura di J. DREXL e A. KUR), Oxford-Portland 2005, 151 ss.; N. BOSCHIERO, *Infringement of Intellectual Property Rights. A Commentary on Article 8 of the Rome II Regulation*, in *Yearb. Priv. Int. Law* 2007, 87 ss.

¹⁰¹ Come viene elegantemente messo in luce da P. FRANZINA, *Il regolamento n. 864/2007/CE sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali («Roma II»)*, in *Le nuove l. civ. comm.* 2007, 1014.

11. GLI ALTRI TRATTATI INTERNAZIONALI, CENNI.

L'interesse della comunità internazionale verso il diritto d'autore sfociò in altri interventi con finalità armonizzatrici, classificabili in due categorie a seconda dei diversi obiettivi perseguiti. Da un lato si incontrano le convenzioni internazionali che si occupano di proteggere la dimensione patrimoniale dei diritti degli autori. Contrapposte a queste si rinvengono i principali testi internazionali dedicati alla tutela dei diritti dell'uomo tra i quali – per l'appunto – viene inserito il diritto d'autore.

Un primo esempio di testo internazionale appartenente alla prima categoria di fonti è rintracciabile nella Convenzione Universale di Ginevra del 1952. I negoziati che portarono all'adozione del trattato in discorso miravano alla creazione di uno strumento di protezione, con un palese valore transnazionale, ma che garantisse *standards* inferiori rispetto a quelli della CUB, soprattutto in relazione al riconoscimento del diritto morale d'autore. L'abbassamento del livello di tutela che anima tale intervento non deve apparire balzano: la volontà dei Paesi che si fecero promotori della convenzione era quella di cercare un primo punto di contatto con gli Stati Uniti, particolarmente restii ad adottare la Convenzione di Berna, al punto che una parte della scienza

giuridica europea ravvisa la Convenzione di Ginevra un trattato apertamente filo americano¹⁰².

Si riscontra la medesima matrice patrimonialistica nel *WIPO Copyright Treaty* del 1996, adottato dai Paesi aderenti all'Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale (*World Intellectual Property Organisation*), il quale persegue l'ambizioso obiettivo di innalzare il grado di protezione economica rispetto alle norme inserite – più di un secolo prima – dalla Convenzione di Berna¹⁰³.

Ultima convenzione afferente al gruppo in esame è sicuramente l'Accordo relativo agli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (il famoso accordo TRIPs, *The agreement on Trade Related aspects of Intellectual Property rights*). Questo trattato è stato ufficializzato dal GATT a Marrakech nel 1994, al termine dei negoziati istitutivi del WTO, meglio noti come *Uruguay Round*. L'ambito in cui si inserisce tale intervento è rappresentato dal commercio internazionale, ribadendo così l'importanza che la tutela dei diritti di proprietà intellettuale da un punto di vista squisitamente economico. Per di più l'accordo TRIPs rappresenta una tappa fondamentale per addivenire

¹⁰² G. GALTIERI, *Le formalità nella Convenzione Universale*, *Il Dir. aut.* 1966, p. 180 ss; ID., *La protezione internazionale delle opere letterarie e artistiche e dei diritti connessi*, Padova 1989, in particolare a p. 107 e ss. ove l'A. sostiene fermamente che l'art. III della Convenzione Universale, introducendo l'onere di assolvere particolari formalità costitutive, rappresenta un indiscutibile *favor* verso gli Stati Uniti a discapito della tradizione giuridica europea. Proprio queste concessioni, in termini di trattamento giuridico, hanno favorito l'adesione degli Stati Uniti al sistema di protezione internazionale della CUB nel 1989. In arg. M.-C. DOCK, *Le droit d'auteur 25 ans après l'adoption de la Convention Universelle*, in *Il Dir. aut.* 1979, p. 175 ss; L. LEONELLI, *Le convenzioni internazionali sul diritto d'autore e i diritti vicini*, Milano 1982, p. 86 ss.

¹⁰³ In particolare il *Wipo Copyright Treaty* s'inserisce nel sistema costruito dalla Convenzione di Berna (nel testo riveduto a Parigi nel 1971) come prima grande risposta all'avvento di *internet*. In relazione alla genesi del *Wipo Copyright Treaty* e al coordinamento con gli altri accordi della medesima natura, S. VON LEWINSKI, *Il diritto d'autore fra GATT/WTO e WIPO*, in *AIDA* 1997, 423 ss.

ad disciplina protezionistica del diritto d'autore comune ed omogenea – a livello mondiale e quindi con significative ricadute – in tutti gli Stati membri. In particolare, si introduce un apparato normativo composto di regole di difesa giurisdizionale dei diritti e per la risoluzione delle controversie, colmando una significativa lacuna che caratterizzava il diritto internazionale pattizio in materia di *intellectual property*¹⁰⁴. Come si avrà modo di evidenziare nelle pagine del prossimo capitolo, l'adozione di questo importante trattato ha realizzato una sensibile accelerata verso l'introduzione di una disciplina comunitaria armonizzata degli strumenti a tutela della proprietà intellettuale.

Passando al secondo gruppo di trattati internazionali, il riferimento al diritto d'autore si rinviene anche in convenzioni di ampio respiro, *rectius* nelle imponenti dichiarazioni, fiorite nel secondo dopoguerra, che affrontano il delicato tema dei diritti dell'uomo¹⁰⁵.

Nelle cc.dd. Carte dei diritti sembra aleggiare l'archetipo del diritto d'autore quale diritto della personalità che, a seconda dei casi, mette in rilievo il valore socio-culturale di cui è intrisa un'opera dell'ingegno. Segnatamente, l'attribuzione ai diritti degli autori di “*grande rilevanza e spesso dignità di veri diritti fondamentali*”¹⁰⁶ rimarca il valore non unica-

¹⁰⁴ Ad onor del vero, nonostante si consideri unanimemente l'accordo TRIPs come il primo strumento di diritto internazionale convenzionale che contempla dispositivi di *enforcement* adottabili dagli Stati, un'attenta lettura del testo della Convenzione di Berna permette di riconoscere ad essa il primato in tale ambito: l'art. 16 introduce la misura cautelare del sequestro di opere contraffatte, attivabile nei *Paesi dell'Unione nei quali l'opera originale ha diritto alla protezione legale*. In arg. M. BERTANI, sub *art. 16*, in *Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche*, cit., 1435-1436.

¹⁰⁵ L'esame del diritto d'autore nelle Carte fondamentali europee sarà compiuto nel prossimo capitolo. Qui ci si limita a tratteggiare il quadro del sistema delle fonti sopranazionali che hanno influenzato l'odierna visione del diritto d'autore come diritto fondamentale dell'uomo e su cui si è pronunciata anche la Corte di Giustizia.

¹⁰⁶ Le parole sono di G. GALTIERI, *op. ult. cit.*, p. 21.

mente patrimoniale che connota simili creazioni. La valorizzazione di questa visione è alla base di un vivace dibattito dottrinale che ravvisa in una simile scelta la ferma volontà – dei diversi Paesi – di sottolineare l’interesse pubblico alla promozione della cultura: un’opera dell’ingegno diffonde non solo le idee dell’autore ma permette una concretizzazione della libera espressione del pensiero, intesa quale proiezione della personalità verso la collettività¹⁰⁷. Quest’attenta chiave di lettura, oltre ad inquadrare il diritto d’autore alla stregua di un “diritto culturale” riconosciuto ad ogni individuo, dipinge i diritti sulle opere dell’ingegno con sfumature nuove e sconosciute – almeno in un primo periodo – al comparto del diritto industriale, ravvisando in esse gli strumenti per una piena realizzazione della personalità dell’autore.

Il primo testo internazionale che inaugura questa significativa valorizzazione dell’attività creativa è la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948. L’art. 27¹⁰⁸ coglie pienamente l’intento di conciliare gli interessi della società a godere di un diritto d’autore di matrice culturale e quello dei singoli alla garanzia di protezione – in termini economici e morali – per le opere dell’ingegno.

Aderisce al modello di diritto d’autore proposto dalla Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, introducendo una particolare atten-

¹⁰⁷ Nonostante l’inserimento del diritto d’autore in convenzioni di questo tenore risalga a più di mezzo secolo fa, solo una parte circoscritta della dottrina europea ha preso in considerazione tale aspetto nei propri studi. Esempi di questa ricostruzione del sistema delle fonti sovranazionali si riscontra in modo marcato in R. MASTROIANNI, *Diritto internazionale e diritto d’autore*, cit., 21 ss.; nonché in G. BADIALI, *Diritto d’autore e conflitto di leggi*, Napoli 1990, 36, nt. 46.

¹⁰⁸ Art. 27: 1. Ogni individuo ha diritto di prendere parte liberamente alla vita culturale della comunità, di godere delle arti e di partecipare al progresso scientifico ed ai suoi benefici. 2. Ogni individuo ha diritto alla protezione degli interessi morali e materiali derivanti da ogni produzione scientifica, letteraria e artistica di cui egli sia autore.

zione per l'autore, anche il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966. In questo testo, l'art. 15, par. 1, lett. c¹⁰⁹, si preoccupa di introdurre in capo agli Stati contraenti il dovere di riconoscere e garantire protezione al creatore di un'opera dell'ingegno, facendo espresso riferimento agli interessi morali ed economici.

Quanto alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (nota con l'acronimo CEDU), al suo interno si fa particolarmente impervia la ricerca di disposizioni dedicate al diritto d'autore.

Un primo filone dottrinale¹¹⁰ ne rintraccia un implicito riferimento prendendo in esame la disposizione dell'art. 10¹¹¹ dedicata alla libertà di espressione, accogliendo la lettura offerta dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948. Secondo questa ricostruzione, il diritto d'autore verrebbe tutelato dalla CEDU in quanto veicola gli strumenti per alimentare un dibattito culturale, le cui radici affondano

¹⁰⁹ Articolo 15, par. 1: Gli Stati parti del presente Patto riconoscono il diritto di ogni individuo:[...] c) a godere della tutela degli interessi morali e materiali scaturenti da qualunque produzione scientifica, letteraria o artistica di cui egli sia l'autore.

¹¹⁰ P. BERNT HUGENHOLTZ, *Copyright and freedom of expression in Europe*, in *Oxford Univ. Press* 2001, 321 ss.

¹¹¹ Art. 10 - Libertà di espressione - : 1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive. 2. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario.

nella tutela della personalità dell'autore¹¹². L'analisi sistematica delle disposizioni CEDU mette in evidenza come si possa rinvenire un riferimento al diritto d'autore anche all'art. 1 del Protocollo n.1, dedicato al diritto di proprietà e secondo il quale "ogni persona fisica o morale ha diritto al rispetto dei suoi beni [...]"¹¹³.

La norma d'apertura del citato protocollo, nel perseguire l'obiettivo di inserire un *trait d'union* in materia dominicale tra i sistemi di *Civil Law* e *Common Law*¹¹⁴, raggiunge il risultato – forse inizialmente non voluto – di attirare nel concetto di proprietà anche la categoria della proprietà intellettuale, come evidenziato da alcune pronunce della Corte di Strasburgo¹¹⁵.

¹¹² L'accento sul valore culturale che si annida in qualsivoglia opera dell'ingegno umano è rimarcato in un recente *Rapport* della CEDU, diffuso nel 2011, intitolato "Les droits culturels dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme" (www.echr.coe.int/NR/ronlyres/CA666604-5C24-44DA-9A54-57DC78D7FF4A/0/RAPPORT_RECHERCHE_Droits_culturels_FR.pdf).

¹¹³ L. CONDORELLI, *La proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *R. dir. internaz.* 1970, p. 175 ss.; ID., *Premier Protocole additionnel: Article 1*, in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article* (a cura di PETTITI, DECAUX, IMBERT), Paris, 1995, 971ss.; R. MASTROIANNI, *Diritto internazionale e diritto d'autore*, cit., 47 ss.; M. L. PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano 2003, 49 ss.

¹¹⁴ Il concetto di *property law* dei sistemi di *Common Law* considera una gamma di istituti ben più estesa del concetto di proprietà o di diritto reale mutuati dalla tradizione romanistica, comprendendo situazioni giuridiche soggettive che ricoprono l'intera nozione di patrimonio. In arg. M. L. PADELLETTI, *op. ult. cit.*, 41-47; M. TRIMARCHI, *La proprietà: storia e comparazione*, in *Manuale di diritto privato europeo* (a cura di C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO), II, Milano 2007, 21 ss.; G. ALPA, A. FUSARO, *Le metamorfosi del diritto di proprietà*, Matera 2011, 110 ss.;

¹¹⁵ Le pronunce che toccano il settore della proprietà intellettuale, ancorando la sua tutela al prot. 1, si occupano di brevetti (Sent., *Smith Kline c. Pays-Bas*, Causa n. 12633/87, del 4 ottobre 1990; e Sent., *Lenzig AG c. Royaume-Uni*, Causa n. 38817/97, del 9 settembre 1998); di marchi (Sent. *Grande Chambre, Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*, Causa n. 73049/01, del 11 gennaio 2007) e di nomi a dominio (Sent., *Paeffgen GmbH c. Allemagne*, Cause nn. 25379/04, 21688/05, 21722/05 e 21770/05, del 18 settembre 2007).

L'inserimento dei diritti sulle opere dell'ingegno in una disposizione dedicata alla tutela della proprietà, seppur intesa in modo labile e senza alcun esplicito riferimento alla tradizione romanistica, induce a riflettere in merito a due ordini di problemi.

Il primo, che non si esaminerà in questa sede, attiene alla possibilità di inquadrare il diritto di proprietà tra i diritti fondamentali dell'uomo; mentre il secondo richiama la natura - per così dire - costituzionale del diritto d'autore. L'attenzione deve focalizzarsi verso quest'ultimo aspetto in quanto l'affiancamento del diritto d'autore al diritto di proprietà appare una consacrazione del modello dominicale considerato in precedenza e particolarmente caro alle differenti tradizioni giuridiche nazionali.

In particolare occorre comprendere quale sia il rapporto che intercorre tra il modello tradizionale di proprietà e i diritti sulle opere dell'ingegno. Per risolvere questo interrogativo parrebbe essere d'aiuto la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (la c.d. Carta di Nizza), al cui interno si colloca l'art. 17¹¹⁶ dedicato al diritto di pro-

¹¹⁶ Art. 17 – Diritto di proprietà: 1. Ogni individuo ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale. 2. La proprietà intellettuale è protetta.

prietà e che contempla espressamente un riferimento alla proprietà intellettuale (art. 17, par. 2)¹¹⁷.

Occorre interrogarsi sulla tutela riconosciuta ai beni immateriali soprattutto con riferimento alla dimensione morale dato che ad un primo esame della disposizione sembra esclusa la protezione di tale aspetto.

La prima tra le soluzioni interpretative proposte dalla dottrina si ancora all'art. 52, par. 3¹¹⁸ della Carta di Nizza. L'articolo in questione richiama esplicitamente le soluzioni interpretative fiorite in seno alla Corte EDU e, di conseguenza, vede nella disposizione del secondo comma una mera specificazione del concetto di proprietà: anche in ambito di diritti sui beni immateriali varrebbero le limitazioni previste dall'art. 17, par. 1, in quanto il concetto di proprietà proprio del siste-

¹¹⁷ Per un esame delle questioni esegetiche dell'art. 17 della Carta di Nizza, v. R. MASTROIANNI, *Proprietà intellettuale e costituzioni europee*, in AIDA 2005, 7 ss.; nonché ID., *La tutela internazionale e comunitaria del diritto d'autore come diritto fondamentale dell'uomo*, in *Scenari e prospettive del diritto d'autore*, (a cura di A. M. GAMBINO e V. FALCE), Roma 2009, 13 ss. Quanto al crescente interesse verso il catalogo di diritti contemplato dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, in considerazione dell'esaltazione che vi conferisce il nuovo art. 6 TUE, e alle questioni connesse al coordinamento con la Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo, v. L. DANIELE, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e Trattato di Lisbona*, in *Il Dir. U.E.* 2008, p. 655; N. PARISI, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, *ivi* 2009, p. 654 ss.; A. GIANELLI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, *ivi*, p. 678 ss.; A. BULTRINI, *I rapporti fra Carta dei diritti fondamentali e CEDU dopo Lisbona: potenzialità straordinarie per lo sviluppo della tutela dei diritti umani in Europa*, *ivi*, 700 ss.; M. CARTABIA, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, in *Gior. d. amm.* 2010, 221 ss. In relazione al controverso rapporto tra i diritti inviolabili e diritti afferenti alla sfera patrimoniale, v. R. MASTROIANNI, *Diritti dell'uomo e libertà economiche nell'ordinamento dell'Unione europea: nuovi equilibri?*, in *Il Dir. U.E.* 2011, 319 ss.

¹¹⁸ Art. 52, par. 3: Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa

ma CEDU conosce una protezione solo in termini economici¹¹⁹. Abbracciando questa prima ricostruzione non si darebbe opportuno rilievo al diritto morale d'autore: le soluzioni proposte dalla CEDU in materia di proprietà si limitano ad offrire una tutela unicamente al concetto di proprietà in quanto intriso di valore patrimoniale¹²⁰.

Si contrapposte a questa soluzione interpretativa una visione sistematica più avveduta¹²¹, secondo la quale è necessario conferire alla proprietà intellettuale una posizione autonoma rispetto alla disciplina prevista dall'art. 17, par. 1: se nel concetto di proprietà ivi contemplato fosse compresa anche la proprietà intellettuale, allora il par. 2 perderebbe di significato e rappresenterebbe una disposizione assolutamente pleonastica. Per di più, appoggiando la prima tra le chiavi di lettura proposte in merito al rapporto tra le due disposizioni, non verrebbero prese in considerazione le esigenze di tutela della dimensione morale del diritto d'autore, elemento che lo differenzia rispetto agli altri istituti che attengono ai diritti sui beni immateriali.

¹¹⁹ M.L. PADELLETTI, *Articolo 1. Protezione della proprietà*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 802 ss., in cui si evidenzia come l'ambito di applicazione della norma si è progressivamente esteso sino a comprendere una serie di diritti che altrimenti sarebbero rimasti esclusi dalla tutela offerta dalla Convenzione.

¹²⁰ Come osservato criticamente da R. MASTROIANNI, *Proprietà intellettuale e costituzioni europee*, cit., 19; ID., *La tutela internazionale e comunitaria del diritto d'autore come diritto fondamentale dell'uomo*, cit., 18 che osserva come nonostante l'art. 17 della Carta di Nizza sia influenzato dal sistema CEDU, il par. 2 di questa disposizione è connotato da un'elasticità sconosciuta alle altre norme inserite nelle convenzioni internazionali che affrontano il tema dei diritti inviolabili. In particolare l'autonomia ravvisata dall'art. 17, par. 2 assume un valore indubbiamente incisivo se si procedere con una lettura sinottica di tale norma con l'art. 52, par. 3 nella parte in cui prevede che "[l]a presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa".

¹²¹ R. MASTROIANNI, *Proprietà intellettuale e costituzioni europee*, cit., 19 ss.; ID., *La tutela internazionale e comunitaria del diritto d'autore come diritto fondamentale dell'uomo*, cit., 18 ss.

Una attività ermeneutica orientata in tal senso avrebbe probabilmente rappresentato l'ideale punto di avvio per le riflessioni che inducono a concepire un diritto d'autore europeo, aperto alle istanze connesse alla personalità dell'autore e, al contempo, attento alla protezione della dimensione economica¹²². Tuttavia, l'attenzione del legislatore europeo sembra essersi focalizzata unicamente sul versante dei diritti patrimoniali come può dimostrare l'analisi degli interventi di armonizzazione che si vanno ad esaminare.

¹²² Aspetto su cui torna R. MASTROIANNI *La tutela internazionale e comunitaria del diritto d'autore come diritto fondamentale dell'uomo*, cit., 23, indicando altresì come la disposizione dell'art. 17, par. 2 della Carta di Nizza risolva non solo le questioni connesse alla tutela degli aspetti non patrimoniali, ma al tempo stesso colmi le lacune presenti nel testo della CEDU valorizzando l'autonomia della proprietà intellettuale nel compendio dei diritti fondamentali.

CAPITOLO II

IL DIFFICILE CAMMINO VERSO UN DIRITTO D'AUTORE EUROPEO

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. L'art. 36 del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea. 3. L'incidenza armonizzatrice dell'art. 36 TCEE. 4. Gli interventi di armonizzazione. 5. La direttiva 2001/29/CE sul diritto d'autore nella società dell'informazione. 6. La direttiva 2004/48/CE sull'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale. 7. Il diritto d'autore e l'odierno approccio europeo.

1. PREMESSA.

Compiuta una ricostruzione generale della struttura del diritto d'autore dei sistemi legislativi implementati da alcuni Stati membri e dei primi movimenti di uniformazione normativa sovranazionale, l'attenzione volge verso l'opera delle istituzioni europee. Nelle pagine che seguono si ripercorreranno, in ordine cronologico, le tappe che hanno scandito il tortuoso percorso che ha portato al c.d. diritto d'autore europeo.

Occorre sottolineare che il riferimento ai contesti giuridici nazionali, compiuto nel capitolo precedente, non intende sottovalutare la portata dell'azione dell'UE. Al contrario, ciò permette di dare rilievo a come il legislatore europeo abbia attinto dalle collaudate esperienze dei singoli ordinamenti giuridici, non scevri dall'incidenza del diritto internazionale pattizio, per definire le linee di intervento necessarie.

Il sinergico rapporto tra Unione Europea e Stati membri è palese, inoltre, dalla lettura sinottica delle disposizioni attualmente contenute nei trattati TUE e TFUE afferenti il regime della competenza legislativa dell'UE con cui si evidenzia un'interazione tra l'Unione Europea e gli Stati membri, legata all'inserimento del diritto d'autore tra le cc.dd. materie di competenza concorrente. Infatti, nonostante l'art. 118 TFUE conferisca implicitamente una competenza esclusiva all'Unione Europea per la creazione di titoli europei di proprietà intellettuale

muniti di protezione uniforme negli Stati membri¹, le disposizioni degli artt. 4 e 5 TFUE inseriscono – implicitamente – il diritto d'autore tra le materie coperte da una competenza concorrente²: la circolazione e la protezione delle opere dell'ingegno sono attività prodromiche ad un corretto funzionamento del mercato interno.

Tuttavia nell'azione dell'UE manca ad oggi dell'intenzione di regolare integralmente la materia *de qua*, comprimendo ulteriormente

¹ L.C. UBERTAZZI, *IP and the Draft Treaty on the European Union*, in IIC 2007, 881-883. L'A. evidenzia come “*the EU has always had exclusive competence to create supranational IP rights under Art. 308 (formerly Art. 235) EC Treaty, and has used this competence to establish Community trade marks, Community models and designs, and Community plant varieties*”. La presenza di una competenza esclusiva in materia trova conferma nella nuova previsione adottata con l'art. 118 TFUE, tuttavia tale disposizione è da considerarsi di stretta interpretazione, non lasciando spazio all'estensione della competenza *de qua* a settori differenti rispetto alla creazione di titoli con efficacia transnazionale.

² Il sistema delle competenze concorrenti è animato dal principio secondo cui in una particolare materia “*l'Unione e gli Stati membri possono legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti*” (art. 2, par. 2, TFUE). Tuttavia la competenza riconosciuta agli Stati membri è residuale e subordinata all'azione intrapresa dall'UE: la competenza statale potrà esercitarsi rispettando l'operato del legislatore europeo e solo qualora non pregiudichi l'uniforme applicazione delle norme dell'Unione. In merito alla necessità di coordinamento tra competenza statale ed europea, cfr. R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione Europea*, Torino 2010, 38 ss.; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova 2011, 99 ss.

una – seppur limitata – disomogeneità giuridica³. Per di più, in contrasto con quanto potrebbe evincersi da differenti documenti programmatici (all'interno dei quali si individua nel raggiungimento di un livello armonico di protezione un obiettivo primario per la realizzazione di una maggiore integrazione economica), è stata assente, sin da tempi lontani, un'attività di coordinamento tra le diverse istituzioni. Il loro agire isolato si è dimostrato poco incline a far fronte alle crescenti esigenze di tutela che si annidavano nella creazione del mercato comune.

Nell'attesa di nuovi interventi legislativi è opportuno comprendere quale sia il livello di armonizzazione raggiunto. L'analisi deve necessariamente prendere avvio dalle disposizioni del Trattato CEE, volano dell'idea di una proprietà artistica e letteraria di matrice europea, per giungere - dopo aver ripercorso l'intero movimento di armonizzazione - alla nuova visione del mercato interno e del ruolo della proprietà intellettuale emersa con l'adozione del Trattato di Lisbona.

³ Come si avrà modo di evidenziare in proseguo, il diritto d'autore, più di altri settori dell'*intellectual property*, non conta di interventi legislativi europei di ampio respiro. La materia dunque deve attingere necessariamente alle discipline nazionali che, solo a partire dagli anni '90 del secolo scorso, sono state oggetto di armonizzazione comunitaria. Un esempio di "armonizzazione settoriale" è rappresentato dalla direttiva 2001/29/CE del 22 maggio 2001 (GUCE, L 167/10, del 22 maggio 2001) ove il legislatore comunitario ha voluto sottolineare come l'intervento armonizzatore fosse limitato a *taluni* aspetti del diritto d'autore. All'intenzione di intervenire unicamente su alcuni aspetti della materia – segnatamente i profili connessi alla tutela del diritto d'autore nella società dell'informazione – si affianca, come recita il considerando n. 6, la consapevolezza del legislatore comunitario di un necessario intervento omnicomprensivo, poiché "senza un'armonizzazione a livello comunitario, la produzione legislativa già avviata a livello nazionale in una serie di Stati membri [...] può generare differenze significative in materia di protezione e, di conseguenza, restrizioni alla libera circolazione dei servizi e prodotti che contengono proprietà intellettuale o su di essa si basano, determinando una nuova frammentazione del mercato interno nonché un'incoerenza normativa".

2. L'ART. 36 DEL TRATTATO ISTITUTIVO DELLA COMUNITÀ ECONOMICA EUROPEA

La ricerca di un riferimento al diritto d'autore nel diritto istituzionale della Comunità Economica Europea, prima, e dell'Unione Europea, poi, rappresenta un primo nodo da sciogliere. Le riflessioni volte a ricavare uno spazio per il *copyright* all'interno del c.d. diritto costituzionale europeo rivestono un ruolo tuttora centrale, come si avrà modo di illustrare.

Originariamente, un esplicito segnale – seppur periferico – di interesse verso i diritti degli autori si rilevava all'allegato III richiamato dall'art. 106, par. 3 del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea⁴, disposizione che impegnava gli Stati membri a non introdurre qualsivoglia restrizione ai trasferimenti delle cc.dd. transazioni invisibili⁵.

Soltanto attraverso un'analisi delle disposizioni del Trattato di Roma che menzionano la tutela dei diritti su beni immateriali è possibile comprendere l'approccio comunitario iniziale.

L'art. 36 TCEE⁶ stabilisce che i principi dettati in materia di restrizioni quantitative alla libera circolazione intracomunitaria delle

⁴ Nelle pagine che seguono il Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea, sottoscritto a Roma il 25 marzo 1957, verrà richiamato utilizzando l'acronimo TCEE.

⁵ M. GOTZEN, *Proprietà industriale e mercato comune*, in *R. d. comm.* 1958, I, 255; A. DIETZ, *Le droit d'auteur dans la Communauté Européenne*, Bruxelles 1976, 31; L.C. UBERTAZZI, *Diritto d'autore e libera circolazione delle merci*, in *Legislaz. Eco.* 1980-1981, 828.

⁶ Il cui testo è migrato conservando l'originaria numerazione nel Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (di seguito TFUE). Tale circostanza permette di conferire una significativa attualità alle riflessioni dottrinali e giurisprudenziali che hanno permesso di ravvisare nell'art. 36 TCEE una colonna portante dei diritti di proprietà intellettuale di matrice europea. Per una puntuale analisi delle ricadute pratiche connesse all'art. 36 TFUE, D. SARTI, *sub art. 36 TFUE*, in *Comm. breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza* (diretto da L.C. UBERTAZZI), Padova 2012, 5-15.

merci "lasciano impregiudicati i divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito giustificati da motivi [...] di tutela della proprietà industriale e commerciale". Dunque, il titolare di un diritto di proprietà industriale e commerciale gode di un potere di esclusiva relativo allo sfruttamento economico del proprio bene che gli consente, nel territorio dello Stato membro che gli conferisce il diritto stesso, di opporsi all'importazione di prodotti provenienti da altri Stati membri qualora da questa derivi un pregiudizio. Tuttavia, la seconda parte dell'art. 36 TCEE introduce un limite alla portata dell'esclusiva intellettuale in esame, rappresentato dall'impossibilità di esercitare un simile diritto per "costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri".

Nelle riflessioni volte a comprendere quali diritti giustifichino una compressione della libera circolazione delle merci la figura del diritto d'autore si pone come protagonista indiscussa⁷.

⁷ Il controverso rapporto che intercorre tra la tutela della proprietà industriale e commerciale e le libertà sancite nel Trattato - prima e nei Trattati poi - ha rappresentato un tema su cui la dottrina ha preso posizioni contrastanti. Il contrasto a cui ci si riferisce, figlio della vaghezza che contraddisse la formulazione dell'art. 36 TCEE, ha spinto verso considerazioni lontane dal bilanciamento tra le cc.dd. libertà fondamentali, come dimostrano i numerosi tentativi di individuare in questa disposizione la possibilità di escludere una competenza comunitaria in materia di diritti sui beni immateriali, *amplius* G. FLORIDIA, *La proprietà industriale nel mercato unico europeo*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* (diretto da F. Galgano), V, Padova 1982, 381.

Il dibattito relativo all'applicazione dell'articolo 36 TCEE al diritto d'autore si snoda essenzialmente sotto un profilo di tecnica ermeneutica⁸.

Una prima impostazione, cercando di superare il dato letterale⁹, ritiene indispensabile un coordinamento tra l'art. 36 TCEE e l'art. XX, lett. d) del GATT¹⁰, il quale prevede restrizioni quantitative volte a tutelare *“patents, trade marks and copyrights, and the prevention of deceptive practices”*. Il risultato di questa lettura sistematica è il riconoscimento del diritto d'autore tra le materie comprese nell'ambigua espressione dell'art. 36 TCEE, e il contemporaneo – quanto insensato – conferimento di una sovranità legislativa unicamente nazionale per l'intera materia dei diritti sulle opere

⁸ L'esposizione delle proposte interpretative è ripercorsa in chiave storica, facendo menzione anche delle critiche che solo in un secondo momento si mossero nei loro confronti. L'esegesi dell'espressione “proprietà industriale e commerciale” in rapporto al diritto d'autore, a partire dagli anni '80, non ha più rappresentato un tema di accesa discussione dottrinale in virtù della linearità dell'orientamento giurisprudenziale seguito dalla Corte di Giustizia.

⁹ Legato alla classica - e oramai superata - differenza tra la proprietà industriale e il diritto d'autore. Tale dicotomia, che aleggia nell'ordinamento italiano, affonda le proprie radici nelle prime ed imponenti convenzioni internazionali concernenti i beni immateriali di cui si è fatta menzione in precedenza. Particolarmente interessanti le osservazioni più recenti di una parte della dottrina italiana che, analizzando l'assenza di una codificazione *tout court* dei diritti sui beni immateriali, sottolinea come tale mancanza non sia legata esclusivamente alla tradizione giuridica ma *“deriva da diverse ragioni, che per quanto riguarda il diritto d'autore riflettono una diversa competenza ministeriale di iniziativa legislativa”*, cfr. D. SARTI, voce *Proprietà industriale (codice della)*, in *Enc. Giur.*, Roma 2006, 2; che condivide l'idea di L.C. UBERTAZZI, *Osservazioni preliminari sul codice della proprietà industriale*, in *Il codice della proprietà industriale* (a cura di L.C. Ubertazzi), Milano 2004, 3 ss.

¹⁰ Il trattato GATT (General Agreement on Tariffs and Trade) è stato sottoscritto a Ginevra il 30 ottobre 1947. Per un commento relativo alle disposizioni del GATT si rinvia a AA. VV., *The general agreement on tariffs and trade: a commentary*, (a cura di P.C. Mavroidis), Oxford 2005, *passim*.

dell'ingegno¹¹. Dunque, ricalcando il riparto di competenze che accompagna l'art. XX, lett. d) del GATT si propone una linea argomentativa in aperto contrasto con i principi ispiratori della Comunità Economica Europea¹², come evidenzia una dura critica sollevata da parte della scienza giuridica più attenta agli obiettivi perseguiti dalla CEE ed al ruolo dell'art. 36 TCEE nel panorama giuridico che si stava delineando.¹³

Dunque il rinvio ad una lettura sinottica con l'art. XX, lett. d) del GATT si configura viziato sotto diversi punti di vista. *In primis*, l'art. XX, lett. d) del GATT sorge in un contesto giuridico differente rispetto all'intero Trattato di Roma che mira a realizzare una significativa e crescente integrazione tra gli Stati membri. Inoltre, è bizzarro identificare in una norma dettata in materia di limiti alla libera circolazione delle merci la base per escludere integralmente la competenza comunitaria in materia¹⁴.

Accanto all'applicazione del criterio sistematico, è stato proposto il ricorso all'analogia al fine di applicare il regime dell'art. 36 TCEE al

¹¹ Questa era la visione di H. DESBOIS, *Les rapports entre la propriété industrielle et le regime de concurrence dans le Traité du Marché Commun*, in *Melanges Paul Roubier*, Parigi 1961, 406 ss. che non ha trovato alcun seguito in dottrina.

¹² Questa particolare interpretazione permette di porre l'accento sulla ritrosia manifestata dagli Stati membri verso l'interesse della Comunità Economica Europea nei confronti della proprietà industriale. Un'avversità in questi termini si può leggere tra le righe di alcune storiche pronunce della Corte di Giustizia delle Comunità Europee: sent. Italia/Consiglio e Commissione CEE, C-32/65, 13 luglio 1966, in *Racc.* 1966, 297 ss.; sent., Grundig/Consten, C-56 e 58/64, 13 luglio 1966, *ivi*, 461 ss.; sent., Parke Davis/Probel, C-24/67, del 29 febbraio 1968, *ivi* 1968, 76 ss.

¹³ L.C. UBERTAZZI, *Invenzione e Innovazione*, Milano 1979, 181 ss.; G. FLORIDIA, *op. cit.*, 414 ss. e

¹⁴ Si attestano numerosi tentativi di individuare nell'art. 36 TCEE uno strumento per escludere la competenza della Comunità Europea in materia di opere dell'ingegno, come evidenziato, tra i tanti, da M. GOTZEN, *op. cit.*, 253 ss.; L.C. UBERTAZZI, *Diritto d'autore e libera circolazione delle merci*, *cit.*, 829 ss.; G. FLORIDIA, *op. cit.*, 401 ss.

diritto d'autore¹⁵. L'inclusione delle opere dell'ingegno nel concetto di "proprietà industriale e commerciale" trova conforto nell'esistenza di alcuni elementi di intersezione, quali la loro natura immateriale e il diritto di privativa che ne giustifica la protezione. Nonostante ciò, queste argomentazioni non furono accolte dalla Corte di Lussemburgo, come si evince dall'analisi delle pronunce sul punto e da un esame dell'art. 36 TCEE in rapporto alla libera circolazione delle merci.¹⁶ L'interpretazione analogica risulta imperfetta poiché le cc.dd. cause di giustificazione *ex art. 36 TCEE*¹⁷ sono considerate ipotesi eccezionali e tassative e, pertanto, risulta inconcepibile una loro lettura estensiva, volta a legittimare restrizioni ulteriori rispetto a quelle previste dal dato letterale¹⁸.

Agli interrogativi della dottrina, risponde infine la Corte di Giustizia delle Comunità Europee, con una decisione divenuta

¹⁵ L'idea in particolare era di U. DRAETTA, *La proprietà industriale nel quadro della Cee*, in *R. d. ind.* 1962, 309 ss.; H. JOHANNES, *La propriété industrielle et le droit d'auteur dans le droit des communautés européennes*, *Rev. trim. dr. eu.* 1973, 407 ss.; A. DIETZ, *op. cit.*, 107 ss.

¹⁶ La natura di norma a carattere eccezionale viene evidenziata in alcune celebri decisioni della Corte di Giustizia CE. Ci si riferisce alle sentenze Terrapin/Terranova, C-119/75, del 22 giugno 1976, in *Racc.* 1976, 1040 ss.; Centrafarm B.V./American Home Products Corporation, C-3/78, del 10 ottobre 1978, *ivi* 1978, 1823 ss.; Stephard B.V. e a./Merck & co. inc., C-187/80, del 14 luglio 1981, *ivi* 1981, 2063 ss.;

¹⁷ L'art. 36 contempla tra le cause di giustificazione alla libera circolazione delle merci "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".

¹⁸ L.C. UBERTAZZI, *Diritto d'autore e libera circolazione delle merci*, *cit.*, 834.

celeberrima¹⁹, ricomprendendo nell'espressione "proprietà industriale e commerciale" anche il diritto d'autore e, nel caso di specie, i diritti connessi²⁰. Per giungere a questa soluzione i giudici del Lussemburgo non fecero ricorso ad alcuna delle proposte elaborate dalla dottrina, decidendo di ravvisare nel concetto di proprietà industriale e commerciale una nozione comprensiva di tutti quei diritti di privativa intellettuale che producono effetti restrittivi sull'attività economica altrui²¹.

¹⁹ Ci si riferisce alla sent. *Deutsche Grammophon/Metro SB*, causa 78-70, del 8 giugno 1971, con commento di A. MARCHINI-CAMIA, *Esercizio dei diritti di proprietà industriale e tutela della libertà di concorrenza*, in *Dir. com. scambi int.* 1971, 462 ss. La domanda pregiudiziale rivolta alla Corte del Lussemburgo, ad onore del vero, riguardava l'interpretazione delle disposizioni del TCEE relative alla concorrenza (artt. 85 e 86) in rapporto all'impegno assunto dagli Stati membri di non ostacolare la realizzazione degli obiettivi contemplati dal Trattato (art. 5, par. 2). La Corte, per valutare se "il fabbricante di riproduzioni sonore che si vale del diritto esclusivo di metterle in commercio — diritto attribuitogli dalle leggi di uno Stato membro — onde vietare la messa in circolazione in questo Stato di prodotti da lui stesso (o col suo consenso) smerciati in un altro Stato membro, adducendo come unico motivo che la messa in commercio non è avvenuta nel territorio del primo Stato membro, agisce in modo incompatibile con le norme relative alla libera circolazione delle merci nel mercato comune" ha colto l'occasione per metter in luce la reale portata dell'art. 36 TCEE. Il riferimento al diritto d'autore è poi palese in alcune successive decisioni della Corte di Lussemburgo, quali *Musik-Vertrieb Membran GmbH e K-tel International/GEMA*, C-55 e 57/80, dell'11 novembre 1980, in *Racc.* 1981, 147 ss; *Dansk Supermarked/Imerco*, C-58/80, del 22 gennaio 1981, *ibidem*, 181 ss.; *Coditel/Ciné-Vog Films*, C-262/81, del 6 ottobre 1982, in *ivi* 1982, 3381. Per una rassegna delle più note sentenze della Corte in materia di proprietà industriale e commerciale, *amplius* L. SORDELLI, *Diritti nazionali di proprietà industriale e intellettuale e ordinamento comunitario*, in *R. d. ind.* 1985, I, 401.

²⁰ L.C. UBERTAZZI, *op. ult. cit.*, 832 evidenzia come nonostante la limpidezza della pronuncia in esame non mancarono tentativi di limitarne la portata ai soli diritti connessi. Sul punto v. le Conclusioni dell'Avv. Gen. Warner per le decisioni *Musik-Vertrieb Membran GmbH e K-tel International/GEMA*, C-55 e 57/80, *cit.*, 167 ss. e in part. 176-7.

²¹ Si leggano, in special modo, i punti 8/10, 11 e 12. Per un commento alla pronuncia in discorso si vedano le elaborate riflessioni di H. JOHANNES, *La propriété industrielle et le droit d'alter dans le droit des communautés européennes*, *cit.*, 369 ss. e 558 ss.

Una soluzione di tale tenore, iscrivendo i diritti di proprietà artistica e letteraria all'interno del perimetro dell'art. 36 TCEE, consente di limitare la libera circolazione delle merci qualora essa arrechi pregiudizio agli interessi patrimoniali degli autori, unicamente nel caso in cui una simile misura sia indispensabile per la protezione dell'oggetto dei diritti di proprietà intellettuale.

3. L'INCIDENZA ARMONIZZATRICE DELL'ART. 36 TCEE.

La possibilità di limitare la libera circolazione delle merci al fine di tutelare i diritti di proprietà intellettuale consente di ravvisare nell'art. 36 TCEE una disposizione volta al bilanciamento tra i diritti esclusivi di origine nazionale riconosciuti ai singoli e i principi su cui poggia la realizzazione del mercato interno. In questo quadro, l'ago della bilancia è ravvisabile nel dettato del secondo periodo dell'art. 36 TCEE che introduce la vera essenza dell'esigenza di contemperamento tra la protezione di diritti di privativa intellettuale e la realizzazione di un mercato unico privo di barriere all'ingresso o di elementi di natura discriminante.

La sensibilità verso questo aspetto ha permesso di definire l'art. 36 TCEE il "punto di attrito" tra l'origine statale dei diritti di proprietà intellettuale e la concretizzazione di un mercato comune caratterizzato da un libero traffico di merci²². Questa sagace presa di posizione postula dall'effettiva incidenza del principio di territorialità sul diritto d'autore: una stessa opera dell'ingegno garantisce il riconoscimento al suo titolare di un fascio di diritti di privativa, reciprocamente indipendenti, quanti sono gli Stati membri entro cui l'opera viene a

²² L.C. UBERTAZZI, voce *Diritto d'autore*, III. *Diritto d'autore internazionale e comunitario*, in *Digesto, Disc. Priv., Sez. Comm.*, IV, Torino 1989, 459.

circolare. Dalla moltiplicazione di diritti esclusivi nazionali discende la possibilità di compartire il territorio europeo: ogni autore può vietare le importazioni della propria opera all'interno di ogni Stato membro, ostacolando la libera circolazione dei prodotti.

La giurisprudenza comunitaria ha avuto il compito di determinare il punto di equilibrio tra gli interessi in gioco. Per addivenire ad una soluzione capace di favorire il perseguimento dell'ambizioso traguardo della libera circolazione delle merci la Corte di Giustizia ha adottato il c.d. principio dell'esaurimento comunitario²³, che trova la sua prima applicazione in materia di *copyright* nella già citata sentenza *Deutsche Grammophon*.

In base al principio dell'esaurimento comunitario il diritto di ostacolare le importazioni di un prodotto in uno Stato membro viene meno nel momento in cui il relativo *corpus mechanicum* è immesso in commercio, all'interno del territorio di uno Stato membro, dal titolare del diritto o con il suo consenso. Una limitazione alla possibilità di controllare le importazioni postula dal riconoscimento di una protezione, in termini squisitamente economici, al titolare del diritto di privativa che si traduce nell'esclusiva commerciale e nella conseguente percezione di un profitto. Segnatamente, una volta che il bene viene posto in commercio per la prima volta, nel territorio dell'UE, si realizzano gli estremi per il soddisfacimento della protezione patrimoniale degli interessi dell'autore e, per contro, svanisce il potere

²³ Recepito dalla Corte di Giustizia CE dalle osservazioni dottrinali di KOCH N. – FROSCHMAIER F., *Patentgesetze und Territorialitätsprinzip in Gemeinsamen Markt*, in *GRUR int.* 1965, 121 ss. (trad. inglese *The doctrine of territoriality in the patent law and the European Common Market*, in *Pat. trademark and copyright Journal of research and education* 1965, 343 ss).

di controllo sulla distribuzione del bene che lascia spazio alla libera circolazione delle merci²⁴.

La portata del principio ha inciso sensibilmente sulle normative nazionali, al punto che è possibile ravvisare nell'attività ermeneutica dei giudici del Lussemburgo la prima forma, seppur indiretta, di armonizzazione in materia di diritto d'autore.²⁵ È proprio per il tramite dell'art. 36 TCEE e del principio dell'esaurimento comunitario che la Corte di Giustizia ha dichiarato l'illegittimità delle legislazioni statali che, in spregio agli obiettivi del Trattato, garantivano ai titolari di diritti su beni immateriali un incondizionato potere di opporsi alle importazioni di prodotti già commercializzati, con il loro consenso, in un altro Stato membro.

Nonostante il meccanismo dell'esaurimento rappresenti un indispensabile punto di riferimento per l'elaborazione di un diritto d'autore omogeneo tra i differenti Stati membri e in armonia con i principi ispiratori dell'integrazione europea, esso sembra non trovare applicazione nell'ambiente digitale, suggerendo dunque la necessità di ricercare nuovi strumenti per governare la crescente e sempre più incontrollabile diffusione on-line di opere protette, sul punto si tornerà in proseguo.

²⁴ In arg., con riferimento al diritto di brevetto, P. MARCHETTI, *Sull'esaurimento del brevetto di invenzione*, Milano 1974, 127 ss. Critico nei confronti di questa ricostruzione del meccanismo dell'esaurimento D. SARTI, *Diritti esclusivi e circolazione dei beni*, Milano 1996, 62 ss.

²⁵ Consapevolezza che emerge parallelamente all'affermazione del ruolo della Corte di Giustizia CE, cfr. L.C. UBERTAZZI, *Esaurimento della proprietà industriale ed importazioni da paesi terzi*, in *F. it.* 1982, IV, 249 ss., in part. cc. 250-251.

4. I PRIMI INTERVENTI DI ARMONIZZAZIONE.

Mentre l'opera dei giudici del Lussemburgo delineava i principi applicativi connessi alla tutela della proprietà intellettuale quale limite alla libera circolazione delle merci, la Commissione tardava a presentare una strategia di ampio respiro capace di favorire un'armonizzazione della materia.

A seguito dei primi documenti programmatici²⁶, con cui si individuavano le ragioni a sostegno di una politica di uniformazione, sono state emanate, dal 1991 al 2001, le prime direttive. Dopo questi iniziali, e per alcuni tratti timidi, interventi l'attività del legislatore comunitario sembra essersi gradualmente arrestata, come dimostrano le sporadiche novità introdotte negli anni successivi²⁷.

L'esame degli interventi comunitari ha permesso una loro catalogazione basata sulle modalità con cui incidono sulle discipline nazionali²⁸. Emerge che le prime direttive, cercando di dare corso agli

²⁶ Ci si riferisce essenzialmente al corposo Libro Verde "Il diritto d'autore e le sfide tecnologiche - Problemi di diritto d'autore che richiedono un'azione immediata", COM (88) 172 def. e ai successivi atti di *soft law* dei primi anni '90, quali il programma di lavoro della Commissione "Iniziativa da adottare a seguito del Libro verde" - Programma di lavoro della Commissione in materia di diritto d'autore e di diritti connessi", COM(90) 584 def., la scheda informativa diffusa dalla Commissione "Sta per emergere uno spazio europeo delle creatività - Il diritto d'autore ed i diritti connessi nella Comunità Europea" del 1991; alla risoluzione del 14 maggio 1992 sul rafforzamento della tutela del diritto d'autore e dei diritti connessi adottata dal Consiglio (GUCE, C 138, del 28 maggio 1992).

²⁷ Uniche direttive volte ad introdurre elementi di rottura rispetto al passato sono la celebre direttiva del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, 2004/48/CE (GUUE, L 157, del 30 aprile 2004), meglio nota come direttiva *enforcement*; e la direttiva del 25 ottobre 2012 su taluni utilizzi consentiti di opere orfane, 2012/28/UE (GUUE, L 299/5, del 27 ottobre 2012), su cui si tornerà a breve.

²⁸ Come evidenziato da J. REINTBOTHE, A review of the last ten years and a look at what lies ahead: Copyright and related rights in the European Union, reperibile all'url http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/documents/2002-fordhamspeech-reinbothe_en.htm#maincontentSec2, con cui si riproduce parte dell'intervento tenuto alla Fordham IP Conference nel 2002.

obiettivi espressamente individuati nel Libro Verde "Il diritto d'autore e le sfide tecnologiche - Problemi di diritto d'autore che richiedono un'azione immediata" del 1988, portarono all'adozione di interventi per lo più settoriali²⁹.

Come si evince da una loro rapida analisi veniva proposta una tutela armonizzata solo per alcuni tipi di opere (come nella direttiva 91/250/CEE sulla tutela giuridica dei programmi per elaboratore³⁰ e nella direttiva 96/9/CE sulla tutela delle banche dati); per particolari diritti (quali il diritto di prestito e di noleggio³¹); specifiche modalità di diffusione delle opere (la direttiva 93/83/CEE sul diritto d'autore nell'ambito della radiodiffusione via satellite e nelle trasmissioni via

²⁹ Le priorità della Comunità Europea concernevano la lotta alla pirateria, l'elaborazione di una disciplina comune di copia privata, i diritti di prestito e noleggio con riferimento ai prodotti audiovisivi, l'estensione della protezione alle banche dati e ai programmi per elaboratore, i limiti alla protezione delle opere nei Paesi terzi. Cfr. punto 1.6.2. del Libro Verde "Il diritto d'autore e le sfide tecnologiche - Problemi di diritto d'autore che richiedono un'azione immediata" del 7 giugno 1988, COM (88) 172 def.

³⁰ Attualmente sostituita dalla direttiva del 23 aprile 2009 relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore, 2009/24/CE (GUCE, L 111, del 5 maggio 2009) con cui si è colmata la lacuna relativa alla definizione vincolante di programma per elaboratore (art. 1) che dava luogo ad una protezione frammentata e incideva sensibilmente in termini di efficienza armonizzatrice.

³¹ Inizialmente disciplinata dalla direttiva concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto di autore in materia di proprietà intellettuale, 92/100/CEE (GUCE, L 356, 29 novembre 1992), modificata dalla direttiva 93/98/CEE (GUCE, L 209/9, 24 novembre 1993) e dalla direttiva 2001/29/CE (GUCE, L 167, del 22 giugno 2001), ed infine sostituita dalla direttiva 2006/115/CE del 12 dicembre 2006 (GUUE, L 376, del 27 dicembre 2006).

cavo); o ancora limitata a taluni aspetti (quali la durata della protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi³²).

Questa prima fase del processo di armonizzazione è stata ispirata dalla volontà di rimuovere la difformità tra i diritti nazionali poiché avrebbe potuto ostacolare la libera circolazione di beni e di servizi, in piena sintonia con l'operato del formante giurisprudenziale.

Il *modus operandi* muta a partire dal 2001, anno che vede l'adozione della celebre direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, la c.d. direttiva InfoSoc. Proprio in questo significativo intervento si ravvisa l'inizio di nuova stagione della produzione legislativa, caratterizzata da interventi di ampio respiro che vedono nella direttiva 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, la c.d. direttiva *enforcement*, una decisiva conferma.

Prima di prendere in esame tutti questi strumenti di diritto derivato è indispensabile mettere in luce che nonostante sia mutato, nel corso degli anni, il modo di realizzare un disciplina armonica, rimane insormontabile l'ostacolo rappresentato dalla natura territoriale dei diritti degli autori e dei diritti connessi, storicamente consacrato dall'art. 5, par. 2 della Convenzione di Berna³³ e confermato anche

³² La durata della protezione riconosciuta all'autore è stata disciplinata in primo luogo dalla direttiva 93/98/CE riguardante l'armonizzazione della durata della protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi, abrogata dalla successiva direttiva 2006/116/CE, di recente integrata dalla direttiva 2011/77/UE (GUUE, L 265, del 11 ottobre 2011).

³³ Il rilievo conferitole dal diritto comunitario ha portato una parte della dottrina italiana a desumere una sua "comunitarizzazione", M. BERTANI, *Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche*, cit., 1401.

dalla giurisprudenza comunitaria³⁴. Proprio la mancanza di una presa di posizione da parte del legislatore europeo verso la questione della territorialità sembra essere il vero tallone d'Achille dell'attività normativa realizzatasi a livello sovranazionale³⁵.

5. LA DIRETTIVA 2001/29/CE SUL DIRITTO D'AUTORE NELLA SOCIETÀ DELL'INFORMAZIONE.

La Direttiva Infosoc³⁶ nasce con l'intento di regolare il fenomeno dell'ascesa del mondo digitale proponendo una serie di soluzioni capaci di resistere alla minaccia dell'obsolescenza. Ad onor del vero l'intervento normativo in esame non è figlio unicamente della volontà del legislatore comunitario: la direttiva recepisce e dà attuazione agli obblighi internazionali sorti in seguito all'adozione di due trattati internazionali, segnatamente il *Copyright Treaty* ed il *Performances and Phonograms Treaty* entrambi adottati in seno alla *World Intellectual Property Organization* nel 1996³⁷. Inoltre gli obiettivi perseguiti trovavano sostegno nella strategia elaborata con il Libro Verde "Il

³⁴ Sentenza Lagardère Active Broadcast/SPRE e a., C-192/04, del 14 luglio 2005, in *Racc.* 2005 I-07199 ss; nonché la più recente Peter Pinckney/KDG Mediatech AG, C-170/12, del 3 ottobre 2013, al momento inedita.

³⁵ P. BERNT HUGENHOLTZ, *Copyright without frontiers: the problem of territoriality in European copyright law*, in *Research Handbook on the future of EU copyright* (a cura di E. Derclaye), Cheltenham 2009, 17 ss. L'a. ravvisa un errore di fondo nell'attenzione delle istituzioni - *rectius* della Commissione - verso l'armonizzazione del copyright: l'obiettivo di eliminare le disparità tra gli ordinamenti nazionali risulta essere fortemente compromesso dal persistere della logica territoriale che limita la potenzialità dello strumento della direttiva.

³⁶ Direttiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 22 maggio 2001 sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, in *GUCE*, L 167, del 22 maggio 2001.

³⁷ V. retro Cap. 1 § 11.

diritto d'autore e i diritti connessi nella società dell'informazione" del 19 luglio 1995, COM (95) 382 def.

L'esame dei considerando permette di identificare gli obiettivi perseguiti, che trovano nella realizzazione del mercato unico il loro minimo comune denominatore.

In primo luogo vi è la ferma volontà di supportare le esigenze dei creatori, fuori dal contesto analogico, realizzando un quadro giuridico più omogeneo - attento sia alle opportunità che alle minacce insiste nel progresso tecnologico - e capace di generare un maggior livello di certezza del diritto, nonché di innalzare il livello di protezione della proprietà intellettuale (considerando nn. 4, 6, 9). Così facendo si creano le basi per attrarre maggiori investimenti nell'attività di imprese creative ed innovatrici, prodromici al consolidamento di un mercato europeo di nuovi prodotti e servizi (considerando nn. 2, 4, 11).

L'armonizzazione realizzata coinvolge essenzialmente i diritti patrimoniali³⁸ riconosciuti agli autori, cercando di adattarli ai caratteri della società dell'informazione e, in particolare, alle modalità di fruizione *on-line*.

L'art. 2 della direttiva disciplina il diritto di riproduzione, prevedendo che gli Stati membri riconoscano agli autori e ai titolari di diritti connessi "il diritto esclusivo di autorizzare o vietare la riproduzione diretta o indiretta, temporanea o permanente, in qualunque modo o forma, in tutto o in parte" delle loro opere,

³⁸ In arg. la dottrina è solita ravvisare una *summa divisio* tra i diritti esclusivi di ordine patrimoniale, che contrappone il diritto di riproduzione e di distribuzione (aventi ad oggetto la duplicazione delle opere su supporti materiali e la loro diffusione nel mercato) e il diritto di comunicazione al pubblico (che comporta la diffusione dell'opera per il tramite di una gamma variegata di servizi). *Amplius*, P. AUTERI, in AA. VV., *Diritto industriale*, cit., 613 ss.

fissazioni delle loro prestazioni artistiche, e loro riproduzioni fonografiche, le prime fissazioni di una pellicola, per quanto riguarda l'originale e le copie delle loro pellicole, nonché agli organismi di diffusione radiotelevisiva, per quanto riguarda le fissazioni delle loro trasmissioni, siano esse effettuate su filo o via etere, comprese le trasmissioni via cavo o via satellite. Per comprendere pienamente la portata del diritto in questione è necessario coordinare la disposizione dell'art. 2 con le eccezioni e le limitazioni imposte dall'art. 5, che ridefinisce il sistema di quelle che un tempo erano definite libere utilizzazioni adattandole al contesto digitale. Accanto alle eccezioni al diritto di riproduzione obbligatorie – connotate dall'assenza di un rilievo economico e pertanto prive di un disvalore per gli interessi dell'autore – previste dall'art. 5, par. 1, e alle limitazioni dirette ad assolvere una funzione pubblica – ad esempio dirette ad un suo didattico o di ricerca scientifica, o legate all'esercizio del diritto di cronaca³⁹ – ex art. 5 par. 3, viene introdotta la figura dell'equo compenso⁴⁰.

³⁹ V. *amplius*, con riferimento al recepimento di queste disposizioni nell'ordinamento italiano, V. M. DE SANCTIS, *Il diritto d'autore - Del diritto di autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche*, Milano 2012, 169 ss.

⁴⁰ La figura dell'equo compenso rappresenta l'emolumento da corrispondere agli autori a fronte di una riproduzione privata per uso personale – la c.d. copia privata – di una loro opera dell'ingegno. La misura è demandata alle legislazioni nazionali, lasciando quindi in una materia molto delicata – direttamente funzionale alla remunerazione del fattore creatività - ampia discrezionalità. La questione è stata affrontata da alcune recenti sentenze della Corte di Lussemburgo, sent. Padawan SL/SGAE, C467/08, del 21 ottobre 2010 e sent. Stichting de ThuisKopie/Opus e altri, C462/09, 16 giugno 2011, entrambe in Nuova g. civ. comm. 2011, I, 1089 ss. con nota di C. PAGLIETTI, *L'equo compenso e la copia privata nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea*. Nelle pronunce in questione, riconoscendo la necessità di un'interpretazione comunitaria dell'istituto, viene esaminato anche il delicato tema del necessario collegamento funzionale tra l'applicazione del prelievo volto a corrispondere l'equo compenso e l'effettiva destinazione degli apparecchi e supporti tecnologici alla realizzazione di copie unicamente ad uso privato.

Si attribuito un diritto patrimoniale di estensione sconosciuta fin ad allora: si conferisce un'esclusiva che abbraccia non solo le opere ma anche le copie delle stesse. È interessante notare che, per addivenire ad un simile risultato, il legislatore europeo non ha elaborato una nuova definizione del diritto di riproduzione ma, al contrario, ha deciso di estendere all'intera famiglia delle opere dell'ingegno "tradizionali" situazioni giuridiche pensate inizialmente per regolare la gestione dei diritti riconosciuti al titolare di un *software* o di banche dati⁴¹. Infatti questa nuova veste del diritto di riproduzione richiama quanto già previsto dall'art. 4 della direttiva 91/250/CE in relazione ai programmi di elaborazione e dall'art. 5 della direttiva 96/9/CE sulle banche dati.

Un nuovo diritto patrimoniale viene poi previsto dall'art. 3 in base al quale “[g]li Stati membri riconoscono agli autori – e ai titolari di diritti connessi – il diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi comunicazione al pubblico, su filo o senza filo, delle loro opere, compresa la messa a disposizione del pubblico delle loro opere in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente”. Rispetto alla tradizionale figura della comunicazione al pubblico presente, si introduce il diritto di comunicazione ad un pubblico distante. Anche in relazione a questa situazione giuridica, l'introduzione di una disciplina armonizzata, applicabile a tutte le opere dell'intelletto, rappresenta un'estensione di diritti congegnati per stare al passo con l'evoluzione tecnologica. La struttura del diritto di comunicazione al pubblico, così come

⁴¹ S. GUIZZARDI, *op. cit.*, 819; R. ROMANO, *L'attuazione della direttiva sul diritto d'autore nella società dell'informazione*, in *Eur. d. priv.* 2003, 946; M.T. SCASSELLATI SFORZOLINI, *La direttiva comunitaria del 22 maggio 2001, n.29, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore nella società dell'informazione*, in *R. d. aut.* 2003, 67.

presentata all'art. 3, ricalca quanto disposto agli artt. 2 e 8 della direttiva 93/98/CEE sulla comunicazione satellitare e l'art. 5 della direttiva 96/9/CE sulle banche dati. Il richiamo a precedenti disposizioni non ha, tuttavia, superato le grandi difficoltà che si annidano nelle ricadute pratiche connesse alla definizione del concetto di pubblico, lasciando - anche in questo ambito - largo spazio alla discrezionalità degli Stati membri⁴².

Infine, l'art. 4 disciplina la versione armonizzata del diritto di distribuzione secondo cui "agli autori il diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi forma di distribuzione al pubblico dell'originale delle loro opere o di loro copie, attraverso la vendita o in altro modo". L'art. in questione poi prosegue introducendo una disposizione che tiene conto del principio dell'esaurimento e che ne armonizza la portata⁴³, prevedendo che "[i]l diritto di distribuzione dell'originale o di copie dell'opera non si esaurisce nella Comunità, tranne nel caso in cui la prima vendita o il primo altro trasferimento di proprietà nella Comunità di detto oggetto sia effettuata dal titolare del diritto o con il suo consenso".

⁴² Critiche nei confronti dell'assenza di una definizione di "pubblico", o di elementi minimi per la determinazione del numero di soggetti che ne integrano l'esistenza, sono sollevate da M.T. SCASSELLATI SFORZOLINI, op. cit., 68-70; R. ROMANO, op. cit., 953; e più di recente da G. COLANGELO, *La comunicazione al pubblico di opere protette dal diritto d'autore: la giurisprudenza comunitaria dopo il caso SCE*, in *Nuova g. civ. comm.* 2012, II, 525 ss.

⁴³ In tal senso S. GUIZZARDI, op. cit., 828.

6. LA DIRETTIVA 2004/48/CE SULL'ENFORCEMENT DEI DIRITTI DI PROPRIETÀ INTELLETTUALE.

Gli interventi realizzati dal legislatore europeo, fin qui succintamente analizzati, si pongono nell'ottica di una uniformazione del diritto sostanziale animata dall'intento di estendere il concetto di esclusiva oltre i suoi confini tradizionali, ammettendo così maggiori occasioni di guadagno per gli autori.

Rimanevano - e probabilmente rimangono tuttora - da temperare gli effetti legati al principio di territorialità che àncorano la disciplina degli strumenti di protezione alle disposizioni degli ordinamenti dei singoli Stati membri. Tra gli obiettivi perseguiti dalla direttiva sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, la c.d. direttiva *enforcement*⁴⁴, vi è quello di eliminare le disomogeneità a livello nazionale⁴⁵. Proprio su questo aspetto si puntava per sottolineare come l'attenzione degli *infringers* ne tenesse conto per pianificare strategie di produzione e di vendita entro i confini di quei Paesi meno

⁴⁴ Direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, in GUUE, L 157, del 30 aprile 2004. Per uno studio delle prime reazioni della dottrina italiana nei confronti del recepimento della direttiva, è essenziale il volume di L. NIVARRA, *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale. Profili sostanziali*, Milano 2005. Interessanti spunti di riflessione sono poi presenti in G. SAVORANI, *Diritto d'autore: rimedi civilistici dopo la direttiva enforcement*, in *Danno e resp.* 2007, 501 ss; G. DRAGOTTI, *L'attuazione delle direttive «enforcement»*, in *Riv. dir. ind.* 2006, II, p. 21 ss.; M. A. CARUSO, *Enforcement dei diritti della proprietà intellettuale e globalizzazione*, in *D. aut.* 2008, p. 181 ss.; B. CUNEGATTI, *Prime osservazioni sulla direttiva 2004/48/CE del 29 aprile 2004 « sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale »: come dovrà cambiare il diritto d'autore in ambito nazionale*, in *D. aut.* 2006, p. 169 ss.; M. TOGLIATTO, *Note a prima lettura sul Decreto di recepimento della Direttiva 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale*, in *Contratto e impr./Europ.*, 2006, p. 594 ss.

⁴⁵ Aspetto evidenziato in particolare da G. SAVORANI, *Diritto d'autore: rimedi civilistici dopo la direttiva enforcement*, cit., 501.

rigorosi verso la protezione dei diritti di privativa intellettuale⁴⁶. In particolar modo, il considerando n. 9 evidenzia come le disparità in termini di trattamento sia considerato un elemento fortemente penalizzate per l'intera azione comunitaria diretta ad armonizzare il diritto sostanziale della proprietà intellettuale e realizza una frammentazione del mercato interno.

Come nel caso della direttiva InfoSoc, anche con la direttiva in esame si sono implementate le disposizioni già previste dal diritto internazionale pattizio. Segnatamente, gli strumenti di tutela a cui si ispira sono frutto di una ponderata trasposizione di quanto previsto dal celebre Accordo TRIPs (*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*), adottato a Marrakech il 15 aprile 1994, che nella sua parte III elenca una serie di rimedi civili e amministrativi per spiegare azioni di difesa avverso i fenomeni di contraffazione⁴⁷. Il germogliare della produzione normativa comunitaria sulla falsa riga di quella internazionale pattizia non deve suggerire una superflua duplicazione

⁴⁶ Su questo elemento si concentra l'attenzione della Commissione nella relazione che accompagna la proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alle misure e alle procedure volte ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale del 30 gennaio 2003. Critici nei confronti di questa enfasi nei confronti dello sfruttamento dei vantaggi giuridici derivanti dalle differenze giuridiche tra Stati membri, W. CORNISH, J. DREXEL, R. HILTY, A. KUR, *Procedures and remedies for enforcing IPRs: the European Commission's proposed directive*, in *Eur. IP Rev.* 2003, 447 ss.; C.H. MASSA, A. STROWEL, *The Scope of the Proposed IP Enforcement directive: torn between the desire to harmonise remedies and the need to combat piracy*, in *Eur. IP Rev.* 2004, 244, secondo i quali il crescente fenomeno della pirateria è un derivato della debolezza delle risorse locali volte a sostenere i titolari di diritti di privativa e ottimizzare i poteri delle autorità di vigilanza.

⁴⁷ In generale sulla portata dell'Accordo TRIPs, si rinvia a G. MORGESE, *L'accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (TRIPs)*, cit., *passim*. L'impatto dei rimedi sugli istituti classici del diritto civile è stato profeticamente enfatizzato, seppur con riferimento solo alla misura della restituzione dei profitti, da A. NICOLUSSI, *Proprietà intellettuale e arricchimento ingiustificato: la restituzione degli utili nell'art. 45 TRIPs*, in *Eur. d. priv.* 2003, 1003 ss.

di regole, come potrebbe indurre a pensare dall'adesione all'accordo TRIPs sia da parte della Comunità Europea che degli Stati membri⁴⁸.

È possibile ravvisare nella redazione di una direttiva volta a regolare gli strumenti di diritto civile a protezione della proprietà intellettuale una scelta che trova conforto in ragioni, squisitamente giuridiche, emerse in alcune pronunce dalla Corte di Giustizia.

Ci si riferisce, in particolare, all'opportunità di sopperire all'assenza di effetto diretto⁴⁹ delle disposizioni contenute nell'Accordo di Marrakech e alla conseguente necessità di introdurre, in tutti gli Stati membri, rimedi connotati da una forte ispirazione TRIPs ma, al contempo, capaci di presentare caratteri maggiormente protettivi⁵⁰ e

⁴⁸ Sul punto v. parere della Corte di Giustizia n. 1 del 15 novembre 1994 in Racc. 1994, I-5296 ss., con cui viene riconosciuta l'esistenza di una competenza congiunta della Comunità Europea e degli Stati membri per la conclusione dell'accordo TRIPs. L'adozione del Trattato di Lisbona ha, tuttavia, ridefinito gli equilibri che governano la materia della politica commerciale comune, a cui afferiscono anche le questioni affrontate dall'Accordo TRIPs, riconoscendo la stessa tra le materie di competenza esclusiva dell'Unione come ha sottolineato la Corte di Giustizia nella recente sentenza Daiichi Sankyo Co. e a./DEMO Anonymos, C-414/11, del 18 luglio 2013, al momento ancora inedita.

⁴⁹ I giudici del Lussemburgo, dichiarando la carenza di effetto diretto per le disposizioni dell'accordo TRIPs, hanno rimarcato la loro inidoneità a creare in capo ai singoli diritti invocabili direttamente dinanzi al giudice nazionale. Tuttavia, qualora alle autorità giudiziarie sia richiesta l'irrogazione di una sanzione, disciplinata dal diritto interno, volta a disporre provvedimenti a tutela dei diritti di proprietà intellettuale dovranno operare un'interpretazione delle norme nazionali ispirata alla corrispondente prevista dall'accordo TRIPs. Sul punto, sent. Schieving-Nijstad vof e a./Groeneveld del 13 settembre 2001, C-89/99, in Racc. 2001 I - 5874 ss.; sent. Parfums Christian Dior/Tuk Consultancy e a. del 14 dicembre 2000, cause riunite C-300/98 e C-392/98, in Racc. 2000 I-11307 ss.; sent. Hermès International/FHT Marketing Choice del 16 giugno 1998, C-53/96, in Racc. 1998 I - 3637 ss. Aderisce, invece, ad una visione *self executing* basata sul riconoscimento di valore "semicomunitario" alle disposizioni TRIPs, G. GITTI, *Il «possesso di beni immateriali» e la riversione dei frutti*, in AIDA 2000, 172, nt. 73.

⁵⁰ Ci si riferisce alle cc.dd. misure TRIPs plus cfr. D. ELLARD, *The EU's IPR Enforcement Directive*, in *Computer Law Rev.* 2004, 66-67.

idonei ad integrare una gamma di strumenti di tutela di connotazione europeista.

Con i suoi 22 articoli la direttiva del 2004 introduce nuovi rimedi di carattere sostanziale e processuale, alcuni dei quali fino ad allora sconosciuti alla maggior parte degli Stati membri⁵¹.

Gli strumenti previsti - e introdotti in Italia con il D. lgs. n. 140 del 2006 che ha modificato le disposizioni della L. n. 633 del 1941 - possono essere suddivisi tra misure reali e personali, secondo la classificazione dei rimedi che l'analisi economica del diritto ha offerto alle nuove generazioni di giuristi⁵². Appartengono alle misure reali, rappresentato dunque dagli strumenti ascrivibili alla categoria delle

⁵¹ Sul punto, v. le riflessioni di L. NIVARRA, *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale dopo la direttiva 2004/48/CE*, in *R. d. ind.* 2005, I, 33, nt.1 secondo cui, per un'interessante coincidenza, l'adozione della direttiva sulla tutela dei diritti di proprietà intellettuale coincide con l'ingresso di un gruppo corposo di nuovi Stati membri, tra i quali non si riveniva un'attenzione verso la protezione dei diritti sui beni immateriali.

⁵² Si rinvia al noto saggio di G. CALABRESI, A.D. MELAMED, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, in *Harvard Law Rev.* 1972, vol. 85, 1089 ss. Quanto alla trasposizione di queste qualificazioni nell'ordinamento italiano, *ex pluribus* A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano 2003, in part. 92 ss. ove si individua l'elemento differenziale tra le due tipologie di tutela, rappresentato dalla finalità della regola di protezione. In particolare, sostiene l'a., qualora uno strumento sia posto a presidio di un diritto al fine di consentire al titolare di fruire di particolari utilità, impedendo ad altri di goderne in difetto del suo consenso, si avrà una regola di proprietà; diversamente, nel caso in cui una disposizione miri a indennizzare il titolare di un diritto per la lesione dello stesso, si integreranno gli estremi di una misura di responsabilità.

property rules, l'inibitoria⁵³, la penalità di mora⁵⁴, la distruzione dei prodotti contraffatti, l'assegnazione in proprietà⁵⁵ e la controversa

⁵³ Prevista dall'art. 44 TRIPs e art. 11 della direttiva *enforcement*. Sull'incisività dell'azione inibitoria nel generale contesto della lotta alla contraffazione, cfr. S. SANDRI, *La nuova disciplina della proprietà intellettuale dopo i GATT-TRIPs*, Padova 1999, 205 ss.; G. FLORIDIA, *Tutela giurisdizionale dei diritti di proprietà intellettuale*, in AA. VV., *Proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., 619 ss. P. AUTERI, *Le tutele reali*, in *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale*, cit., 17 ss.; M. RICOLFI, *Le misure compulsorie*, ivi, 93 ss.; L. NIVARRA, *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale dopo la direttiva 2004/48/CE*, cit., 35 ss.; A.M. ROVATI, *Le sanzioni*, in *La proprietà intellettuale*, (a cura di L.C. UBERTAZZI), cit., 446 ss.;

⁵⁴ Il percorso dottrinale relativo all'importa della penalità di mora nel panorama dottrinale industrialistico è ripercorsa da A. VANZETTI, *Contributo allo studio delle misure coercitive e delle sanzioni civili nel diritto industriale: i profili processuali dell'art. 124 c.p.i.*, in *Riv. dir. ind.* 2010, I, 27 ss.; B. CHIAVEGATTI, *Le penalità di mora ex art. 124 C.P.I. come misura di rafforzamento dell'inibitoria*, in *Riv. dir. ind.* 2007, I, 1 ss.; con specifico riferimento al diritto d'autore, C. E. MAYR, *Le penalità di mora nel diritto d'autore*, in *Contr. impr.* 2001, I, 268 ss.; mentre con riguardo all'incidenza dell'art. 11 della direttiva 48/2004/CE nella parte in cui prevede una pena pecuniaria contro l'inottemperanza ad un'ingiunzione, M.S. SPOLIDORO, *Le sanzioni civili nella bozza di codice della proprietà industriale*, in L.C. UBERTAZZI, *Il codice della proprietà industriale*, Milano 2004, 148 ss.

⁵⁵ Entrambe ricomprese nella sottocategoria delle c.d. misure correttive, di cui agli artt. 46 TRIPs e 10 direttiva *enforcement*. Sulla genesi di questi rimedi, A.M. ROVATI, *Le sanzioni*, in *La proprietà intellettuale*, cit., 448 ss.; quanto al loro impatto nell'ordinamento processuale interno e sull'indispensabile coordinamento con l'art. 111 c.p.c., P. AUTERI, *Le tutele reali*, in *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale*, cit. 17 ss., che abbraccia le intuizioni già avanzate da M. LAMANDINI, *La restitutio in integrum nel diritto di proprietà intellettuale: la rimozione e la distruzione*, in *AIDA* 2000, 74 ss.

misura della restituzione degli utili⁵⁶ realizzati dall'utilizzo abusivo dei beni immateriali⁵⁷. Si inseriscono invece nell'opposta categoria

⁵⁶ Prevista espressamente dal legislatore italiano solo per la materia industrialistica, contenuta nel c.d. Codice della proprietà industriale (D. Lgs. n. 30/2005, di seguito c.p.i.), all'art. 125, sul punto C. GALLI, *Risarcimento del danno e retroversione degli utili: le diverse voci di danno*, in *Dir. ind.* 2012, 109 ss.; G. FLORIDIA, *Risarcimento del danno e reversione degli utili nella disciplina della proprietà industriale*, in *Dir. ind.* 2012, 5 ss.; A. VANZETTI, *La "restituzione" degli utili di cui all'art. 125, n.3, C.p.i. nel diritto dei marchi*, in *Dir. ind.* 2006, 323 ss; P. SIRENA, *La restituzione del profitto ingiustificato (nel diritto industriale italiano)*, in *Riv. dir. civ.* 2006, 305 ss.; R. PARDOLESI, *La retroversione degli utili nel nuovo Codice dei diritti di proprietà industriale*, in *Dir. ind.* 2005, 37 ss.; M. BARBUTO, *Il risarcimento dei danni da contraffazione di brevetto e la restituzione degli utili*, in *Riv. dir. ind.* 2007, I, 172 ss. Per una disamina delle pronunce che analizzano il regime applicativo dell'art. 125 c.p.i., cfr. Trib. Genova 23 febbraio 2011, in *La resp. civ.* 2012, p. 900 ss. con nota di A. THIENE, *Da Marrakech a Genova: l'art. 125 c.p.i. al vaglio delle Corti*; in *Danno e resp.* 2012, p. 788 ss., con commento di P. PARDOLESI, *Retroversione degli utili da uso illecito di marchio registrato: come si applica, come si quantifica*. Quanto alle precedenti applicazioni giurisprudenziali dell'art. 125 c.p.i., caratterizzate da un generale diniego della lettura restitutoria della norma, ravvisavano negli utili conseguiti dall'infranger un parametro per la valutazione del lucro cessante: Trib. Roma 18 agosto 2008; Trib. Roma 8 gennaio 2009; Trib. Roma 5 agosto 2009, tutte analizzate in D. SCHIESARO, *Danni e restituzioni nella violazione della proprietà intellettuale*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2012, II, p. 808 ss. Per confrontarsi con un'interessante rassegna di alcune decisioni - per lo più inedite - della sezione specializzata in IP del Tribunale di Venezia v. N. ROMANATO, *Danno, Arricchimento ingiustificato, arricchimento ingiusto nell'art. 125 c.p.i.*, in *R. d. ind.*, 2013, I, p. 23 ss,

⁵⁷ Essenziale l'analisi degli strumenti di *enforcement*, secondo la logica dell'analisi economica del diritto, effettuata da L. NIVARRA, *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale dopo la direttiva 2004/48/CE*, cit., 33 ss. e da P. AUTERI, *Le tutele reali, in L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale: profili sostanziali e processuali*, (a cura di L. Nivarra), Milano 2005, 11 ss.

delle *liability rules*, il risarcimento del danno⁵⁸ e l'istituto delle misure alternative⁵⁹.

Quanto al versante delle innovazioni di natura processuale, il recepimento della direttiva *enforcement* ha generato un sensibile miglioramento delle tecniche di acquisizione probatoria legate all'istituto della *discovery* anglossassone, soprattutto nel campo dei

⁵⁸ La figura del risarcimento del danno derivante dalla lesione di un diritto di privativa intellettuale e il suo rapporto con la retroversione degli utili sono al centro di un continuo dibattito dottrinale, su cui v. per tutti A. THIENE, *La tutela della personalità dal neminem laedere al suum cuique tribuere*, in *Riv. dir. civ.* 2014, 351 ss., a cui si fa rinvio per i numerosi riferimenti bibliografici. Le origini dell'interesse dottrinale verso questo tema si rinvergono nelle aule universitarie, ed in particolare nella relazione di C. CASTRONOVO, *La violazione della proprietà intellettuale come lesione del potere di disposizione. Dal danno all'arricchimento*, poi pubblicata in *Dir. ind.* 2003, p. 12 ss. I diversi aspetti legati alla necessità di una rivisitazione delle disposizioni in materia di risarcimento del danno, con specifica attenzione alla poco celebrata figura dell'arricchimento senza causa (istituto che sembra governare la misura della restituzione degli utili) sono, poi, stati oggetto di un famoso convegno (i cui atti sono stati in seguito pubblicati, AA.VV., *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale e da lesione della proprietà intellettuale*, Atti del Convegno organizzato dalla Società italiana per lo studio della proprietà intellettuale (SISPI), Castel Gandolfo, 20-22 marzo 2003, Milano 2004) durante il quale emergeva un generale senso di insoddisfazione verso la logica meramente compensativa che caratterizza il rimedio risarcitorio, aspetto su cui in più battute si è soffermata la dottrina, ed in part. da C. CASTRONOVO, *La violazione della proprietà intellettuale come lesione del potere di disposizione. Dal danno all'arricchimento*, cit., p. 7 ss.; G. FLORIDIA, *Risarcimento del danno e retroversione degli utili nella disciplina della proprietà industriale*, in *Dir. ind.* 2012, 11 ss.; A. NICOLUSSI, *Proprietà intellettuale e arricchimento ingiustificato: la restituzione dei profitti nell'art. 45 TRIPs*, in *Europ. d. priv.* 2002, p. 1003 ss.; A. PLAIA, *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, Torino 2005, p. 172 ss.; ID., *La violazione della proprietà intellettuale tra risarcimento e restituzione*, cit., p. 1021; O. TROIANO, *La tutela del diritto d'autore attraverso la disciplina dell'arricchimento ingiustificato*, in *AIDA* 2000, p. 207; L. NIVARRA, *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale dopo la Direttiva 2004/48/CE*, cit., p. 33 ss.

⁵⁹ Previste dall'art. 12 della direttiva *enforcement* ma non disciplinate espressamente dalle disposizioni del trattato TRIPs, come nota A.M. ROVATI, *Le sanzioni*, in *La proprietà intellettuale*, cit., 452 ss. Quanto alla loro rilevanza per il rafforzamento della protezione dei diritti di proprietà intellettuale, D. SARTI, *Il terzo e la contraffazione: profili civilistici*, in *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale*, cit., 130 ss.; nonché C. CAMARDI, *Le cosiddette "misure alternative" (art. 12 Direttiva CE 2004/48 del 29 aprile 2004)*, ivi, 41 ss.

diritti sulle opere dell'ingegno che, fino ad allora, non conoscevano simili strumenti di tutela⁶⁰.

Non potendo in questa sede esaminare i vari aspetti connessi al nuovo apparato di *enforcement* realizzato con l'implementazione della direttiva *de qua*⁶¹, ci si soffermerà brevemente sulla misura del c.d. diritto di informazione, oggetto di disamina nel prossimo capitolo.

Le riflessioni che seguono prestano volontariamente il fianco alla disamina della dimensione "costituzionale" dei diritti sulle opere dell'ingegno, aspetto che la copiosa giurisprudenza nazionale e comunitaria ha chiarito, in particolar modo, affrontando la spinosa questione relativa alla responsabilità degli *internet providers*.

⁶⁰ Sul punto, A. GIUSSANI, *La disciplina comunitaria della tutela giurisdizionale della proprietà intellettuale*, in Aa. Vv., *La Proprietà Intellettuale* (a cura di L.C. UBERTAZZI), in *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, diretto da AJANI - BENACCHIO, Torino 2011, 463 ss. Quanto alle riflessioni dottrinali in merito all'incidenza dell'istituto sull'ordinamento interno, cfr. G. FLORIDIA, *Il riassetto della proprietà industriale*, Milano 2006, 497 ss; R. BICHI, *I nuovi poteri di indagine nei giudizi per contraffazione: gli artt. 77 l.i. e 58 bis l.m.*, in *R. d. ind.* 1997, I, 207 ss.; L.P. COMOGLIO, *Istruzione e discovery nei giudizi in materia di proprietà industriale*, in *AIDA* 2000, 282 ss., A. GENOVESE, *Le presunzioni*, *AIDA* 2006, 318 ss.

⁶¹ Per una esaustiva disamina degli strumenti coinvolti dalle disposizioni della direttiva 2004/48/CE si rinvia a AA. Vv., *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale: profili sostanziali e processuali*, cit., *passim*; in relazione alle modifiche apportate alla disciplina italiana in materia di diritto d'autore, v. i commenti di G. DI FAZZIO (artt. 156-157); A.M. ROVATI (artt. 158-160, 166, 168-170); L. PASSANANTE (artt. 161-165); A. TOSATO (art. 167), in *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, cit.

In armonia con il dettato dell'art. 8⁶² della direttiva *enforcement*, il titolare del diritto di privativa lesa, qualora la violazione sia stata commessa su scala commerciale⁶³, può richiedere all'autorità giudiziaria l'emanazione di un provvedimento volto ad ottenere informazioni sull'origine e sulla rete di distribuzione del materiale

⁶² Art. 8: *Diritto d'informazione* - 1. Gli Stati membri assicurano che, nel contesto dei procedimenti riguardanti la violazione di un diritto di proprietà intellettuale e in risposta a una richiesta giustificata e proporzionata del richiedente, l'autorità giudiziaria competente possa ordinare che le informazioni sull'origine e sulle reti di distribuzione di merci o di prestazione di servizi che violano un diritto di proprietà intellettuale siano fornite dall'autore della violazione e/o da ogni altra persona che: a) sia stata trovata in possesso di merci oggetto di violazione di un diritto, su scala commerciale; b) sia stata sorpresa a utilizzare servizi oggetto di violazione di un diritto, su scala commerciale; c) sia stata sorpresa a fornire su scala commerciale servizi utilizzati in attività di violazione di un diritto; oppure d) sia stata indicata dai soggetti di cui alle lettere a), b) o c) come persona implicata nella produzione, fabbricazione o distribuzione di tali prodotti o nella fornitura di tali servizi. 2. Le informazioni di cui al paragrafo 1 comprendono, ove opportuno, quanto segue: a) nome e indirizzo dei produttori, dei fabbricanti, dei distributori, dei fornitori e degli altri precedenti detentori dei prodotti o dei servizi, nonché dei grossisti e dei dettaglianti; b) informazioni sulle quantità prodotte, fabbricate, consegnate, ricevute o ordinate, nonché sul prezzo spuntato per i prodotti o i servizi in questione. 3. I paragrafi 1 e 2 si applicano fatte salve le altre disposizioni regolamentari che: a) accordano al titolare diritti d'informazione più ampi; b) disciplinano l'uso in sede civile o penale delle informazioni comunicate in virtù del presente articolo; c) disciplinano la responsabilità per abuso del diritto d'informazione; d) accordano la possibilità di rifiutarsi di fornire informazioni che costringerebbero i soggetti di cui al paragrafo 1 ad ammettere la sua partecipazione personale o quella di parenti stretti ad una violazione di un diritto di proprietà intellettuale, oppure e) disciplinano la protezione o la riservatezza delle fonti informative o il trattamento di dati personali.

⁶³ Il legislatore italiano ha tuttavia evitato qualsivoglia riferimento al contesto commerciale delle violazioni.

contraffatto. L'estensione di questo diritto⁶⁴ è particolarmente significativa, potendosi attivare - per il tramite di un apposito giudizio definito di astensione⁶⁵ - anche nei confronti di soggetti non coinvolti dal procedimento pendente per la lesione del diritto di privativa. Il ruolo centrale, in questo delicato equilibrio tra interessi differenti, è ricoperto dall'autorità giudiziaria: il legislatore italiano decidendo di non introdurre il par. 3 dell'art. 8, disposizione a cui si conferisce valore *self-executing*⁶⁶, ha tuttavia posto in capo al giudice il compito di individuare i limiti oltre i quali non sia possibile dare corso a provvedimenti relativi alla comunicazione delle informazioni circa il circuito distributivo collegato all'attività lesiva.

Uno di questi limiti è rappresentato dal rispetto del diritto alla riservatezza, comprensivo del generale obbligo di tutela di tutte le informazioni considerate riservate in quanto attinenti alla sfera personale dei soggetti coinvolti - in via diretta o indiretta - nell'attività di contraffazione. Proprio con riguardo al rispetto della *privacy* è possibile comprendere il reale valore attribuibile al diritto d'autore all'interno dei diritti inviolabili dell'uomo.

⁶⁴ La natura del diritto di informazione è particolarmente controversa, proprio in virtù del necessario intervento dell'autorità giudiziaria per la sua concretizzazione, al punto che si è sostenuto che il diritto in questione possa assumere portata sostanziale ma anche natura processuale, v. *amplius* A. GIUSSANI, *La disciplina comunitaria della tutela giurisdizionale della proprietà intellettuale*, cit. 469-470 secondo il quale il legislatore italiano ha optato per la configurazione processuale del diritto. Di particolare interesse le riflessioni di G. FLORIDIA, *Il diritto all'informazione*, in *AIDA* 2006, 236 ss. e in part. 243 ove ravvisa nell'art. 8 della direttiva *enforcement* uno strumento capace sia di integrare gli estremi dei cc.dd. diritti processuali (nel caso in cui l'istanza volta ad ottenere le informazioni sia diretta nei confronti della controparte in un giudizio in corso), sia un diritto sostanziale (qualora l'ordine del giudice sia rivolto verso soggetti estranei al procedimento in corso).

⁶⁵ G. FLORIDIA, *ibidem*.

⁶⁶ G. FLORIDIA, *Il diritto all'informazione*, cit., 244.

5. IL DIRITTO D'AUTORE E L'ODIERNO APPROCCIO EUROPEO.

La ricognizione dei principali interventi operati dalla legislazione europea in materia di diritto d'autore con riferimento alle questioni che maggiormente inficiano la sua tutela nella dimensione digitale impone, ora, di avviare una riflessione in merito alla sua collocazione nella gerarchia delle fonti.

Quest'operazione prende necessariamente avvio dalla valorizzazione che l'art. 17, par. 2 della Carta di Nizza assegna alla proprietà intellettuale, riconoscendone una necessaria tutela⁶⁷.

Il ruolo ricoperto dal diritto d'autore può essere compreso solo dopo aver valutato il ruolo assegnato alla Carta europea dei diritti fondamentali in sintonia con il nuovo valore cogente che le riconosce il Trattato di Lisbona. Nata come "*mero archivio di diritti già raggiunti e fruibili*"⁶⁸ il suo volto è mutato, al punto che in essa si rinviene uno strumento non solo con valore ermeneutico, ma soprattutto una fonte

⁶⁷ Sul valore di questa disposizione e il preliminare esame delle principali questioni ermeneutiche connesse al suo coordinamento con la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, su cui v. retro Cap. I, § 11, essenziali le osservazioni di R. MASTROIANNI, *Proprietà intellettuale e costituzioni europee*, in *AIDA*, 2005, 16 ss.; G. RESTA, *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, in *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, a cura di G. RESTA, Torino 2010, 18 ss.

⁶⁸ Riconosce questa iniziale funzione alla Carta di Nizza, E. FALLETTI, voce *Carta di Nizza (Carta europea dei diritti fondamentali)*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, Torino 2009, 73 ss. L'autrice, realizzata una prima valutazione del contesto storico-giuridico in cui si inserisce il catalogo dei diritti, ne ricostruisce con attenzione il contenuto valutandone le incidenze anche sul diritto interno. L'importanza della Carta si è fatta via via crescente, come dimostra il dibattito - sempre vivace - relativo alla sua influenza sui diritti e le libertà tradizionalmente riconosciuti dagli Stati membri, su questo tema si rinvia a S. RODOTA, *Nel silenzio della politica, i giudici fanno l'Europa*, in *La carta e le corti. I diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello* (a cura di BRONZINI - PICCONE), Roma 2007, 23 ss.

di diritti per i singoli (e doveri per gli Stati membri) di primaria importanza⁶⁹.

Per di più, il suo carattere vincolante ha inciso sensibilmente sul modo con cui si deve intendere l'approccio dell'Unione Europea verso i diritti da tutelare, assistendo ad un passaggio da una strategia essenzialmente legata allo sviluppo del mercato ad una - decisamente più ampia e omnicomprensiva - volta a realizzare un armonico sviluppo dei diritti fondamentali⁷⁰.

In questo quadro si possono inserire le valutazioni in merito al ruolo ricoperto dal diritto d'autore.

Un primo dato certo è il suo riconoscimento nel novero dei diritti fondamentali, confermata sia dal dato letterale che da diverse pronunce della Corte di Lussemburgo⁷¹.

⁶⁹ In relazione alla collocazione della Carta di Nizza nel quadro delle fonti, si propende oramai per una sua posizione apicale, superiore a quella ricoperta dai diritti fondamentali derivanti dalla CEDU e dalle cc.dd. tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, ai quali si assegna una posizione intermedia tra il diritto primario e quello derivato, cfr. L. TOMASI, *Il dialogo tra Corti di Lussemburgo e di Strasburgo in materia di diritti fondamentali dopo il Trattato di Lisbona*, in M. C. BARUFFI, *Dalla Costituzione europea al Trattato di Lisbona*, Padova 2008, 165 ss.

⁷⁰ Questo cambio di rotta è stato descritto come il passaggio da una visione "market oriented" ad una "right based", cfr. C. PERFUMI, *Riflessioni per una chiave di lettura del fenomeno di costituzionalizzazione del diritto privato in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.* 2008, 639 ss.

⁷¹ Con riguardo alla natura di diritto fondamentale del diritto d'autore, per le decisioni "comunitarie" a cui attingere v. Corte di Giustizia, 29 gennaio 2008, C-275/06 in *AIDA* 2008, 427 ss. con nota di D. SARTI, *Privacy e proprietà intellettuale: la Corte di giustizia in mezzo al guado*; Corte di Giustizia, ord. 19 febbraio 2009, C-557/07 in *AIDA* 2009, 398 ss. con annotazioni di P. GALLO; Corte di Giustizia, 19 aprile 2012, C-461/10 in *Il dir. ind.* 2012, 535 ss., con nota di P. LEARDI, *Diritto di informazione e tutela dei dati personali in una recente pronuncia della Corte di Giustizia*. La loro disamina verrà compiuta nel prossimo capitolo, mettendo in rilievo il controverso aspetto del bilanciamento tra diritti fondamentali, segnatamente la tutela del diritto d'autore e il diritto al trattamento dei dati personali.

L'aspetto che tuttavia sembra ancora non emergere è legato all'autonomia concettuale di un generale diritto fondamentale di proprietà intellettuale, all'interno del quale riconoscere anche il diritto d'autore⁷². In special modo, rimangono ancora vive, con gli opportuni rimaneggiamenti, le ricostruzioni dottrinali che avevano sostenuto l'emergere di diritti sulle opere dell'ingegno, cercandone giustificazione nel diritto del lavoro, nella tutela della libertà di espressione o nel più variegato tracciato dei diritti della personalità⁷³.

Le ritrosie verso l'assegnazione al diritto d'autore dello spessore di diritto fondamentale autonomo sono spiegabili prendendo in esame i dubbi che parte della dottrina ha sollevato mentre si profilavano nuove situazioni giuridiche tutelate al massimo livello. Ci si riferisce, in particolare, all'obiezione secondo cui l'avanzare di una nuova stagione di diritti presenterebbe il rischio di dilatare eccessivamente il concetto di diritto inviolabile, finendo così per minarne i profili di tutela⁷⁴. Questa impostazione, seppur autorevole e per alcuni tratti condivisibile, si pone in aperto contrasto con il ruolo che il nuovo sistema delle fonti europee rileva nella Carta di Nizza e nei diritti che essa protegge.

⁷² C. GEIGER, "Constitutionalising" Intellectual Property Law? The influence of fundamental rights on intellectual property in European Union, in IIC 2006, 371 ss.

⁷³ Ripercorsi nel Cap. 1 in riferimento all'emergere delle legislazioni nazionali in materia di proprietà letteraria.

⁷⁴ Questa è una delle osservazioni di M. CARTABIA, *Gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali, in Istituzioni pubbliche e garanzie del cittadino*, a cura di PERRONE, Milano 2009, 13 ss. L'autrice, molto attenta al tema dei diritti fondamentali e alla c.d. tutela multilivello, ricorda inoltre che il fenomeno della europeizzazione dei diritti fondamentali potrebbe sì giocare a favore di una crescente armonizzazione tra situazioni giuridiche essenziali per l'individuo, ma al tempo stesso andrebbe a svilire gli aspetti legati alla tradizione culturale di un paese.

Per dipanare ogni osservazione contraria all'autonomo riconoscimento del diritto d'autore quale diritto inviolabile, sarebbe auspicabile un intervento chiarificatore da parte dei giudici europei, capace di soffermarsi sull'essenza dei diritti riconosciuti agli autori e valorizzandone la dimensione morale.

CAPITOLO III

IL DIRITTO D'AUTORE NEL MONDO DIGITALE

SOMMARIO: 1. Premessa. *Sezione I.* 2. La principale ipotesi di conflitto: IP e *privacy*; 2.1. I rapporti tra IP e *privacy*; 2.2. L'assenza in capo agli Stati membri della previsione di un obbligo di comunicazione dei dati personali; 2.3. Il controverso obbligo ad un giusto bilanciamento tra diritti fondamentali; 2.4. L'assenza di una corretta valutazione del concetto di *privacy*; 2.5. La risoluzione del conflitto al vaglio dell'interprete nazionale: il caso italiano. *Sezione II.* 3. Il ruolo degli ISP negli illeciti *on-line*. 3.1. Il regime di (ir)responsabilità degli ISP nella direttiva 31/2000/CE sul commercio elettronico; 3.2. L'attività di *hosting*: la centralità delle pronunce della Corte di Giustizia; 3.3. ISP e bilanciamento di diritti fondamentali: l'impossibilità di istituire un filtro preventivo; 3.4. Riflessioni della dottrina italiana circa il regime europeo di responsabilità degli ISP; 3.5. L'*hosting* attivo nella giurisprudenza italiana; 3.6. Le misure di tutela contenute nel regolamento Agcom sul diritto d'autore.

1. PREMESSA.

Lo sviluppo e la crescita costante di attività realizzate (e realizzabili) tramite la rete internet - o, più in generale, tramite nuove tecnologie - solleva una serie di interrogativi che abbracciano i vari comparti del diritto positivo¹.

La materia della proprietà intellettuale, ed in particolar modo il diritto d'autore, non è rimasta scevra dalle nuove questioni legate all'affermazione del fenomeno digitale. Con riguardo al *copyright*, la dottrina è solita individuare essenzialmente un punto di rottura rispetto alla tradizionale disciplina dei diritti sulle opere dell'ingegno².

Infatti nonostante l'intera materia sia stata letta come branca del diritto che si appunta su beni immateriali, la rappresentazione e la per-

¹ Una prima ricognizione si rinviene in U. DRAETTA, *Internet e commercio elettronico, nel diritto internazionale dei privati*, Milano 2001, e in part. 128 ss.; AA. VV., *I problemi giuridici di internet. Dall'e-commerce all'e-business*, a cura di E. TOSI, Milano 2002, *passim*; e in AA. VV., *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, a cura di S. SICA E P. STANZIONE, Milano 2002, *passim*.

Per un esame di alcuni dei nodi da sciogliere inerenti all'affermazione della rete telematica e alla necessità di un coordinamento con gli istituti classici, cfr. *ex multis* A. THIENE, *L'inconsistente tutela dei minori nel mondo digitale*, in *Studium iuris* 2012, 528 e ss.; M. LEHMANN, A. DE FRANCESCHI, *Il commercio elettronico nell'Unione Europea e la nuova direttiva sui diritti dei consumatori*, in *Rass. dir. civ.* 2012, 419 ss.; F. DI CIOMMO, *Quello che il diritto non dice. Internet e oblio*, in *Danno e resp.* 2014, 1101 ss.; G. GIOIA, *Sulla distribuzione della competenza internazionale nelle liti da diffamazione tramite internet*, in *Riv. dir. proc.* 2012, 1317 ss.; C. PARODI, *VoIP, Skype e tecnologie d'intercettazione: quali risposte d'indagine per le nuove frontiere delle comunicazioni?*, in *Dir. pen. e proc.* 2008, 1308 ss.

La trasversalità di internet, in rapporto con le varie branche di un ordinamento giuridico, anima numerosi dibattiti che, sempre con maggior vigore, propongono un bilanciamento tra la protezione della libertà di informazione e manifestazione del pensiero (dunque diritti che si snodano essenzialmente in chiave costituzionale) e la tutela - sia in ottica civile che penale - della privativa posta alla base dei diritti di proprietà intellettuale. In questi termini F. MULLER, *La tutela del diritto di autore su internet*, in *Riv. dir. aut.* 2001, 348 ss.; D. CORAPI, *Questioni di intellectual property*, in AA. VV., *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, cit., 337 ss.

² Illuminanti le prime riflessioni della dottrina italiana sul punto, P. AUTERI, *Internet e il contenuto del diritto d'autore*, in *AIDA* 1996, 83 ss.; A. FRAGOLA, *Sui (non facili) rapporti tra internet e diritto d'autore*, in *Il dir. aut.* 1999, 12 ss.

cezione delle opere dell'ingegno è sempre stata accompagnata da supporti fisici, comunemente ricompresi nell'espressione *corpus mechanicum*³. Questo aspetto, ossia l'indispensabile presenza di un prodotto tangibile per la fruizione dell'opera, ha perso via via centralità⁴ mentre cresceva il fenomeno della digitalizzazione delle opere dell'intelletto, realizzate secondo la partizione in *bytes*.

La conversione in digitale delle opere⁵ ha portato, inevitabilmente, al venir meno dei connotati tradizionali dell'intera disciplina⁶. La ridefinizione della struttura "classica" del diritto d'autore ha avuto ricadute pratiche di non poco rilievo, *in primis* con riguardo ai modi di circolazione delle stesse e, di riflesso, sulle modalità di sfruttamento eco-

³ Su questo aspetto v. *retro* 1.1.

⁴ Così in G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, Milano 2008, 202 ss.; L. SCHIUMA, voce *Diritto d'autore e normativa europea*, in *Enc. Treccani XXI Secolo*, Roma 2009, 445 ss.; E. AREZZO, *Misure tecnologiche di protezione, software e interoperabilità nell'era digitale*, in *Il dir. aut.* 2010, 340 ss.

⁵ Che trova una sintesi nella nota metafora "*selling wine without bottles*" del giurista J. P. BARLOW, *Selling wine without bottles: the economy of the mind on the global net*, in *Wired* 2.03, 1994, 352 ss.

⁶ In questi termini D. CORAPI, *Questioni di intellectual property*, in AA. VV., *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, cit., 338. In arg. P. AUTERI, *Internet e il contenuto del diritto d'autore*, in *AIDA* 1996, 83 ss.; A. FRAGOLA, *Sui (non facili) rapporti tra internet e diritto d'autore*, in *Il dir. aut.* 1999, 12 ss.

nomico, quotidianamente in conflitto con i sistemi di condivisione e di riproduzione *on-line* di *files* protetti da privativa⁷.

Proprio in relazione alle nuove - e per certi versi incontrollabili - modalità di circolazione di opere dematerializzate nella rete, si rinven- gono i profili di maggior problematicità, su cui si è espressa la dot- trina e si è confrontata la giurisprudenza nazionale ed europea.

Ci si riferisce a due importanti temi legati alla diffusione, tramite reti *peer to peer* (P2P) e senza il consenso del titolare del diritto di priva- tiva, di opere multimediali.

Da un lato, dunque, ci si avvia ad affrontare il tema - quanto mai delicato alla luce del nuovo sistema delle fonti tratteggiatosi dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona - del conflitto tra la protezio- ne dei diritti sulle opere dell'intelletto e la tutela del diritto al tratta- mento dei dati personali gli *users* che scambiano *files* tramite appositi programmi di condivisione.

Intimamente connesso a questo primo livello di analisi, che con- trappone le esigenze dei titolari di un diritto di privativa e il rispetto del diritto alla *privacy* gli utenti, si pone la spinosa questione del con- corso dei fornitori di servizi di accesso alla rete, gli *Internet Service Pro-*

⁷ La necessità di una rivisitazione dei diritti esclusivi in ragione del fenomeno digitale e della dematerializzazione delle opere dell'ingegno viene esaminata e approfondita in R. ROMANO, *L'opera e l'esemplare nel diritto della proprietà intellettuale*, Padova 2001, 149 ss. Si osserva, in particolare, come lo scambio di *files* venga facilitato - ad esempio - dalla funzione di "inoltrò" o "*forward*" presente nei vari programmi per la posta elettronica, e al contempo genera una scomparsa della distinzione tra l'originale e la copia, cfr. anche U. DRAETTA, *Internet e commercio elettronico, nel diritto internazionale dei privati*, cit., 129; M. BARBARISI, *La tutela della proprietà intellettuale*, in AA. VV., *I problemi giuridici di internet. Dall'e-commerce all'e-business*, cit., 147 ss.

I problemi connessi alla circolazione delle opere on-line sono ripercorsi con dovizia di riferimenti bibliografici da M.L. MONTAGNANI, *Il diritto d'autore nell'era digitale. La di- stribuzione on-line delle opere dell'ingegno*, Milano 2012, 13 ss.; E. PROSPERETTI, *L'opera digitale tre regole e mercato*, Torino 2013, 27 ss.

viders, nella realizzazione di illeciti lesivi dei diritti sulle opere dell'ingegno diffuse in rete.

Sezione I

2. LA PRINCIPALE IPOTESI DI CONFLITTO: IP E PRIVACY

2.1. I RAPPORTI TRA IP E PRIVACY

Gli studi dei rapporti che intercorrono tra diritti di proprietà intellettuale e *privacy*⁸ hanno trovato, nelle recenti pronunce della Corte di Giustizia, l'occasione per una loro rivisitazione alla luce del fenomeno digitale. La miglior dottrina, animata dall'intento di comprendere la reale portata delle decisioni "comunitarie", ha evidenziato come tra diritti di proprietà intellettuale e il diritto alla *privacy* sussistano alcuni punti di contatto (9). In primo luogo, è ravvisabile una similitudine

⁸ Il tema era già stato affrontato dalla dottrina dedita al delicato problema dei diritti della personalità e del loro coordinamento con altre discipline. In part. A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Tratt. di diritto civ. e comm.*, a cura di CICU e MESSINEO, IV, Milano, Giuffrè, 1982, 283 ss. ove si evidenzia come la tutela del diritto all'immagine rappresenti una delle "varie manifestazioni positive del diritto alla riservatezza", e 351 ss. in tema di riservatezza epistolare e diritti di proprietà intellettuale sulla corrispondenza; P. VERCELLONE, *Il diritto sul proprio ritratto*, Torino, 1959, 49 ss. con cui l'autore ripercorre i rapporti tra i diritti riconosciuti all'effigiato e quelli posti in capo all'autore del ritratto; nonché G. SANTINI, *I diritti della personalità nel diritto industriale*, Padova, 1959, 155 ss. ove si conclude una preziosa rassegna dei rapporti tra diritti della persona e proprietà intellettuale individuando nella tutela delle vicende personali (al pari del diritto al nome o all'immagine) un limite all'esercizio di attività industriale. L'odierna produzione scientifica sul punto, senza varcare i confini nazionali, è sterminata, cfr. G. RESTA, *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, in *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali* (a cura di RESTA), in *Nuova giur. dir. civ. e comm.*, UTET, Torino 2011, 3 ss.; M. PROTO, *Il diritto e l'immagine. Tutela giuridica del riserbo e dell'icona personale*, Milano, Giuffrè, 2012, *passim*; A. THIENE, *L'immagine tra tutela risarcitoria e restitutoria*, in *Nuova g. civ. comm.* 2011, II, 343 ss.; a cui si rinvia per i copiosi riferimenti bibliografici.

⁹ Essenziale per un'attenta disamina dei rapporti tra diritti di proprietà intellettuale e *privacy* il saggio di OTTOLIA, *Proprietà intellettuale e trattamento dei dati personali: riflessioni su *privacy* "per il sistema" e "nel sistema"*, in *AIDA* 2010, 319 ss.

nello sviluppo di una loro disciplina capace di fronteggiare le insidie connesse alla diffusione di nuove tecnologie (10). Ad essa si affianca, non a caso, una sensibile compatibilità dal punto di vista della struttura di simili diritti (11). A queste due dimensioni, che parrebbero suggerire l'esistenza di un rapporto tendenzialmente armonico, si aggiungono le ipotesi in cui l'esercizio di detti diritti genera situazioni di conflitto.

¹⁰ OTTOLIA, *Proprietà intellettuale e trattamento dei dati personali: riflessioni su privacy "per il sistema" e "nel sistema"*, cit., 321 ss. e in part. 323 ove l'autore avanza l'ipotesi secondo la quale - come per la proprietà intellettuale - si possa individuare anche in materia di trattamento di dati personali un interesse pubblico (qualificabile in termini di libera utilizzazione o di trasparenza) da contemperare alle esigenze di tutela.

(11) OTTOLIA, *Proprietà intellettuale e trattamento dei dati personali: riflessioni su privacy "per il sistema" e "nel sistema"*, cit., 324-326. La possibilità di ascrivere il diritto alla privacy nella categoria dei diritti di proprietà intellettuale è da sempre sostenuto da parte autorevole della dottrina. In arg. L.C. UBERTAZZI, *Proprietà intellettuale e privacy*, in AA. VV., *Il regolamento AGCOM sul diritto d'autore*, Torino 2014, 10 ss., in cui l'autore, partendo dalla premessa che la struttura del diritto alla riservatezza è dualistica (composta quindi da una dimensione indisponibile ascrivibile alla categoria dei diritti della personalità, e da un'accezione spiccatamente patrimoniale, individuabile nel diritto al trattamento dei dati personali, e che ne consente la classificazione entro lo schema dello *ius excludendi omnes alios*), torna ad asserire la piena riconducibilità della privacy alla famiglia dei diritti di proprietà intellettuale, su cui si era già espresso in ID., *I diritti d'autore e connessi*, Giuffrè, Milano, 2003, 137 ss. Una lettura del diritto alla riservatezza quale diritto connotato anche da una sensibile dimensione patrimoniale emerge oramai con forza, sul punto v. M. RICOLFI, *Il contratto di merchandising nel diritto dei segni distintivi*, cit., p. 376 ss.; M.V. DE GIORGI, *Sponsorizzazione e mecenatismo*, Padova 1988, p. 158 ss.; S. GATTI, *Il « diritto » alla utilizzazione economica della propria popolarità*, in Riv. dir. comm., 1988, I, p. 355 ss.; O. TROIANO, *L'utilizzazione economica della celebrità: « right of publicity » e dintorni*, in *Quadr.*, 1991, p. 734 ss.; M. CHIAROLLA, *Alla scoperta dell'America, ovvero: dal diritto al nome e all'immagine al right of publicity*, in F. it., 1992, I, c. 832; P. VERCELLONE, *Diritti della personalità e "rights of publicity"*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1995, p. 1163 ss.; D. MAFFEI, *Il right of publicity*, cit., p. 511 ss. Il dibattito è stato di recente ripercorso da M. PROTO, *Il diritto e l'immagine*, cit., p. 10 ss., che sottolinea come il *right of publicity* abbia progressivamente acquistato la fisionomia tipica dei diritti di proprietà intellettuale con la conseguenza che oggi tende ad essere considerato suscettibile di licenza o di trasferimento, *inter vivos* o *mortis causa*. Per un interessante approfondimento del rapporto tra tutela dei diritti della personalità e strumenti di *enforcement* tradizionalmente rilegati nell'ambito del diritto industriale, v. A. THIENE, *La tutela della personalità dal neminem laedere al suum cuique tribuere*, in Riv. dir. civ. 2014, 351 ss.

È proprio in relazione a queste che la giurisprudenza si è espressa in più battute (12).

I tentativi di porre rimedio al capillare fenomeno del *peer to peer* (P2P), ossia lo scambio di opere musicali e audiovisive coperte da privativa autoriale tra *users* (13), rappresentano la principale fonte del conflitto tra i diritti di proprietà intellettuale - *rectius* i diritti d'autore - e il diritto alla *privacy*. I meccanismi alla base del *file sharing*, integrando gli estremi di un illecito esercizio del diritto di comunicazione (14), hanno comportato l'instaurazione di procedimenti negli Stati membri aventi come *petitum* l'ingiunzione, rivolta agli *Internet Service Providers* (in proseguito ISP), di fornire ai titolari dei diritti lesi, o alle società di gestione collettiva degli stessi, i nominativi degli *infringers*.

L'incidenza del formante giurisprudenziale (e in particolar modo quello di matrice europea) è di stringente attualità atteso che il Regolamento Agcom in materia di tutela del diritto d'autore (All. A della delibera n. 680/13/CONS¹⁵) non coinvolge questo sensibile problema intimamente connesso alla tutela del diritto d'autore nel mondo digitale (16).

(12) Oltre alle pronunce che si prenderanno in esame nelle pagine seguenti, i problemi connessi alla tutela dei dati personali in rete e ai profili di responsabilità connessi al loro trattamento in rete sono al centro delle conclusioni dell'Avv. Gen. Niilo Jaaskinen, 25 giugno 2013, C-131/12, controversia giunta a sentenza il 13 maggio 2014.

(13) Il tema dello scambio e della condivisione di contenuti digitali è ripercorso - con gli indispensabili riferimenti al celebre *Napster case* statunitense - da E. FALLETTI, *Internet e diritto d'autore*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., agg. V, Torino 2010, 797 ss.

(14) M. RICOLFI, *Comunicazione al pubblico e distribuzione*, in *AIDA* 2002, 48 ss.

¹⁵ Il quale rappresenta l'ultimo tra gli strumenti posti a presidio del c.d. *digital copyright*. Su cui si tornerà nelle pagine finali del presente capitolo.

(16) Sulla portata del fenomeno dell'illecito scambio di materiale audiovisivo sulle reti telematiche, v. per tutti S. LAVAGNINI, *La proprietà intellettuale in Internet*, in *AIDA* 2010, 472 ss.

Il primo caso che la giurisprudenza comunitaria è stata chiamata ad affrontare è culminato nella celebre sentenza *Promusicae* del 2008 (17), cui è seguita l'ordinanza "gemella" LSG (18) dell'anno successivo. Il tema oggetto di indagine è stato, da ultimo, direttamente affrontato nella sentenza *Bonnier* (19). Anche in questa pronuncia è palese il richiamo al caso *Promusicae* e, dunque, è principalmente con riferimento ad esso che si considereranno le argomentazioni dalla giurisprudenza europea. L'esposizione delle soluzioni prospettate in relazione ai casi di conflitto postula una corretta valorizzazione del concetto di *privacy*: rileva non tanto il diritto alla riservatezza inteso come diritto alla non ingerenza altrui nella propria sfera personale, quanto invece

(17) Corte di Giustizia, 29 gennaio 2008, C-275/06 in *AIDA* 2008, 427 ss. con nota di D. SARTI, *Privacy e proprietà intellettuale: la Corte di giustizia in mezzo al guado*. Nel caso di specie, la domanda veniva avanzata nell'ambito di una controversia pendente tra l'associazione senza scopo di lucro *Productores de Música de España* (*Promusicae*) e la *Telefónica de España SAU* (fornitore di accesso alla rete internet) e verteva sull'interpretazione di una serie di disposizioni di diritto derivato (gli artt. 15, par. 2 e 18 della direttiva 2000/31/CE; l'art. 8, parr. 1 e 2 della direttiva 2001/29/CE, e l'art. 8 della direttiva 2004/48/CE) a cui si aggiungevano alcuni articoli contemplati dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, segnatamente l'art. 17, n. 2 (che riconosce tutela alla proprietà intellettuale), e l'art. 47 (diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale).

(18) Corte di Giustizia, ord. 19 febbraio 2009, C-557/07 in *AIDA* 2009, 398 ss. con annotazioni di P. GALLO. La controversia opponeva la LSG, *Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH* (LSG) alla *Tele2 Telecommunication GmbH* (fornitore di accesso alla rete internet) in merito al rifiuto di quest'ultima di comunicare i dati anagrafici dei propri clienti-internauti. La questione pregiudiziale sottoposta alla Corte aveva per oggetto unicamente disposizioni di alcune direttive: l'art. 13, par. 1 della direttiva 95/46/CE; gli artt. 5, par. 1 e 8 della direttiva 2001/29/CE, gli artt. 5, par. 1, 6 e 15, par. 1 della direttiva 2002/58/CE; e l'art. 8 della direttiva 2004/48/CE.

(19) Corte di Giustizia, 19 aprile 2012, C-461/10 in *Il dir. ind.* 2012, 535 ss., con nota di P. LEARDI, *Diritto di informazione e tutela dei dati personali in una recente pronuncia della Corte di Giustizia*.

la particolare specificazione che di esso è ravvisabile nel diritto ad un corretto trattamento dei dati personali (20).

2.2. L'ASSENZA IN CAPO AGLI STATI MEMBRI DELLA PREVISIONE DI UN OBBLIGO DI COMUNICAZIONE DEI DATI PERSONALI.

Nell'offrire una soluzione alle questioni sottoposte dalle autorità nazionali, i giudici comunitari dichiarano che la lettura sinottica delle direttive in materia di *privacy* 21 e di diritto d'autore 22 - particolarmente attenta alla valorizzazione offertane dalla Carta di Nizza - non impone agli Stati membri di introdurre un obbligo relativo alla comunicazione dei dati personali degli utenti per garantire l'effettiva protezione del diritto d'autore nel contesto di un procedimento civile.

(20) Sul punto *v.*, *ex multis*, le interessanti riflessioni di C.M. BIANCA, *Nota introduttiva I*, in *La protezione dei dati personali, Commentario al D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 («Codice della privacy»)*, (a cura di BIANCA e BUSNELLI), I, Padova 2007, XIX ss. e in part. XXI ove si mette in luce come il diritto alla riservatezza - *rectius* diritto al riserbo circa la vita privata - sia oramai un tutt'uno con il diritto alla protezione dei dati personali. A sostegno di questa ricostruzione, l'autore richiama le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che contemplano la duplice valorizzazione della *privacy* come diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 7) e alla protezione dei propri dati di carattere personale (art.8).

(21) Ci si riferisce alla direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, in GUCE del 23 novembre 1995, L 281/31 ss.; alla direttiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, in GUCE del 31 luglio 2002, L 201/37 ss.; nonché alla direttiva 2006/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/CE, in GUCE del 13 aprile 2006, L 105/54 ss.

(22) Ossia la direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, in GUCE, del 22 giugno 2001, L 167/10 ss.; e la direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, in GUUE, del 30 aprile 2004, L 157 ss.

Per addivenire ad una siffatta conclusione, la Corte di Giustizia ha proposto una peculiare interpretazione delle contesto normativo di riferimento. In prima battuta si afferma che l'art. 2, lett. a) della direttiva 95/46 permette di catalogare i dati anagrafici richiesti agli ISP tra i dati personali (in quanto capaci di rendere identificato o identificabile un soggetto) e individua nella comunicazione rivolta ai fornitori di accesso ad internet una forma di trattamento di dati personali, *ex art. 2, par. 1, della direttiva 2002/58 e art. 2 della direttiva 95/46.*

La motivazione delle diverse pronunce si sofferma poi sull'art. 15, par. 1, della direttiva 2002/58 secondo cui gli Stati membri possono introdurre deroghe o restrizioni a quanto previsto dall'art. 5 della medesima direttiva (relativo al dovere di tutela della riservatezza nelle comunicazioni elettroniche) qualora queste rappresentino, ai sensi dell'articolo 13, par. 1, della direttiva 95/46/CE, *“una misura necessaria, opportuna e proporzionata all'interno di una società democratica per la salvaguardia della sicurezza nazionale (cioè della sicurezza dello Stato), della difesa, della sicurezza pubblica; e la prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento dei reati, ovvero dell'uso non autorizzato del sistema di comunicazione elettronica”.*

Manca, nel novero delle deroghe previste dall'art. 15, un esplicito riferimento a situazioni, quali quelle che coinvolgono il fenomeno del P2P, che comportano l'instaurazione di procedimenti civili. Malgrado questa circostanza, la Corte di Giustizia si snodano interpretando il

riferimento all'art. 13, par. 1 (23), della direttiva 95/46 come norma di chiusura dell'elenco delle eccezioni contemplate dall'art. 15, par. 1, direttiva 2002/58, riconosceva la possibilità di derogare all'obbligo di protezione dei dati personali per consentire la tutela di diritti e delle libertà altrui (art. 13, par. 1, lett. g), ed in particolare per apprestare tutela ai diritti di proprietà intellettuale (anche) nel contesto di un procedimento civile.

La lettura estensiva proposta permette di non escludere la possibilità che gli Stati membri introducano la possibilità di comunicare i dati personali all'interno di un giudizio (non solo penale ma anche) civile. In relazione a questo aspetto entra in gioco la previsione introdotta dal legislatore europeo all'art. 8, par. 1, della direttiva 2004/48/CE (24), c.d. direttiva *enforcement*, la quale contempla la possibilità (ma non il dovere) che gli Stati membri introducano nei procedimenti relativi alla violazione di un diritto di proprietà intellettuale e in risposta a una richiesta giustificata e proporzionata del richiedente, il potere per l'autorità giudiziaria competente di ordinare che le informazioni sull'origine e sulle reti di distribuzione di merci o di prestazione di servizi che violano un diritto di proprietà intellettuale siano fornite dall'auto-

(23) Art. 13 - 1. Gli Stati membri possono adottare disposizioni legislative intese a limitare la portata degli obblighi e dei diritti previsti dalle disposizioni dell'articolo 6, paragrafo 1, dell'articolo 10, dell'articolo 11, paragrafo 1 e degli articoli 12 e 21, qualora tale restrizione costituisca una misura necessaria alla salvaguardia: a) della sicurezza dello Stato; b) della difesa; c) della pubblica sicurezza; d) della prevenzione, della ricerca, dell'accertamento e del perseguimento di infrazioni penali o di violazioni della deontologia delle professioni regolamentate; e) di un rilevante interesse economico o finanziario di uno Stato membro o dell'Unione europea, anche in materia monetaria, di bilancio e tributaria; f) di un compito di controllo, ispezione o disciplina connesso, anche occasionalmente, con l'esercizio dei pubblici poteri nei casi di cui alle lettere c), d) ed e); g) della protezione della persona interessata o dei diritti e delle libertà altrui.

(24) Direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, in GUUE, del 30 aprile 2004, L 157 ss.

re della violazione e/o da ogni altra persona. La norma necessita di un coordinamento con il par. 3, lett. e) dello stesso articolo che impone il rispetto delle disposizioni legislative in materia di riservatezza e trattamento dei dati personali.

La ricostruzione del sistema delle fonti, posto a fondamento delle decisioni della Corte di Lussemburgo, è stata soggetta ad alcune critiche che si snodano lungo differenti direttrici. In primo luogo, si è evidenziato come il riferimento all'art. 13, par. 1 della direttiva 95/46 sia stato enfatizzato. Secondo una prima linea argomentativa, infatti, il richiamo all'art. 13 non indica l'intenzione del legislatore europeo di concludere l'elenco di deroghe dell'art. 15, par. 1 della direttiva 2002/58 ma assolve la funzione di delineare il perimetro applicativo dell'espressione *"una misura necessaria, opportuna e proporzionata all'interno di una società democratica"* (25). Sulla stessa scia, si inserisce un'ulteriore osservazione secondo la quale il richiamo in discorso va inteso come elemento che esclude dalla sfera di applicabilità delle deroghe richiamate dall'art. 15 della direttiva 2002/58 le ipotesi menzionate dall'art. 13, par. 1. Quest'interpretazione si basa sulla collocazione del riferimento a quest'ultimo articolo nella formulazione dell'art. 15: ponendosi prima dell'elenco di eccezioni non può considerarsi una norma di chiusura e deve dunque portare ad escludere la possibilità per

(25) Così in A. MANTELERO, *L' "ingegneria interpretativa" della Corte di giustizia delle comunità europee in soccorso della tutela on-line del diritto d'autore*, in *Giur. it.* 2008, 1423. In particolare l'autore ritiene che il riferimento dell'art. 13, par. 1 sembri suggerire la volontà di evidenziare come le deroghe dell'art. 15 della direttiva 2002/58 trovino fondamento legislativo nelle disposizioni che, nella prima direttiva in materia di privacy, disciplinano le ipotesi in cui si limita la tutela dei dati personali.

gli Stati membri di introdurre deroghe alle norme a tutela del trattamento dei dati personali (26).

Da un differente punto di vista, una lettura delle disposizioni comunitarie ha messo in evidenza come i diversi strumenti di diritto derivato in materia di trattamento di dati personali contemplano norme di attuazione obbligatoria e facoltativa, e che la Corte di Giustizia si è espressa solo in merito a disposizioni rientranti in questa seconda categoria (27).

All'interno di questo complesso di fonti può essere individuata una regola generale che permette di utilizzare liberamente i dati personali in un procedimento giudiziario (anche civile) e con la quale coordinare l'art. 8 della direttiva *enforcement*. La ricerca della regola generale per la liberalizzazione dei dati personali, ad un primo e superficiale esame, sembrerebbe identificabile nell'art. 7, lett. f, direttiva 95/46 concernente il libero trattamento dei dati personali che lo consente "per il perseguimento dell'interesse legittimo del responsabile del trattamento oppure del o dei terzi cui vengono comunicati i dati, a condizione che non prevalgano l'interesse o i diritti e le libertà fondamentali della persona interessata".

Tuttavia procedendo con un'analisi delle singole disposizioni in materia di privacy, la regola generale per il libero trattamento dei dati personali è da ravvisarsi nell'art. 8, par. 2, lett. e) della direttiva 95/46, norma che secondo il dato letterale parrebbe circoscritta alle sole ipotesi di trattamento di dati sensibili e che ne garantisce il libero tratta-

(26) A. TROTTA, *Il traffico telefonico fra la tutela del diritto d'autore e quella della privacy*, in *Il dir. ind.* 2009, 79.

(27) L.C. UBERTAZZI, *Proprietà intellettuale e privacy*, cit.

mento al fine di esercitare o difendere un diritto per via giudiziaria (28).

Nonostante la disposizione faccia espressa menzione alla libera utilizzazione dei dati personali con riferimento alla specifica categoria dei dati sensibili, si è sostenuta la sua applicabilità all'intera famiglia dei dati personali: l'estensibilità della regola pensata per una limitata categoria di dati, di natura particolarmente delicata, è ritenuta possibile prendendo in esame l'ampiezza - e la genericità - dell'ipotesi in cui è consentita la loro libera utilizzazione. Per di più, il riferimento alla tutela giurisdizionale *tout court* permette di estendere l'area delle libere utilizzazioni dei dati personali a qualsivoglia tipologia di procedimento, superando le strettoie che connotano le ipotesi di libero trattamento dei dati personali per la repressione degli illeciti penali.

La regola generale così rintracciata produce ricadute pratiche anche sull'attuazione dell'art. 8, par. 3 della direttiva *enforcement* che richiama il rispetto delle norme in materia di protezione di dati personali per concretizzare il diritto di informazione. Infatti la disposizione dell'art. 8, par. 2 direttiva 95/46 genera un'area entro cui i dati personali sono liberamente utilizzabili, in funzione della tutela giudiziaria di un diritto senza incontrare ostacoli né nelle diverse disposizioni in materia di privacy e tantomeno nel richiamo ad esse operato dall'art. 8, par. 3 della direttiva *enforcement*. In accordo con questa ricostruzione, emerge una reciproca e sensibile integrazione tra le normative in materia di privacy e di tutela del diritto d'autore non priva di ricadute su quella che sarebbe la corretta valorizzazione dei rapporti tra simili di-

(28) L'estensibilità della regola all'intera gamma di ipotesi di trattamento dei dati personali è solidamente sostenuta da L.C. UBERTAZZI, *Proprietà intellettuale e privacy*, cit., ove l'autore sottolinea come la regola generale non incontra deroghe nel testo della direttiva 2002/58 e tantomeno in quello della direttiva 2006/24.

ritti. Infatti, da un lato, viene riconosciuto al titolare del diritto di proprietà intellettuale il diritto al trattamento dei dati personali altrui del contraffattore da parte di chi li detiene, dal titolare del diritto leso e da parte del giudice. La regola generale in materia di libero trattamento dei dati personali si pone alla base di tutti trattamenti poiché vengono da essa autorizzati.

2.3. IL CONTROVERSO OBBLIGO AD UN GIUSTO BILANCIAMENTO TRA DIRITTI FONDAMENTALI.

Dopo aver riconosciuto la natura facoltativa dell'introduzione di un obbligo di comunicazione dei dati personali, l'opera dei giudici del Lussemburgo indirizza l'attenzione verso i doveri posti in capo agli Stati membri al fine di garantire un giusto equilibrio tra i diversi diritti fondamentali, quali il diritto alla *privacy* e il diritto di proprietà intellettuale, e i principi generali dell'ordinamento comunitario. Il generale dovere imposto agli Stati membri coinvolge tanto il legislatore, chiamato a recepire gli atti di diritto derivato, quanto il formante giurisprudenziale.

Infatti, i doveri che gravano sugli Paesi membri non si snodano unicamente lungo il profilo di un'armonica implementazione delle direttive ma coinvolgono anche percorsi di logica ermeneutica: una corretta interpretazione delle disposizioni (siano esse "comunitarie" o nazionali) deve evitare conflitti tra diritti fondamentali o con gli altri principi generali del diritto europeo, come il principio di proporzionalità.

Andando per gradi, la sentenza *Promusicae* afferma, per la prima volta, che il diritto d'autore e il diritto alla *privacy* sono diritti fonda-

mentali (29) (rispettivamente tutelati dall'art. 17, par. 2 e gli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) di pari grado ma demanda agli Stati membri la delicata operazione di bilanciamento

(29) In realtà il tema dello spessore costituzionale assegnabile al diritto d'autore e al diritto alla privacy non rappresenta una novità per l'ordinamento nazionale. Lo studio del diritto d'autore quale diritto costituzionale è stato affrontato dalla dottrina italiana in più occasioni, addividendo a soluzioni differenti. Una prima impostazione riteneva di identificare nell'art. 9 Cost. (relativo alla promozione della cultura e della ricerca tecnica e scientifica) la base costituzionale dei diritti di esclusiva autoriale. Sono stati individuati altresì ulteriori riferimenti al diritto d'autore nella Carta Costituzionale, quali l'art. 2 (ravvisando nel diritto d'autore un fattore che contribuisce allo sviluppo dell'individuo), l'art. 35 (dedicato alla tutela del lavoro in tutte le sue forme) e l'art. 42 (in materia di diritto di proprietà). In arg. v. L. C. UBERTAZZI, *Il fondamento costituzionale del diritto di autore*, in *I diritti d'autore e connessi*, Milano 2000, 403 ss.; ID., *Diritto d'autore: introduzione*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, VI, Torino 1990, 371 ss. In assenza di un espresso riferimento alla materia *de qua* anche la Corte Cost. con sent. 6 aprile 1995, n. 108 (in *AIDA* 1995 con annotazioni di D. SARTI) si è espressa circa la natura del diritto d'autore prendendo come riferimento una pluralità di disposizioni costituzionali. Per un'attenta lettura delle fonti internazionali, le quali confermano il valore di diritto fondamentale all'intera famiglia dei diritti di proprietà intellettuale, L.C. UBERTAZZI, *Introduzione al diritto europeo della proprietà intellettuale*, in *Contr. impresa/Europa* 2003, 1090 ss.; R. MASTROIANNI, *Proprietà intellettuale e costituzioni europee*, in *AIDA* 2005, 9 ss. Nuova linfa al dibattito relativo alla dimensione costituzionale è sicuramente rappresentata dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, alla luce della rinnovata veste assegnatale dal nuovo art. 6 del Trattato UE.

Nel sistema giuridico italiano, il diritto alla privacy, dopo vari tentativi di configurarne una base normativa in alcune disposizioni legislative (art. 10 c.c. e artt. 93-97 l.a.) ritenendole attuative di altrettante declinazioni del diritto alla riservatezza, deve la sua consacrazione a diritto costituzionalmente protetto ad una sentenza della Corte di Cassazione (Cass., 27 maggio 1975, n. 2129, in *Foro it.*, 1976, I, c. 2895 ss.) che ne riconosce la natura di autonomo diritto solidamente ancorato agli artt. 2, 3, 13, 14, 15 Cost. Gli ermellini, richiamando quanto indicato in un *obiter dictum* della Consulta (Corte Cost, 12 aprile 1973, n.38 in *Foro it.* 1973, I, c. 1708 ss.), indicavano altresì l'art. 8 e l'art. 10, par. 2, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (c.d. CEDU) quali indispensabili riferimenti a sostegno di questa lettura costituzionale. Sull'affermarsi della dimensione costituzionale del diritto alla riservatezza v. *amplius*, GIACOBBE, *Riservatezza (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano 1989, 1245 ss.; ID., *Il diritto alla riservatezza: da diritto di elaborazione giurisprudenziale a diritto codificato*, in *Iustitia* 1999, 93 ss.; RUFFINI GANDOLFI, *Diritto alla riservatezza*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino 1990, 69 ss.; A. CATAUDELLA, *Riservatezza (diritto alla)*, *I Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma 1991, 1 ss.; nonché CERRI, *Riservatezza (diritto alla)*, *IV Diritto costituzionale, ivi, agg.*, Roma 1994, 1 ss.;

(30). La necessità di realizzare un bilanciamento tra diritti fondamentali è ancor più sensibile nel caso in cui essi si pongano in conflitto. Il riferimento all'equo bilanciamento apre ad un'analisi, da differenti e contrapposte angolazioni, delle ricadute ad esso connesse (31).

Osserva parte della dottrina che la soluzione offerta dalla Corte di Giustizia non risolve in maniera lineare la questione sottopostale, ma al contrario genera una eccessiva valorizzazione dei principi affermati in un'ipotesi di conflitto tra *privacy* e libertà di espressione, il caso Lin-

(30) D. SARTI, *Privacy e proprietà intellettuale: la Corte di giustizia in mezzo al guado*, cit., 440 in quale ricorda che le disposizioni delle direttive coinvolte hanno carattere generico poiché ideate per applicarsi ad una pluralità di ipotesi. Da qui l'assenza di una precisa posizione della Corte di Giustizia che affida agli Stati membri il dovere di operare un contemperamento tra gli interessi in gioco.

(31) Probabilmente molte delle critiche mosse rispetto alla timidezza della Corte del Lussemburgo in merito al conflitto da redimere prendono le mosse dall'assenza di una chiara presa di posizione circa il valore da assegnare al concetto di bilanciamento. Come per il principio di proporzionalità (su cui v. infra), anche il bilanciamento e le sue ricadute pratiche si possono analizzare da variegate prospettive.

Un'interessante ricognizione di queste è ripercorsa, con numerosi e interessanti richiami alla dottrina statunitense, da F. DENOZZA, *Il rifiuto di licenza come abuso: bilanciamento "ad hoc" o bilanciamento categorico?* in *Studi in memoria di Paola A. E. Frassi*, Milano 2010, 149 ss. il quale richiama la tradizionale - ma non scontata - contrapposizione tra bilanciamento *ad hoc* e bilanciamento categorico, e facendo propria la declinazione del bilanciamento categorico inteso come riconduzione degli interessi in gioco verso una regola generale da utilizzare in tutte le situazioni per superare il problema del bilanciamento (in part. 153) pone l'accento su un'ulteriore questione attinente al bilanciamento tra diritti, ossia il bilanciamento tra gli effetti e, il differente, bilanciamento tra interessi. L'importanza e l'ambiguità semantica con cui si confronta il bilanciamento dei diritti, e in particolare nel caso del diritto d'autore, è stata più di recente affrontata da G. SPREDICATO, *Interesse pubblico e bilanciamento nel diritto d'autore*, Milano 2013, 283 ss.

dqvist (32), che si accompagna ad un - balzano - svilimento dell'armonizzazione dei diritti di proprietà intellettuale (33). Infatti, nel precedente Lindqvist si contrapponevano il diritto alla riservatezza - la cui disciplina è da considerarsi pienamente armonizzata - e la libertà di espressione, ricompresa tra le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e che non trova un trattamento omogeneo nei diversi ordinamenti nazionali.

È proprio la natura della libertà d'espressione ad aver suggerito il rinvio alla discrezionalità degli Stati membri per redimere il conflitto al centro della controversia: la Corte di Giustizia ha voluto evitare di imporre una rigida regola di bilanciamento in una materia diversamente concepita nei singoli ordinamenti. Nelle controversie che, invece, contrappongono la tutela del diritto d'autore alla protezione dei dati personali, si considerano discipline pienamente armonizzate ma il richiamo alla sentenza Lindqvist apre le porte ad una visione "depotenziata" dell'incidenza armonizzatrice di entrambe le discipline. In sintonia con questa svalutazione della portata delle disposizioni di *enforcement*, i giudici comunitari ravvisano nel diritto a comunicare i dati personali all'interno di un procedimento per la violazione di un diritto di proprietà intellettuale una materia non armonizzata, e pertanto la

(32) Corte di Giustizia, 6 novembre 2003, C-101/01, in *D. e resp.* 2004, 377 ss., con note di A. GIANNACCARI, *Il trasferimento di dati personali in internet*, e di T.M. UBERTAZZI, *Sul bilanciamento tra libertà di espressione e privacy*. La controversia sorgeva a seguito dell'esercizio di un'azione penale nei confronti della Sig. Lindqvist, rea di aver pubblicato on-line i nominativi di alcuni parrochiani e taluni dati sensibili, in spregio alla normativa svedese in materia di trattamento di dati personali. Le questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte riguardavano essenzialmente la direttiva 95/46/CE, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

(33) D. SARTI, *Privacy e proprietà intellettuale: la Corte di giustizia in mezzo al guado*, cit., 436.

sua concreta applicazione viene rimessa alla discrezionalità degli Stati membri (34).

Un ulteriore aspetto che merita di essere considerato attiene alle modalità con cui si dovrebbe realizzare il *fair balance* e al ruolo ricoperto in tale ambito dal principio di proporzionalità (35). Il riferimento al principio di proporzionalità non appare certo d'aiuto all'opera rimessa agli interpreti nazionali: la pluralità di significati che esso può esprimere rende indiscutibilmente impervia la via della lettura bilanciata tra diritti (36). Accogliendo un'interessante lettura, il rinvio al principio in questione potrebbe indicare la volontà della Corte di Giustizia di identificare in norme e principi generali comuni a tutti gli Stati membri la base per valutare la compatibilità tra l'azione di *discovery* e la tutela della riservatezza. Qualora siffatta operazione porti a ritenere compatibili i due interessi, l'art. 8, par. 1 della direttiva *enforcement* garantirà l'introduzione negli Stati membri di un obbligo di comunicazione di informazioni (37).

(34) D. SARTI, *Privacy e proprietà intellettuale: la Corte di giustizia in mezzo al guado*, cit., 438.

(35) Sul punto R. CASO, *Il conflitto tra diritto d'autore e protezione dei dati personali: appunti dal fronte euro-italiano*, in *Dir. dell'internet* 2008, 469, il quale si domanda quale sia il corretto significato da assegnare al principio di proporzionalità nell'operazione di bilanciamento tra diritti fondamentali.

(36) Due dei possibili significati attribuiti al principio di proporzionalità sono riscontrabili nell'imposizione di sanzioni proporzionate alla gravità della violazione commessa, o come idoneità della sanzione o dell'obbligo al raggiungimento dello scopo perseguito senza eccedere quanto necessario per raggiungerlo, cfr. D. SARTI, *Privacy e proprietà intellettuale: la Corte di giustizia in mezzo al guado*, cit., 438-439. Sul punto altresì, M. C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli 1999, 304 che riconosce nel principio di proporzionalità una pluralità di significati, tutti riconducibili al principio di legalità nonché alla differente gradazione che può assumere l'esercizio del potere pubblico per "giustificare la legittimità dei sacrifici imposti agli interessi privati".

(37) D. SARTI, *Privacy e proprietà intellettuale: la Corte di giustizia in mezzo al guado*, cit., 440.

Quanto alla necessità di realizzare un giusto bilanciamento tra diritti, questa postula l'assenza di una gerarchia tra gli interessi coinvolti. Sarà, pertanto, contraria al diritto UE un'applicazione delle norme in materia di trattamento di dati personali che privilegi con costanza la tutela della riservatezza o la protezione dei diritti di proprietà intellettuale. La ricerca di un equilibrio armonico in questi termini implica, inoltre, l'impossibilità di introdurre normative nazionali - o una loro interpretazione - che non lascino spazio alcuno all'esercizio dei diritti fondamentali coinvolti: dovranno essere evitate tutte quelle operazioni di bilanciamento che si pongono agli antipodi, privilegiando esclusivamente la protezione di uno interessi coinvolti (38). Nonostante sia impensabile che la Corte provveda ad elencare in modo tassativo le diverse ipotesi che potrebbero verificarsi concretamente, sicuramente la ricerca di un equilibrio porta ad escludere le soluzioni estreme, quali quelle che impongano di raccogliere qualsiasi dato relativo al traffico effettuato da uno *user* (la cronologia dei siti consultati o ogni file scambiato) nonché l'oggetto degli scambi illeciti.

Un'operazione di *fair balance* attenta ad evitare queste soluzioni estreme è alla base di due decisioni comunitarie in materia di responsabilità dell'ISP per violazione del diritto d'autore da parte degli utenti e l'istituzione di un sistema di filtraggio delle informazioni memorizzate sui suoi servers. Nelle pronunce in questione, la SABAM/Scarlet

(38) D. SARTI, *Privacy e proprietà intellettuale: la Corte di giustizia in mezzo al guado*, cit., 441, il quale, a tal riguardo, si domanda se sia ravvisabile un'accezione del diritto alla riservatezza volto a proteggere il compimento di fatti illeciti, dato che se così fosse la protezione della proprietà intellettuale finirebbe per sparire per garantire un rispetto tout court della riservatezza.

e la SABAM/Netlog (39), i giudici di Lussemburgo riconoscono che un sistema di filtraggio esteso a tutte le comunicazioni effettuate dagli utenti non garantirebbe un giusto equilibrio tra i diritti fondamentali, non solo con riferimento alla tutela del diritto di proprietà intellettuale e il diritto alla riservatezza ma, altresì, con riguardo alla libertà d'impresa di cui è titolare l'ISP. Quanto al primo profilo, infatti, l'ingerenza richiesta per apprestare tutela al diritto d'autore contro gli illeciti commessi on-line comprimerebbe in toto il diritto alla riservatezza degli utenti, ponendosi quindi oltre il delicato - e tanto acclamato - punto di equilibrio tra diritti (40).

2.4. L'ASSENZA DI UNA CORRETTA VALUTAZIONE DEL CONCETTO DI PRIVACY.

La questione del necessario bilanciamento tra diritti fondamentali e dell'espresso riferimento alla sentenza Lindqvist, è stato analizzato da una diversa angolazione.

In dottrina si sostiene che nelle argomentazioni dei giudici europei difetti la considerazione dei due differenti aspetti ricollegati al diritto alla riservatezza nella peculiare declinazione del trattamento dei dati personali. Segnatamente, manca una presa in considerazione del trattamento dei dati personali come "privacy nel sistema" e nella variante di "privacy per il sistema", differenti accezioni del diritto alla riserva-

(39) Rispettivamente Corte di Giustizia, 24 novembre 2011, C-70/10, e Corte di Giustizia, 16 febbraio 2012, C-360/10, entrambe in *Nuova g. civ. comm.* 2012, I, 571 ss. con nota di M. COLANGELO, *Internet e sistemi di filtraggio tra enforcement del diritto d'autore e tutela dei diritti fondamentali: un commento ai casi Scarlet e Netlog*; e in *F. it.* 2012, IV, c. 297 ss. con nota di M. GRANIERI, *La fine è nota: diritto d'autore, evolucionismo giuridico e i meccanismi spontanei di aggiustamento del mercato*. Su questo tema si tornerà nelle pagine successive.

(40) In part. pt. 38-44 sent. SABAM/Scarlet e pt. 36-44 sent. SABAM/Netlog.

tezza a cui corrispondono sensibili differenze nell'ambito di un contemperamento tra diritti (41).

La prima accezione si riferisce alle ipotesi di trattamento dei dati personali ad opera di privati, secondo logiche di scambio o di conflitto. In questi casi, l'eventuale conflitto tra un diritto di terzi e il diritto alla privacy potrebbe portare a rendere illegittimo l'esercizio del primo. La seconda, al contrario, afferisce all'utilizzo di dati personali finalizzato al rispetto di determinate regole di un ordinamento, al punto che il dato personale ricopre il ruolo di precondizione per l'applicazione della regola giuridica.

Nei casi sottoposti alla Corte di Giustizia, pertanto, rileva questo secondo modo d'essere del trattamento dei dati personali: la questione da redimere non attiene ad un conflitto tra diritti fondamentali ma fa riferimento all'esercizio legittimo di un diritto, o meglio ad una "valutazione dei profili di garanzia e legalità nell'applicazione delle norme dell'ordinamento" (42). Alla luce di questa funzione, il coordinamento tra le differenti discipline non si pone nell'ottica di un bilanciamento tra diritti fondamentali, ma rileva invece il contemperamento tra il legittimo esercizio di un diritto (e nel caso del diritto di proprietà intellettuale, il diritto di informazione) e il trattamento dei dati personali funzionale alla realizzazione del diritto stesso.

Accogliendo questa impostazione si possono muovere alcune critiche alle soluzioni prospettate con la sentenza *Promusicae* (e conferma-

(41) Distinzione introdotta nel panorama giuridico italiano da A. OTTOLIA, *Proprietà intellettuale e trattamento dei dati personali: riflessioni su privacy "per il sistema" e "nel sistema"*, cit., 329 ss. Questa ricostruzione è stata definita *illuminante* da L.C. UBERTAZZI, *Proprietà intellettuale e privacy*, cit.

(42) OTTOLIA, *Proprietà intellettuale e trattamento dei dati personali: riflessioni su privacy "per il sistema" e "nel sistema"*, cit., 334.

te dalla successiva giurisprudenza) che si riflettono sull'implementazione dell'art. 8 della direttiva *enforcement* (43). In primo luogo, il riferimento preponderante al precedente Lindqvist è errato in quanto si pone nell'ottica di "privacy nel sistema", non facendo riferimento alcuno al trattamento di dati personali come strumentale all'attuazione di un diritto. Volendo comunque prendere come appiglio i principi della sentenza Lindqvist, non foss'altro perché unica che affronta il problema del coordinamento tra il diritto alla privacy e un altro diritto, il bilanciamento tra diritti fondamentali dovrebbe confrontarsi con il trattamento di dati personali "per il sistema" e la tutela giurisdizionale dei diritti, e con riferimento ad essi realizzare la garanzia di un giusto equilibrio.

2.5. LA RISOLUZIONE DEL CONFLITTO AL VAGLIO DELL'INTERPRETE NAZIONALE: IL CASO ITALIANO.

Il problema della comunicazione dei dati anagrafici degli utenti, ed i conseguenti risvolti legati alla necessità di una lettura sinottica della normativa in materia di trattamento dei dati personali (D. Lgs. 30 giu-

(43) Ibidem.

gno 2003, n. 196) e di *copyright enforcement* (44), è stato affrontato, con esiti oscillanti, anche dalla giurisprudenza italiana nei vari episodi del c.d. caso Peppermint (45).

Il riferimento alle soluzioni prospettate dal formante giurisprudenziale nazionale dovrebbe offrire la possibilità di vagliare come - e se - sono state accolti gli insegnamenti della Corte di Giustizia.

In un primo momento si è assistito ad un accoglimento delle richieste avanzate da Peppermint (46): i giudici capitolini sostenevano che la

(44) In particolare, il riferimento è all'art. 156 bis l.a. che rappresenta la trasposizione dell'art. 8 della direttiva *enforcement* 2004/48 dedicato al diritto di informazione. Oltre che per le questioni attinenti al tema della tutela delle informazioni riservate, l'azione di discovery anima un dibattito dottrinale anche in relazione alla sua struttura. Infatti, la natura del diritto di informazione è particolarmente controversa, in virtù del necessario intervento dell'autorità giudiziaria per la sua concretizzazione, al punto che si è sostenuto che il diritto in questione possa assumere portata sostanziale ma anche natura processuale, v. amplius GIUSSANI, *La disciplina comunitaria della tutela giurisdizionale della proprietà intellettuale*, in *La proprietà intellettuale*, Giappichelli, Torino, 2011, 469-470 secondo il quale il legislatore italiano ha optato per una configurazione processuale del diritto; a cui si contrappongo le riflessioni di G. FLORIDIA, *Il diritto all'informazione*, in *AIDA* 2006, 236 ss. e in part. 243 ove si ravvisa nell'art. 8 della direttiva *enforcement* uno strumento capace sia di integrare gli estremi dei cc.dd. diritti processuali (nel caso in cui l'istanza volta ad ottenere le informazioni sia diretta nei confronti della controparte in un giudizio in corso), sia un diritto sostanziale (qualora l'ordine del giudice sia rivolto verso soggetti estranei al procedimento in corso). In generale sull'art. 156 bis l.a., cfr. DI FAZZIO, *sub art. 156 bis l.a.*, in *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, (a cura di L.C. UBERTAZZI), Cedam, Padova, 2012.

(45) Le controversie in questione vedevano come parte attrice la società tedesca Peppermint Jam Records GmbH e Techland sp. z.o.o. (in seguito indicate entrambe come Peppermint), titolari di diritti di sfruttamento commerciale su brani musicali e videogiochi. Le vicende processuali sono state ripercorse da C. FEROLA, *Diritto d'autore vs. diritto alla riservatezza: alla ricerca di un equo bilanciamento nella rete. I casi Peppermint, FAPAV e Scarlet*, in *I diritti nella "rete" della rete - Il caso del diritto d'autore* (a cura di PIZZETTI), Giappichelli, Torino 2011, 67 ss. Un ulteriore aspetto affrontato dalle differenti ordinanze del Tribunale romano è attinente alla legittimazione passiva riconosciuta in capo all'ISP nell'ambito di un procedimento ex art. 156 bis l.a.

(46) I primi provvedimenti hanno, infatti, ordinato la comunicazione dei dati, cfr. Trib. Roma, ord. 18 agosto 2006, Trib. Roma, ord. 5 aprile 2007, Trib. Roma, ord. 20 aprile 2007 e Trib. Roma, ord. 27 aprile 2007, in *Riv. dir. ind.* 2008, 328 e ss. con nota di M. DE CATA, *Il caso "Peppermint". Ulteriori riflessioni anche alla luce del caso "Promusicae"*.

pretesa ostensione dei dati personali meritasse accoglimento in quanto precipuamente diretta a dare tutela ai diritti patrimoniali lesi.

Per di più, si affermava che non sussisteva alcun ostacolo al perfetto coordinamento tra l'art. 156 bis l.a. e la normativa a tutela dei dati personali: l'art. 24, co. 1, lett. f), D. Lgs. 196/2003 permette il trattamento dei dati personali, anche senza il consenso dell'interessato, quando ciò è necessario "per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria". In altre occasioni (47), l'ordinanza che ingiungeva la comunicazione dei dati anagrafici degli users riteneva che la fase di monitoraggio e raccolta gli indirizzi IP fosse realizzata in modo lecito in quanto con l'utilizzo di un programma di file-sharing si acconsentisse, per *facta concludentia*, al trattamento del proprio indirizzo IP (48).

Con l'ordinanza del 14 luglio 2007 (49) i giudici romani tornavano sui loro passi, inaugurando un nuovo orientamento in materia e respingendo le richieste di Peppermint. A fondamento di un simile decisione vi è l'accoglimento delle osservazioni avanzate dal fornitore di accesso alla rete (Wind Telecomunicazioni Spa) e dal Garante per la protezione dei dati personali (50) circa l'interpretazione degli artt. 24 e

(47) Trib. Roma, 19 agosto 2006, in *Dir. info.* 2007, 815 ss.

(48) Osservazioni critiche sono state mosse da DE CATA, *Il caso "Peppermint". Ulteriori riflessioni anche alla luce del caso "Promusicae"*, cit., 404, secondo il quale un siffatta linea argomentativa si presterebbe ad una eccessiva valorizzazione di forme di autotutela da parte del titolare di una privativa autoriale.

(49) Trib. Roma, ord. 14 luglio 2007, in *Dir. internet* 2007, 463 ss. con nota di SCORZA e CASO, *Il conflitto tra copyright e privacy nelle reti Peer to peer: in margine al caso Peppermint*.

(50) Che trovano sintesi del documento "*Peer-to-peer: illecito 'spiare' gli utenti che scambiano file musicali e giochi (Peppermint) - 28 febbraio 2008 [doc. web n. 1495246]*" reperibile sul sito del Garante per la protezione dei dati personali. In questo documento il Garante richiama la sentenza *Promusicae* (in part. il pt. 48) affermando che con essa si introduce un divieto di utilizzazione dei dati personali per controversie civili in materia di proprietà intellettuale.

132 d.lgs. 196/2003. Questo *revirement* della giurisprudenza nazionale si pone in netto contrasto con le soluzioni offerte dai giudici comunitari: l'interpretazione delle disposizioni in materia di privacy e di tutela del diritto d'autore non segue la logica dell'equo bilanciamento ma, anzi, si spinge fino al punto di escludere l'esercizio del diritto d'informazione.

Andando con ordine, il riferimento all'art. 24, co. 1, lett. f), che consente l'utilizzo dei dati personali senza il consenso dell'interessato per far valere un diritto in giudizio, non poteva trovare applicazione nei procedimenti attivati da Peppermint in quanto invocabile nelle sole ipotesi in cui i dati personali fossero già in possesso dell'utilizzatore e, soprattutto, qualora tale possesso si fosse verificato legittimamente.

Osservavano i giudici romani che il possesso degli indirizzi IP raccolti dalle attrici era da ritenersi viziato in quanto operato in spregio agli artt. 13 e 23 (relativi al necessario consenso dell'interessato) e all'art. 37 D. Lgs. 196/2003, che prevede l'obbligo di una comunicazione al Garante qualora si vogliano raccogliere dati trattati con l'ausilio di strumenti elettronici volti a definire il profilo o la personalità dell'interessato (art. 37, co. 1, lett. d). L'illiceità della fase di raccolta degli indirizzi IP riverberava i propri effetti sull'applicabilità dell'art. 156 bis l.a., incidendo sulla possibilità di ravvisare negli indirizzi IP la base indiziaria che permette l'attivazione del congegno istruttorio di discovery. Questo aspetto, già evidenziato in dottrina (51), non oblitera la necessità di operare un equo bilanciamento tra i diritti coinvolti. Dopo aver individuato l'interpretazione della disciplina contenuta nel Codice del-

⁵¹ Cfr. OTTOLIA, *Proprietà intellettuale e trattamento dei dati personali: riflessioni su privacy "per il sistema" e "nel sistema"*, cit., 338, e DE CATA, *Il caso "Peppermint"*. Ulteriori riflessioni anche alla luce del caso "*Promusicae*", cit. il quale richiama la celebre teoria dei frutti dell'albero avvelenato.

la Privacy, la motivazione dell'ordinanza si soffermava sul tema del bilanciamento di interessi muniti di rilevanza costituzionale, quali, da un lato, la segretezza delle comunicazioni elettroniche e il diritto alla riservatezza, e, dall'altro, gli interessi della collettività. I primi possono essere sacrificati unicamente per ragioni connesse all'accertamento, repressione e prevenzione di reati di sensibile gravità come afferma l'art. 407, co. 2, lett. a) c.p.p. Il tema veniva affrontato con riferimento all'art. 132, co. 1, D. Lgs., 196/2003 relativo alla conservazione dei dati personali (segnatamente concernenti il traffico telefonico e telematico) per finalità connesse alla repressione di reati. La conservazione di simili dati, ancorata unicamente al perseguimento di fattispecie penali, non poteva, pertanto, consentire l'applicazione dell'art. 132 nell'ipotesi di un illecito civile.

In una successiva ordinanza (52) il Tribunale romano ritornava ad occuparsi del rapporto tra privacy e diritto d'autore, richiamando la sentenza n. 372 del 2006 della Corte Costituzionale (53) relativa al sindacato di legittimità costituzionale dell'art. 132 D. Lgs. 196/2003. La Consulta, riconoscendo la legittimità costituzionale dell'articolo in questione, affermava che il diritto alla riservatezza può essere recessivo solo in presenza di esigenze di tutela di beni della collettività minacciati dai gravi illeciti penali, e dunque esso deve considerarsi la norma per operare un giusto bilanciamento tra gli interessi coinvolti. In accordo con la lettura offerta dai Giudici della Legge si assisteva alla totale impossibilità di applicare l'art. 156 *bis* l.a. in quanto esso si riferisce unicamente ad ipotesi di procedimenti civili.

(52) Trib. Roma, ord. 22 novembre 2011, in *Foro it.* 2008, I, 1329 ss. con nota di TUCCI.

(53) Corte cost., 6 novembre 2006, n. 372 in *Foro it. Rep.* 2006, voce *Persona fisica*, n. 84, già menzionata nelle motivazioni dell'ord. del 14 luglio 2007.

Veniva - e viene tuttora - così annullata la possibilità di applicare l'art. 156 bis l.a. rendendo inutile qualsivoglia ragionamento in termini di giusto bilanciamento tra diritti operato secondo il principio di proporzionalità. Una simile impostazione, già presa in considerazione dalla dottrina (54), rientra tra le ipotesi di "soluzioni estreme" che non lasciano spazio alcuno all'esercizio di uno dei diritti in gioco (il diritto di informazione quale strumento per la tutela del diritto d'autore) e che, per i motivi già indicati al par. 3, non appare in piena sintonia con le soluzioni offerte dalla giurisprudenza comunitaria.

Segnatamente, difetta una valutazione volta a comprendere se la raccolta dei dati si è realizzata procedendo con un controllo capillare e indiscriminato di tutte le comunicazioni dell'utente-titolare dell'indirizzo IP o per il tramite di un monitoraggio circoscritto unicamente alle violazioni del diritto d'autore secondo lo schema del P2P. Con riguardo a questa seconda ipotesi, l'interesse che sembra annidarsi dietro il costante rifiuto di consentire l'accesso ai dati degli utenti coinvolti in attività di file-sharing sembra volto a "mascherare un comportamento illecito" (55) che risulta completamente estraneo al meccanismo dell'equo bilanciamento della tutela della proprietà intellettuale e che incide sensibilmente sulla protezione del diritto d'autore nell'ambiente digitale.

Il meccanismo di bilanciamento suggerito dalla giurisprudenza romana, se criticamente analizzata da altra angolazione, si focalizza sull'art. 132 D. Lgs. 196/2003 che appare inadeguato a regolare lo spinoso tema del bilanciamento tra diritti fondamentali in armonia con la logica che, secondo parte della scienza giuridica, anima le controversie in

⁵⁴ SARTI, *Privacy e proprietà intellettuale: la Corte di giustizia in mezzo al guado*, cit., 441.

⁵⁵ SARTI, *Privacy e proprietà intellettuale: la Corte di giustizia in mezzo al guado*, cit., 443.

esame, ovvero il coordinamento tra “privacy per il sistema” e il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale (56).

La norma in questione, infatti, disciplina la conservazione dei dati personali da parte di privati per specifiche finalità connesse alla repressione degli illeciti penali, e con riferimento a questi due aspetti cerca di operare un bilanciamento. Si sottolinea come l’art. 132 non rappresenti la chiave di volta per realizzare in via generale un bilanciamento tra “privacy per il sistema” e i diritti di proprietà intellettuale lecitamente esercitati. Si suggerisce, pertanto, un’attenta lettura dell’art. 24, co. 1, lett. f), disposizione dotata di valore generale e aperta ad offrire soluzioni univoche al delicato problema del contemperamento degli interessi coinvolti.

Sezione II

3. IL RUOLO DEGLI ISP NEGLI ILLECITI ON-LINE.

3.1. IL REGIME DI (IR)RESPONSABILITÀ DEGLI ISP NELLA DIRETTIVA 31/2000/CE SUL COMMERCIO ELETTRONICO.

L’evoluzione della società dell’informazione e le crescenti minacce per la protezione del diritto d’autore hanno inevitabilmente coinvolto alcune delle disposizioni della direttiva 2000/31/CE⁵⁷, sorta per ga-

⁵⁶ A. OTTOLIA, *Proprietà intellettuale e trattamento dei dati personali: riflessioni su privacy “per il sistema” e “nel sistema”*, cit., 337.

⁵⁷ Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell’8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell’informazione, in particolare il commercio elettronico nel mercato interno (c.d. direttiva sul commercio elettronico), in GUCE del 17 luglio 2000, L 178/1. Per un commento all’intero atto di diritto derivato cfr. G. M. RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers alla luce della direttiva n. 2000/31/CE*, in AA. VV., *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, cit., 145 ss.; nonché L. NIVARRA, *Responsabilità del provider*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., agg. **, t. II, Torino 2003, 1195 ss.

rantire una primordiale disciplina dei numerosi fenomeni commerciali che si stavano affermando a seguito dell'avvento di internet.

La sezione 4 della citata direttiva (nota anche come direttiva sul commercio elettronico) delinea il regime di responsabilità applicabile ai prestatori “*di un servizio della società dell'informazione*”⁵⁸, definizione che abbraccia essenzialmente le attività proprie dell'Internet Service Provider (in prosieguo ISP).

Nello specifico, gli artt. 12, 13 e 14 definiscono un sistema di “*irresponsabilità condizionata*”⁵⁹ a favore dei prestatori nella rete internet di

⁵⁸ Come si avrà modo di illustrare a breve, diverse sono le attività che implicano profili di responsabilità civile. Tuttavia, ogni articolo si apre contenendo questa generale definizione ascrivibile ad ogni attività di prestazione di servizi. L'ampiezza della nozione consente di abbracciare anche nuovi fenomeni, quali il *cloud computing* (cfr. su questo tema M.L. MONTAGNANI, *Primi orientamenti in materia di responsabilità dei fornitori di servizi cloud per violazione del diritto d'autore in rete*, in *Riv. dir. ind.* 2014, I, 177 ss.) e quello dilagante dei *social networks* (in arg. P. DI MICO, *Social network e diritto d'autore: cronaca di un giudizio annunciato*, in *Riv. dir. aut.* 2009, 383 ss.)

⁵⁹ L'espressione è di A. G. PARISI, *Il commercio elettronico*, in S. SICA - V. ZENO ZENCOVICH, *Manuale di diritto dell'informazione*, Padova 2012, 418; ed indica come il particolare intreccio di esenzioni da addebiti risarcitori sia giustificato da una serie di condizioni - menzionate sia dai singoli articoli che disciplinano le diverse attività, sia dalla clausola generale contemplata dal considerando n. 42, su cui v. *infra* - che gli ISP dovranno rispettare per godere di tale beneficio. L'espressione, di recente, è stata adottata anche da A. M. ROVATI, *La responsabilità civile degli ISP*, in AA. VV., *Il regolamento AGCOM sul diritto d'autore*, Torino 2014, 86.

servizi di “*semplice trasporto*”⁶⁰ (o attività di *mere conduit*); servizi di “*memorizzazione temporanea*”⁶¹ (ossia di *caching*); e attività di memoriz-

⁶⁰ Art. 12 - Semplice trasporto (“*mere conduit*”) - 1. Gli Stati membri provvedono affinché, nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, o nel fornire un accesso alla rete di comunicazione, il prestatore non sia responsabile delle informazioni trasmesse a condizione che egli: a) non dia origine alla trasmissione; b) non selezioni il destinatario della trasmissione; c) non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse. 2. Le attività di trasmissione e di fornitura di accesso di cui al paragrafo 1 includono la memorizzazione automatica, intermedia e transitoria delle informazioni trasmesse, a condizione che questa serva solo alla trasmissione sulla rete di comunicazione e che la sua durata non ecceda il tempo ragionevolmente necessario a tale scopo. 3. Il presente articolo lascia impregiudicata la possibilità, secondo gli ordinamenti degli Stati membri, che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa esiga che il prestatore impedisca o ponga fine ad una violazione.

⁶¹ Art. 13 - Memorizzazione temporanea detta “*caching*” - 1. Gli Stati membri provvedono affinché, nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non sia responsabile della memorizzazione automatica, intermedia e temporanea di tali informazioni effettuata al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltre ad altri destinatari a loro richiesta, a condizione che egli: a) non modifichi le informazioni; b) si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni; c) si conformi alle norme di aggiornamento delle informazioni, indicate in un modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore; d) non interferisca con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni; e) agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitare l'accesso, non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione dell'accesso. 2. Il presente articolo lascia impregiudicata la possibilità, secondo gli ordinamenti degli Stati membri, che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa esiga che il prestatore impedisca o ponga fine ad una violazione.

zazione di informazioni (il c.d. *hosting*)⁶². L'articolato di norme in materia di responsabilità degli ISP si chiude con una regola generale, contemplata dall'art. 15, par. 1, secondo cui non è consentito agli Stati membri di introdurre *“un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite”*.

Diversi sono stati i tentativi, operati in dottrina, per spiegare le ragioni del sistema di responsabilità favorevole agli ISP.

Secondo una prima corrente, solo una lettura sistematica delle diverse disposizioni delle direttive in materia di comunicazione e commercio elettronico può fornire la corretta chiave di lettura. In particolare, l'obiettivo perseguito dal legislatore europeo è quello di agevolare e garantire la libera manifestazione del pensiero e di informazione nel contesto digitale al fine di renderle elementi centrali per una società democratica attenta alle potenzialità della rete⁶³. Sembrerebbe avallare

⁶² Art. 14 - *“Hosting”* - 1. Gli Stati membri provvedono affinché, nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non sia responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore: a) non sia effettivamente al corrente del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione; b) non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso. 2. Il paragrafo 1 non si applica se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore. 3. Il presente articolo lascia impregiudicata la possibilità, per un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa, in conformità agli ordinamenti giuridici degli Stati membri, di esigere che il prestatore ponga fine ad una violazione o la impedisca nonché la possibilità, per gli Stati membri, di definire procedure per la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime.

⁶³ G. CASSANO - I.P. CIMINO, *Internet e tutela della libertà d'espressione*, Milano 2009, 47 ss. e 378 ss.

questa prima lettura l'art. 1, b) della direttiva 2009/140⁶⁴ che, revisionando le direttive concernenti il quadro normativo di riferimento per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, considera l'accesso ad internet e l'utilizzo dei servizi della società dell'informazione un diritto fondamentale soggetto a limitazioni solo in casi circostanziati⁶⁵. A ben vedere, anche il testo della direttiva sul commercio elettronico contiene una coppia di considerando (il n. 9 e il n. 40) che consentono di riconoscere nell'accesso alla rete e nella fruizione dei relativi servizi dei diritti fondamentali, il cui sviluppo ha sensibili ricadute sullo sviluppo ed il buon funzionamento del mercato interno⁶⁶.

Da una diversa prospettiva, si è analizzato il contesto di irresponsabilità della direttiva 2000/31/CE alla luce della crescente attività degli utenti della rete, sempre meno soggetti passivi che ricevono flussi di

⁶⁴ Direttiva 2009/140/CE del Parlamento e del Consiglio Europeo del 25 novembre 2009 recante modifica delle direttive 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, 2002/19/CE relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime e 2002/20/CE relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica, in GUUE del 18 dicembre 2009, L 337/37.

⁶⁵ Secondo il testo dell'art. 1, b), un provvedimento relativo "l'accesso o l'uso di servizi e applicazioni attraverso reti di comunicazione elettronica, da parte degli utenti finali, che ostacolasse tali diritti o libertà fondamentali può essere imposto soltanto se appropriato, proporzionato e necessario nel contesto di una società democratica e la sua attuazione dev'essere oggetto di adeguate garanzie procedurali conformemente alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e ai principi generali del diritto comunitario, inclusi un'efficace tutela giurisdizionale e un giusto processo."

L'importanza della disposizione contenuta nella direttiva 2009/140 viene sottolineato da A. GENOVESE, *La responsabilità dell'hosting provider*, in AIDA 2010, 381.

⁶⁶ Valorizzazione offerta da A. M. ROVATI, *La responsabilità civile degli ISP*, in AA. VV., *Il regolamento AGCOM sul diritto d'autore*, cit., 87.

dati ed informazioni messi in circolo da terzi, divenuti via via dei creatori di contenuti e non dei semplici fruitori del servizio⁶⁷.

Un terzo orientamento, probabilmente quello più vicino ed attento ai delicati problemi con cui la materia della responsabilità civile si confronta nel contesto nazionale, ravvisa nella direttiva sul commercio elettronico (e di riflesso nel suo recepimento nell'ordinamento attuato con il D. Lgs. n. 70 del 2003) lo strumento per adattare le tradizionali regole in materia di illecito aquiliano alla nuova dimensione digitale⁶⁸.

Sulla scia di queste differenti impostazioni ed indirizzando l'attenzione verso l'ordinamento italiano, la regola generale in materia di illeciti extracontrattuali prevista dall'art. 2043 c.c.⁶⁹ deve conciliarsi con il regime tratteggiato dal legislatore europeo. In particolare, quest'ultimo avrebbe, *in primis*, garantito una regime di favore per gli ISP al

⁶⁷ Questa impostazione è stata avanzata da U. PAGALLO, *Sul principio di responsabilità giuridica in rete*, in *Dir. info.* 2009, 705 ss. il quale sostiene che "il prestatore di servizi in rete, al pari del gestore d'autostrade in occidente, non risponde in linea di principio per quanto fanno gli utenti (o gli automobilisti)" e ancora "[p]retendere, infatti, il controllo preventivo sulle informazioni immesse in rete dagli utenti, condurrebbe alla paralisi o distruzione dell'intero sistema, violando per ciò stesso il principio di proporzionalità".

In generale, la ridefinizione del ruolo degli utenti e lo sfruttamento delle opere dell'intelletto in rete ha portato alla creazione dell'espressione "user generated content" per indicare dei contenuti generati (o "rigenerati") dagli utenti, sovente tramite forme nuove di partecipazione basate sulla condivisione di informazioni e pratiche di intrattenimento, sul tema *ex multis* M. SCIALDONE, *Il nuovo ruolo degli utenti nella creazione dei contenuti*, in *Quaderni DIMT* 2013, 4, 1 ss.

⁶⁸ Propongono questa impostazione G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, Torino 2002, 35 ss.; F. DI CIOMMO, *La responsabilità civile nell'era di internet*, in G. PONZANELLI, *La responsabilità civile*, Padova 2002, 206 ss.; G. CASSANO - I.P. CIMINO, *Il nuovo regime di responsabilità dei providers: verso la creazione di un novello «censore telematico»? Commento agli artt. 14-17 del D.LGS. n. 70/2003*, in *I Contratti* 2004, 88 ss.; S. SICA, *Le responsabilità civili*, in *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*, a cura di E. TOSI, Milano 2003, 297; G. FINOCCHIARO, *Il filtering*, in *AIDA* 2010, 346 ss.; A. ALBANESE, *La responsabilità nella mere conduit*, *ivi*, 354 ss.

⁶⁹ Per una puntuale ed aggiornata disamina delle questioni ricollegabili all'art. 2043 c.c. si rinvia ad A. THIENE, *sub art. 2043*, in *Commentario breve al codice civile*, Collana *Breviaria Iuris*, fondati G. CIAN e A. TRABUCCHI, Padova 2014, 2235 ss.

fine di soddisfare un interesse collettivo (e dunque prevalente rispetto a quello del titolare del diritto leso, quale la privativa autoriale) volto allo sviluppo della libera manifestazione del pensiero in rete⁷⁰.

Inoltre, un esame attento⁷¹ del corpo normativo si sofferma sul considerando n. 42 che condiziona l'applicazione di qualsivoglia profilo di responsabilità per gli ISP alla loro "estraneità" rispetto alle informazioni poste in circolazione. Un'estraneità che secondo la lettera del menzionato considerando si estrinseca in una "*attività [...] di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, [...] che implica che il prestatore di servizi della società dell'informazione non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate*".

Proprio sulla passività dell'attività degli ISP si è confrontata la giurisprudenza di Lussemburgo e quella nazionale.

⁷⁰ A. ALBANESE, *La responsabilità nella mere conduit*, cit., 355; P. AUTERI, *Diritto d'autore*, in AA. VV., *Proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino 2014, 597 ss.; M. BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, Torino 2012, 331 ss; nonché F. CHRISAM nella nota a Trib. Roma, ord., 20 ottobre 2011, in *AIDA* 2012, 781.

Aderisce a questa visione anche C. CAMARDI, *Inibitorie amministrative di attività*, in *AIDA* 2012, 282 ss. la quale si sofferma sulla natura della norme contemplate dal testo europeo ricordando che esse introducono un regime speciale di responsabilità che, tuttavia, incontra due limiti: non esclude *tout court* l'illiceità di alcune condotte degli ISP e postula necessariamente da una valutazione circa la colpevolezza dell'intermediario in relazione all'evento lesivo prodottosi.

⁷¹ A. G. PARISI, *Il commercio elettronico*, cit., 420 ss.; A. ALBANESE, *La responsabilità nella mere conduit*, cit., 354 ss.; A. M. ROVATI, *La responsabilità civile degli ISP*, cit., 89 ss.

3.2. L'ATTIVITÀ DI HOSTING: LA CENTRALITÀ DELLE PRONUNCE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA.

Tra le diverse attività degli intermediari della rete⁷², quella che ha coinvolto la giurisprudenza della Corte di Giustizia riguarda il servizio di *hosting*, ossia la memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio. L'opera ermeneutica dei giudici del Lussemburgo, in particolare, si è confrontata con la determinazione del confine tra attività di *hosting* attivo e passivo, in armonia con la previsione generale del considerando n. 42 poc' anzi indicata.

Due sono le decisioni, figlie del rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 TFUE, con cui si sono valutati i contorni della figura dell'*hosting* passivo, servizio che consente dunque all'ISP di rimanere immune da responsabilità.

La prima occasione per prendere in esame la portata dell'art. 14 della direttiva 2000/31/CE è stata offerta dalle controversie Google Fran-

⁷² Su cui si rinvia, senza pretesa di completezza, a G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, cit., 21 ss.; F. DI CIOMMO, *La responsabilità civile nell'era di internet*, in G. PONZANELLI, *La responsabilità civile*, Padova 2002, 206 ss.; G. CASSANO - I.P. CIMINO, *Il nuovo regime di responsabilità dei providers: verso la creazione di un novello «censore telematico»?* Commento agli artt. 14-17 del D.LGS. n. 70/2003, in *I Contratti* 2004, 88 ss.; S. SICA, *Le responsabilità civili*, in *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*, a cura di E. TOSI, Milano 2003, 297; R. BOCCHINI, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico*, Napoli 2003, 154 ss.; E. TOSI, *Le responsabilità civili dei prestatori di servizi della società dell'informazione*, in *La resp. civ.* 2008, 208; E. FALLETTI, *La responsabilità dell'internet provider in diritto comparato per materiale pubblicato da terzi*, in *Dir. Internet* 2007, 143 ss.; S. ALVANINI, *La responsabilità dei service providers*, in *Il dir. ind.*, 2010, 329 ss.; M. TESCARO, *Schemi legali e opposte tendenze giurisprudenziali in tema di responsabilità civile dell'internet provider*, in *Giur. mer.* 2012, 2548 ss.; L. BUGIOLACCHI, *Evoluzione dei servizi di hosting provider, conseguenze sul regime di responsabilità e limiti dell'attuale approccio case by case*, in *Resp. civ. prev.* 2013, 1997 ss.;

ce⁷³ con cui la Corte di Giustizia ha valutato la possibilità di ascrivere il servizio di “AdWords” tra quelli di *hosting*. Conferendo centralità alla disposizione del considerando n. 42⁷⁴, è stato affermato che l’art. in materia di servizio di *hosting* deve essere interpretato “nel senso che la norma ivi contenuta si applica al prestatore di un servizio di posizionamento su Internet qualora detto prestatore non abbia svolto un ruolo attivo atto a conferirgli la conoscenza o il controllo dei dati memorizzati. Se non ha svolto un siffatto ruolo, detto prestatore non può essere ritenuto responsabile per i dati che egli ha memorizzato su richiesta di un inserzionista, salvo che, essendo venuto a conoscenza della natura illecita di tali dati o di attività di tale inserzionista, egli abbia omesso di prontamente rimuovere tali dati o disabilitare

⁷³ Corte di Giustizia, Grande Sezione, 23 marzo 2010, C-236/08, C-237/08, C-238/08 in *Il dir. ind.* 2010, 429 ss. con commento di M. TAVELLA e S. BONAVITA; G. SPEDICATO, *La sottile linea di confine tra esclusiva sul segno e usi leciti del marchio altrui: prime riflessioni sulla giurisprudenza comunitaria in materia di keyword advertising*, in *Dir. info.* 2010, 731 ss.; M. RICOLFI, *Motori di ricerca, link sponsorizzati e diritto dei marchi: il caso Google di fronte alla Corte di giustizia*, in *Giur. It.* 2010, 1603 ss.

Le controversie giunte innanzi alla Corte erano dirette a comprendere se la norma dell’art. 14 della direttiva sul commercio elettronico fosse applicabile al servizio di “AdWords” prestato da Google. Infatti Google gestisce un motore di ricerca. Quando un utente effettua una ricerca a partire da una o più parole, il motore di ricerca visualizza, in ordine decrescente di pertinenza, i siti che sembrano meglio corrispondere a tali parole. È proposto inoltre un servizio di posizionamento a pagamento denominato “AdWords”, il quale consente a qualsiasi operatore economico di far apparire un *link* pubblicitario verso il suo sito mediante la selezione di una o più parole chiave, qualora tale o tali parole coincidano con quella o quelle contenute nella richiesta indirizzata da un utente di Internet al motore di ricerca. I procedimenti nazionali erano radicati da alcune *Maisons* francesi Louis Vuitton, le quale scoprivano che inserendo la denominazione dei propri marchi nella barra delle ricerche, i *link* sponsorizzati rimandavano anche a siti di prodotti contraffatti. Quanto ai profili che ci interessano, essi riguardano la possibilità di ritenere Google un *hosting* attivo (e dunque estraneo al regime di irresponsabilità previsto dall’art. 14) in relazione al servizio di “AdWords” e pertanto soggetto responsabile, dal punto di vista civile, dei danni patiti dalle attrici a titolo di concorso nella realizzazione dell’evento lesivo.

⁷⁴ Pt. 113 della pronuncia in esame.

l'accesso agli stessi"⁷⁵. Si è evidenziato in dottrina⁷⁶ come questa pronuncia sia condivisibile solo a seguito di un ponderato esame del meccanismo posto alla base del servizio di "AdWords", il quale viene operato in modo assolutamente automatico, in base ad un algoritmo ben definito ma che sfugge a qualsivoglia controllo da parte del prestatore del servizio⁷⁷. Proprio in questo *modus operandi* si estrinseca il ruolo passivo svolto dall'ISP nel prestare un servizio di memorizzazione di informazioni.

Sulla configurabilità del servizio di *hosting*, nell'ottica di un'esenzione dai profili risarcitori, la giurisprudenza europea si è successivamente imbattuta nel caso L'Oréal⁷⁸, con riguardo alla possibilità di effettuare un controllo da parte dell'ISP eBay sul proprio mercato di riferimento per le violazioni dei diritti di privativa industriale (segnata-

⁷⁵ Pt. 3 del dispositivo.

⁷⁶ G. SPEDICATO, *La sottile linea di confine tra esclusiva sul segno e usi leciti del marchio altrui: prime riflessioni sulla giurisprudenza comunitaria in materia di keyword advertising*, cit., 750 ss.

⁷⁷ Su questo aspetto v. il commento di M. TAVELLA e S. BONAVITA, in *Il dir. ind.* 2010, 448.

⁷⁸ Corte di Giustizia, Grande Sezione, 12 luglio 2011, C-324/09 in *AIDA* 2011, 1387 ss. con nota di J. B. NORDEMANN, *Liability of Social Networks for IP Infringements (Letest News): The UE Law Regime after L'Oréal/eBay*; e in *F. it.* 2012, IV, cc. 322 ss con nota di A. PALMIERI e di S. DI PAOLA.

Nell'ipotesi sottoposta all'attenzione della Corte, diversi erano i profili che coinvolgevano la figura dell'ISP, nel caso di specie eBay e le sue affiliate gestori di un mercato *on-line* nel quale sono presentati annunci per prodotti posti in vendita da soggetti titolari di un "account venditore". L'Oréal, titolare di diversi marchi nazionali e comunitari, apprendeva che tramite i canali distributivi di eBay si realizzavano da tempo transazioni commerciali di prodotti contraffatti in spregio ai suoi diritti di privativa industriale. Le richieste dell'attrice miravano essenzialmente ad ottenere da eBay il risarcimento del danno subito dalla vendita di prodotti contraffatti riconoscendo nella convenuta il ruolo di hosting attivo. Il giudizio in ambito nazionale, inoltre, metteva in evidenza come fosse controversa la possibilità di indirizzare ad un ISP un provvedimento di inibitoria *ex art. 11* della direttiva *enforcement* al fine di impedire ulteriori violazioni dei marchi, anche se questo aspetto veniva presa posizione dai giudici europei.

mente di alcuni marchi nazionali e comunitari). Richiamando il principio già affermato nel precedente *Google France*⁷⁹, la decisione si addentra in valutazioni di ordine generale in merito alla condotta che andrebbe tenuta da un ISP nel caso in cui presti servizi di vendita su un mercato *on-line* e che, tramite questi, venga ad immagazzinare informazioni relative agli utenti, ai prodotti commercializzati e alle loro caratteristiche.

Qualora un servizio di tale tenore dovesse realizzarsi in modo neutrale, *nulla quaestio* in merito alla piena applicazione del regime di irresponsabilità previsto dalla normativa europea.

Nel caso opposto, e dunque nell'ipotesi in cui il "gestore abbia prestato un'assistenza consistente segnatamente nell'ottimizzare la presentazione delle offerte in vendita di cui trattasi e nel promuovere tali offerte, si deve considerare che egli non ha occupato una posizione neutra tra il cliente venditore considerato e i potenziali acquirenti, ma che ha svolto un ruolo attivo atto a conferirgli una conoscenza o un controllo dei dati relativi a dette offerte. In tal caso non può avvalersi, riguardo a tali dati, della deroga in materia di responsabilità di cui all'art. 14 della direttiva 2000/31"⁸⁰. Viene rimesso, tuttavia, al giudice nazionale la valutazione - da effettuarsi *case by case* - diretta ad esaminare l'apporto della condotta dell'ISP in un servizio di offerte di vendita operate in un mercato digitale.

La decisione in esame, apprezzata da parte della dottrina per il richiamo alla precedente giurisprudenza *Google France* e l'espresso inserimento del servizio offerto da Ebay quale attività di *hosting*⁸¹, è stata

⁷⁹ In part. v. pt. 114-117 della pronuncia.

⁸⁰ Pt. 116 poi ripreso nel pt. 6 del dispositivo della sentenza.

⁸¹ J. B. NORDEMANN, Liability of Social Networks for IP Infringements (Letest News): The UE Law Regime after *L'Oréal/eBay*, cit., 1401.

vista come un'occasione mancata per definire in maniera decisa i contorni del concetto di neutralità/passività, asse portante del considerando n. 42⁸². Nello specifico, viene osservato che il concetto di passività, inteso nella pronuncia L'Oréal come assenza di un contributo dell'ISP idoneo ad agevolare la condotta degli *infringers*, è rimesso alla valutazione del giudice nazionale, senza offrire parametro alcuno per vagliare la reale incidenza della condotta tenuta che, stando al tenore della sentenza, potrebbe addirittura coincidere come un totale disinteresse del *provider* verso le attività illecite compiute dai propri utenti.

Una possibile soluzione ad un eccesso di neutralità, nei termini poc'anzi prospettati, è stata di recente avanzata da parte della scienza giuridica italiana suggerendo una lettura più accorta delle disposizioni europee, da coordinare con una delle clausole generali del nostro ordinamento: il canone di diligenza professionale *ex art. 1176 c.c.*⁸³. In linea con il dettato del considerando n. 48 della direttiva⁸⁴, questa impostazione ha il pregio di sanzionare una condotta aliena da un interesse verso le attività poste in essere dai fruitori dei servizi offerti, eventualmente in spregio a diritti altrui.

⁸² Su questo aspetto si sofferma il commento di A. PALMIERI, in *F. it.* 2012, IV, cc. 335 ss.

⁸³ Questa è la proposta di A. M. ROVATI, *La responsabilità civile degli ISP*, cit., 87 ss. Le questioni sottese al parametro della diligenza quale criterio di valutazione della condotta del debitore in un'ottica di conoscenza ed attuazione delle regole tecniche di una determinata professione, v. A. ZACCARIA, sub *art. 1176 c.c.*, in *Commentario breve al codice civile*, Collana *Breviaria Iuris*, cit., 1273 ss.

⁸⁴ Considerando n. 48 - La presente direttiva non pregiudica la possibilità per gli Stati membri 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.

3.3. ISP E BILANCIAMENTO DI DIRITTI FONDAMENTALI: L'IMPOSSIBILITÀ DI ISTITUIRE UN FILTRO PREVENTIVO.

Le diverse interpretazioni proposte in dottrina per spiegare il rapporto tra il paradigma dell'illecito civile e il regime di responsabilità degli ISP coinvolgono, con diversa intensità, il contemperamento tra il diritto alla libertà d'informazione e all'iniziativa economica di questi operatori commerciali e i diritti che dalla loro attività possono venire danneggiati, quali i diritti di privacy.

Tuttavia, a differenza del conflitto analizzato in precedenza (cfr. *retro Sez. I. 2. La principale ipotesi di conflitto: IP e privacy*), la delicata e controversa operazione di bilanciamento non è rimessa unicamente all'opera del formante giurisprudenziale: lo stesso legislatore europeo non ravvisa negli intermediari di servizi di rete delle figure totalmente esenti da responsabilità ed, infatti, impone in capo ad essi, con riguardo al servizio di *hosting*, anche un obbligo di attivazione, per evitare qualsivoglia addebito di matrice civile e penale, qualora vi sia la presenza di illeciti. Segnatamente, l'art. 14, par. 1, lett. b) prevede che l'ISP "*agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso*" nell'ipotesi di conoscenze della presenza di attività o informazioni illecite⁸⁵.

Quanto all'opera della giurisprudenza europea, anche la materia della responsabilità dell'ISP ha offerto l'occasione alla Corte di Giustizia per esprimersi in merito al delicato, e quanto mai attuale, problema del bilanciamento tra diritti fondamentali.

⁸⁵ Così in O. TROIANO, *L'impresa di content, host ed access providing*, in *AIDA*, 2007, 367 ss., il quale muove una critica al recepimento della disposizione nell'ordinamento italiano, in cui l'attivazione immediata dell'ISP per la rimozione del contenuto illecito è subordinata alla circostanza di una comunicazione delle autorità competenti circa la natura delle informazioni (art. 16, co. 1, d. lgs. 70/2003).

Nelle pronunce la SABAM/Scarlet e SABAM/Netlog⁸⁶, i giudici di Lussemburgo sono stati chiamati ad esprimersi circa la compatibilità di un c.d. sistema di filtraggio, inteso quale controllo su tutti i contenuti caricati sul web dagli utenti al fine di evitare violazioni del diritto d'autore. Nel dettaglio, le misure di monitoraggio richieste dall'attrice SABAM venivano così circoscritte dalla Corte: l'obbligo di individuare, in tutte le comunicazioni elettroniche di tutti i propri clienti i contenuti oggetto di scambio P2P; l'obbligo di identificare, nell'ambito di quei contenuti, i *files* protetti da *copyright*; l'obbligo di determinare se i contenuti protetti dal diritto d'autore sono scambiati o pubblicati illegalmente; infine, l'obbligo di bloccare lo scambio o la pubblicazione di quei documenti⁸⁷.

I giudici del Lussemburgo hanno operato una valutazione circa la compatibilità tra queste misure e il diritto europeo utilizzando la bussola offerta dai diritti fondamentali, quali il diritto alla tutela della proprietà intellettuale *ex art. 17, par. 2* e il la libertà d'impresa *ex art. 16*⁸⁸ della Carta di Nizza.

La soluzione ai quesiti dei giudici del rinvio pregiudiziale riconosce nel sistema di filtraggio esteso a tutte le comunicazioni effettuate dagli utenti uno strumento lesivo di un giusto equilibrio tra i diritti fonda-

⁸⁶ Rispettivamente Corte di Giustizia, 24 novembre 2011, C-70/10, e Corte di Giustizia, 16 febbraio 2012, C-360/10, entrambe in *Nuova g. civ. comm.* 2012, I, 571 ss. con nota di M. COLANGELO, *Internet e sistemi di filtraggio tra enforcement del diritto d'autore e tutela dei diritti fondamentali: un commento ai casi Scarlet e Netlog*; e in *F. it.* 2012, IV, c. 297 ss. con nota di M. GRANIERI, *La fine è nota: diritto d'autore, evolucionismo giuridico e i meccanismi spontanei di aggiustamento del mercato*. Lo specifico tema del bilanciamento viene affrontato da A. SPAGNOLO, *Bilanciamento tra diritto d'autore, libertà d'impresa e libertà fondamentali nella giurisprudenza recente della Corte di Giustizia*, in *Giur. mer.* 2013, 125 ss.

⁸⁷ Pt. 26 della sent. SABAM/Scarlet

⁸⁸ In arg. v. C. FRATEA, *sub art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in *Commentario breve ai Trattati dell'Unione Europea*, Collana Breviaria iuris, Padova 2014, 1705 ss.

mentali, non solo con riferimento alla tutela del diritto di proprietà intellettuale e il diritto alla riservatezza degli *users* ma, altresì, con riguardo alla libertà d'impresa di cui è titolare l'ISP⁸⁹.

Il tenore della sentenza è stato oggetto di una critica⁹⁰, nonostante la corretta valutazione del conflitto tra diritti fondamentali. Si è evidenziato come alcune questioni non siano state affrontate, prima fra tutte la presa in esame dei principi di diritto affermati dalla Corte EDU in materia di bilanciamento tra diritti fondamentali⁹¹. Questa osservazione, condivisibile alla luce della crescente interazione tra corti sovranazionali e Carte dei diritti, perde di incisività se si considera che la CEDU (e la Carta Sociale Europea) non contiene riferimento alcuno alla libertà d'impresa, intesa quale libertà di esercizio di un'attività economica e commerciale⁹². Prendendo in esame questo dato e ponendo attenzione verso l'opera di *fair balance* operata a livello europeo, la mancanza di un coordinamento tra i principi della Corte di Lussemburgo e quella di Strasburgo può giustificarsi nell'assenza di uno dei parametri da confrontare (ossia la libertà d'impresa) nel novero dei diritti contemplati dalla CEDU.

⁸⁹ In part. pt. 38-44 sent. SABAM/Scarlet e pt. 36-44 sent. SABAM/Netlog.

⁹⁰ A. SPAGNOLO, *Bilanciamento tra diritto d'autore, libertà d'impresa e libertà fondamentali nella giurisprudenza recente della Corte di Giustizia*, cit., 125 ss.

⁹¹ *Ex multis* Corte europea dei diritti umani, S. and Marper c. Regno Unito, ricorso n. 30562/04, sentenza del 4 dicembre 2008, pt. 104 e 105, sul sito internet www.echr-coe.int. Sul punto si veda più diffusamente M. BONFANTI, *Il diritto alla protezione dei dati personali nel Patto internazionale sui diritti civili e politici e nella Convenzione europea dei diritti umani: similitudini e difformità di contenuti*, in *Dir. umani dir. int.* 2011, 437 ss.

⁹² Questa mancanza nelle altre carte dei diritti è sottolineata da C. FRATEA, sub *art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in *Commentario breve ai Trattati dell'Unione Europea*, cit., 1706.

4.3. RIFLESSIONI DELLA DOTTRINA ITALIANA CIRCA IL REGIME EUROPEO DI RESPONSABILITÀ DEGLI ISP.

Il recepimento delle disposizioni della direttiva sul commercio elettronico con riferimento alla responsabilità dei prestatori di servizi nella società dell'informazione si è realizzata, nell'ordinamento italiano, con gli artt. 14-17 del D. Lgs. n. 70 del 9 aprile 2003⁹³. In sintonia con il dettato europeo, l'art. 14 disciplina l'attività di *mere conduit*; l'art. 15 quella di memorizzazione temporanea o *caching*; l'art. 16 il servizio di *hosting*; mentre l'art. 17 afferma l'"assenza dell'obbligo generale di sorveglianza" in capo agli ISP.

Ciascuna della ipotesi di irresponsabilità opera unicamente nel rispetto di circostanziate condizioni. Quanto al prestatore di *mere conduit*, questi deve mantenere una posizione neutrale rispetto alle informazioni e ai contenuti trasmessi: non deve essere coinvolto nel flusso comunicativo tramite attività di selezione o modifica dei dati. Diversamente, il prestatore di un servizio di *caching* è tenuto ai medesimi obblighi di neutralità; deve tuttavia tenere anche un comportamento attivo conformandosi sia alle condizioni di accesso alle informazioni sia alle norme di aggiornamento delle medesime, indicate in un modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore. Infine, il regime di irresponsabilità del prestatore del servizio di *hosting* è governato da parametri (apparentemente) più stringenti in ragione dei rischi legati alla permanenza in rete, per un lasso di tempo rilevante, di informazioni e contenuti⁹⁴.

⁹³ Per un commento alla normativa nazionale, si rinvia al recente contributo di M. TESSARO, sub artt. 14-17 D. Lgs. 70/2003, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*. Collana *Breviaria Iuris* fondata da G. CIAN e A. TRABUCCHI, Padova 2013, 1336 ss.

⁹⁴ Su queste si concentra l'attenzione di A.G. PARISI, *Il commercio elettronico*, cit., 418 ss. e la formulazione dell'espressione "responsabilità condizionata".

Accogliendo l'impostazione che si focalizza sulla necessità di un coordinamento tra le disposizioni di origine europea e l'intero sistema che governa l'illecito aquiliano, si può pacificamente affermare che, nel caso di concorso dell'ISP nella violazione di diritti di sfruttamento commerciale su di un'opera dell'ingegno, sarà applicabile il combinato disposto tra gli artt. 2055 c.c. e l'art. 158 l.a.⁹⁵, rispettivamente dedicati alla responsabilità solidale e allo strumento risarcitorio. Queste norme verranno applicate solo qualora non vengano rispettate le condizioni a cui è subordinata l'irresponsabilità ex artt. 14-16, nonché nel caso previsto dall'art. 17, co. 3, ossia quando *"richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza"*, l'intermediario di servizi on-line *"non ha agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto" lesivo, "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"*.

Parte della dottrina ha osservato che la presenza di simili condizioni, nonché della norma che non obbliga ad una sorveglianza circa le in-

⁹⁵ In merito alla possibilità di applicare la regola della responsabilità solidale alla materia del diritto d'autore, cfr. T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano 1960, 870; G. GUARDAVACCARO, sub art. 158 l.a., in *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., 1153. Anche la giurisprudenza di merito ha affrontato il tema, v. Trib. Bergamo, 17 dicembre 2013, in *Resp. civ. prev.* 2014, 1667 ss.; Trib. Roma, 22 marzo 2011, in *Giur. comm.* 2012, II, 894 con nota di G. COLANGELO, *La responsabilità del service provider per violazione indiretta del diritto d'autore nel caso Yahoo Italia*; Trib. Roma, 9 dicembre 2003, in *Il dir. aut.* 2005, 92 ss., riconoscendo espressamente la possibilità di un ricorso all'art. 2055, co. 2 c.c. nelle ipotesi di contraffazione. Secondo una parte della dottrina, inoltre, i profili di solidarietà nell'ambito dei danni da lesione dei diritti d'autore troverebbero fondamento nel principio di indipendenza ex art. 19 l.a., così A. MUSSO, *Del diritto di autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche*, in SCIALOJA e BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma 2008, 271 ss.

formazioni, genera un diffuso effetto di *underdeterrence* circa gli illeciti commessi in rete tramite i servizi degli ISP⁹⁶.

De iure condendo, si rinvengono differenti opinioni circa il regime della responsabilità del *provider* per i danni causati dall'attività dei propri utenti. Secondo un primo orientamento questa responsabilità dovrebbe essere definita come oggettiva o ricondotta, quantomeno, al modello di quella per l'esercizio di attività pericolose *ex art.* 2050 c.c.⁹⁷. Secondo la logica del rischio d'impresa, quest'impostazione sarebbe giustificata dai rilevanti profitti che i *providers* traggono oggi dall'esercizio delle proprie attività e dovrebbe condurre a considerare le esenzioni da responsabilità - tuttora vigenti - come (dei temporanei) incentivi concessi allo scopo di agevolare l'avvio dell'*e-commerce*, e quindi non più attuali⁹⁸. Di diverso avviso una seconda impostazione, secondo cui il *provider* ed in particolare quello che gestisce reti sociali (come ad es. Facebook) predispone una piattaforma *on-line* ove i propri utenti esercitano i loro diritti fondamentali, *in primis* la libertà di manifestazione del pensiero e di informazione. In questo contesto non sarebbe quindi efficiente ricondurre la sua responsabilità né a quella per colpa né tantomeno a quella oggettiva⁹⁹.

⁹⁶ O. TROIANO, *L'impresa di content, host ed access providing*, in *AIDA*, 2007, 355 ss.

⁹⁷ Sulla riconducibilità alla responsabilità di coloro che hanno partecipato alla lesione di diritti esclusivi al modello dell'esercizio di attività pericolose *ex art.* 2050 c.c. od alternativamente a quello del rischio d'impresa v. in generale L. NIVARRA, *Dolo, colpa e buona fede nel sistema delle "sanzioni" a tutela della proprietà intellettuale*, in *AIDA* 2001, 334; C. CASTRONOVO, *La violazione della proprietà intellettuale come lesione del potere di disposizione. Dal danno all'arricchimento*, in *Il dir. ind.* 2003, 7 ss.; A. PLAIA, *Il risarcimento del danno*, in AA. VV., *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale*, cit., 25 ss

⁹⁸ C. ROSSELLO, *Riflessioni de jure condendo in materia di responsabilità del provider*, in *Dir. info.* 2010, 617 ss.

⁹⁹ G. SARTOR, *Social networks e responsabilità del provider*, in *AIDA* 2012, 50 ss.

4.4. L'HOSTING ATTIVO NELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA.

Le questioni connesse alla determinazione della figura dell'*hosting provider* attivo sono state affrontate anche dal formante giurisprudenziale nazionale. L'elemento su cui si è concentrato l'operato delle corti è rappresentato dalla già richiamata assenza di un "obbligo di sorveglianza" previsto dall'art. 14 della direttiva sull'*e-commerce*.

In realtà, sul recepimento di questa disposizione varie sono state le osservazioni non pienamente soddisfatte della sua trasposizione nell'ordinamento nazionale¹⁰⁰. In particolare, si è data rilevanza al fatto che il tenore letterale dell'art. 16 della disciplina italiana diverge parzialmente dall'art. 14 della direttiva 31/2000, subordinando l'obbligo di sorveglianza - e il conseguente meccanismo di limitazione all'accesso al contenuto illecito - ad un'espressa richiesta dell'autorità giudiziaria o amministrativa; presupposto non contemplato dal legislatore europeo che, anzi, imponeva l'attivazione della procedura di *notice and take down* in capo all'ISP "non appena al corrente di tali fatti".

L'obbligo di vigilanza e di successivo intervento, condizionato all'effettiva conoscenza dell'illiceità delle informazioni, è stato al centro di numerosi procedimenti giudiziari i quali hanno cercato di fare chiarezza in merito a quale condotta l'ISP dovrebbe tenere per evitare qualsivoglia addebito.

La prima decisione avente per oggetto la normativa di derivazione europea è del Tribunale di Catania¹⁰¹, con cui il giudice siciliano ha offerto un primo criterio per determinare il perimetro operativo della

¹⁰⁰ A.M. ROVATI, *La responsabilità civile degli ISP*, cit., 90; R. PETRUSO, *La responsabilità civile degli e-providers nella prospettiva comparatistica*, in *Eu. dir. priv.* 2011, 1107; O. TROIANO, *L'impresa di content, host ed access providing*, in *AIDA*, 2007, 355 ss.

¹⁰¹ Trib. Catania, 29 giugno 2004, in *Gius* 2004, 3499 ss.

figura dell'ISP *hoster* attivo. Il giudizio in questione, conclusosi con il rigetto delle domande attoree - volte ad ottenere una condanna risarcitoria dall'ISP e dall'*infringer* che aveva diffuso in rete stralci di opere tutelate dalla l.a. - applicava pienamente le esimenti dell'art. 16 d. lgs. 70/2003 ritenendo che il *provider* coinvolto nella controversia, fornitore di un servizio di connessione alla rete, fosse irresponsabile poiché equiparabile al gestore di una rete telefonica e, pertanto, non a conoscenza degli illeciti commessi dai fruitori della connessione stessa.

La motivazione della decisione si soffermava, comunque, sul presupposto che avrebbe dovuto realizzarsi per muovere un addebito *ex art. 2043 c.c.* in capo al fornitore di accesso alla rete: la piena consapevolezza del carattere antigiusuridico dell'attività svolta dallo *user*. Il riferimento ad una effettiva conoscenza dell'illiceità del materiale diffuso dall'utente del servizio, in armonia con il divieto di un controllo preventivo sulle informazioni immesse in rete, consente di prendere le distanze dalla visione, condivisa da parte della dottrina, circa la responsabilità degli ISP come una responsabilità di tipo oggettivo. Invero, essa *"si configura, quindi, alla stregua di una responsabilità soggettiva: colposa, allorché il fornitore del servizio, consapevole della presenza sul sito di materiale sospetto, si astenga dall'accertarne l'illiceità e, al tempo stesso, dal rimuoverlo; dolosa, quando egli sia consapevole anche dell'antigiuridicità della condotta dell'utente e, ancora una volta, ometta di intervenire"*¹⁰².

¹⁰² Questa la linea argomentativa seguita dal giudice catanese nella sentenza del 2004. Adesive a questo orientamento, Trib. Milano, 18 settembre 2004, in *Il Merito* 2004, 675 ss.; Trib. Lucca, 20 agosto 2007, in *Dir. internet* 2008, 81 ss.; Trib. Roma, 16 dicembre 2009, in *Giur. it.* 2010, 1323 ss. e in *Resp. civ. prev.* 2010, 1568 ss. con commento di L. BUGIOLACCHI, (Dis) *Orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità degli internet provider*; Trib. Firenze, 25 maggio 2012, in *Dir. info.* 2012, 1210 ss. con annotazioni di T. SCANNICCHIO, *La responsabilità del motore di ricerca per la funzione "auto-complete"*.

Un importante tassello nella ricostruzione della figura del servizio di *hosting*, si deve ad un procedimento penale venuto alla ribalta in quanto vedeva coinvolto il famoso colosso svedese Pirate Bay, piattaforma tramite la quale si condividevano *files* coperti o meno dal diritto d'autore. La vicenda, giunta innanzi alla Suprema Corte di Cassazione e conclusasi con sentenza nel settembre 2009¹⁰³, ha ritenuto responsabile penalmente il sito Pirate Bay per i reati di cui all'art. 171 *ter*, co. 2, lett. *a-bis*) l.a. (relativo all'illecita comunicazione al pubblico per finalità di lucro e tramite reti telematiche di opere protette dal diritto d'autore) ritenendo che il sito, prestatore di servizi di *file sharing*, fosse inquadrabile all'interno di una nuova figura, una sorta di *quartum genus*, rappresentato dal *content provider*¹⁰⁴. Nonostante le motivazioni della decisione riconoscano l'assenza di un dovere di sorveglianza generalizzata anche per questo tipo di servizio, l'esame - attento e puntuale - delle attività realizzate dalla piattaforma di *file sharing* ha permesso di ritenere l'ISP responsabile penalmente, quale correo negli il-

¹⁰³ Cass. pen., sez. III, 29 settembre 2009, n. 49437 in *Foro it.* 2010, II, cc. 136 ss. con commento di S. DI PAOLA; in *Dir. info.* 2010, 448 ss. con analisi di F. MERLA, *Diffusione abusiva di opere in Internet e sequestro preventivo del sito web: il caso "The Pirate Bay"*; in *Cass. pen.* 2011, 1102 ss. con nota di L. CUOMO, *La Cassazione affonda la baia dei pirati*.

¹⁰⁴ Nonostante questa figura abbia poi trovato grande seguito nella giurisprudenza, come dimostra il riferimento a questo nuovo servizio in numerose decisioni di merito, la Suprema Corte, a ben vedere, non ha identificato una nuova tipologia di ISP poiché la condotta tenuta da Pirate Bay integrava gli estremi dell'*hoster* attivo, così come identificato dalla giurisprudenza europea.

Richiamano la figura del *content provider*, Trib. Mantova, 24 novembre 2009; Trib. Milano, 24 febbraio 2010; Trib. Milano, 12 aprile 2010, tutte in *Giur. comm.* 2011, II, 1196 ss. con nota di N. DE LUCA e E. TUCCI, *Il caso Google/Vivi Down e la responsabilità dell'internet provider. Una materia che esige chiarezza*; App. Milano, 27 febbraio 2013, in *Dir. info.* 2013, II, 479 ss. con commento di F. RESTA, *Libertà della rete e protezione dei dati personali: ancora sul caso Google/Vivi Down*; e in *Giur. merito* 2013, 1577 ss. con nota critica di P. SILVESTRE, *La sempre verde tentazione di sostituirsi al legislatore*; Trib. Milano, 25 marzo 2013, in *Guida dir.* 2013, dossier 5, 35 ss.

leciti realizzati dagli utenti, in quanto offriva servizi aggiuntivi rispetto alla mera connessione alla rete internet¹⁰⁵.

In particolare, si è accertato che il *provider* teneva una condotta di "indicizzazione" delle informazioni provenienti dagli utenti, consentendo così agli *users* di operare una scelta consapevole su quale *uploading* effettuare e, quindi di scegliere l'opera protetta dal diritto d'autore di cui usufruire. Queste informazioni, nel caso concreto, erano rese disponibili sul sito, o attraverso un motore di ricerca interno o attraverso le "liste indicizzate". Anche se lo scambio avveniva da utente a utente, l'attività svolta dal sito ha consentito quindi di configurare l'apporto causale per l'incriminazione a titolo di concorso con gli utenti, *ex art. 110 c.p.*, del sito stesso per la violazione della normativa sul diritto d'autore e diritti connessi al suo esercizio *ex art. 171-ter, co. 2, lett. a-bis), l.a.*

Le successive pronunce hanno tesaurizzato quando affermato dalla Corte di Cassazione in questo prezioso precedente, andando a valutare in concreto i servizi offerti dagli ISP e il loro reale coinvolgimento nella lesione di diritti altrui. Al centro delle decisioni seguenti, radicate essenzialmente innanzi al Tribunale di Roma e di Milano, vi sono state le condotte e i servizi offerti da Yahoo, Google e Youtube, coinvolti in numerose violazioni dei diritti su opere dell'ingegno.

¹⁰⁵ Nel caso posto all'attenzione della Cassazione, l'imputato Pirate Bay non si limitava ad offrire una piattaforma *peer-to-peer*, ma indicizzava le informazioni (le c.d. chiavi di accesso) messe a disposizione dagli utenti affinché questi potessero scegliere da quale "sito sorgente" procedere con il *download* del *file*. Sul meccanismo alla base del P2P, v. E. FALLETTI, *Internet e diritto d'autore*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, cit., 797 ss.

L'orientamento maggioritario seguito dalla giurisprudenza capitolina¹⁰⁶ ritiene che l'assenza di un generale obbligo di sorveglianza sui contenuti memorizzati¹⁰⁷ non esclude una valutazione circa responsabilità dell'*internet provider* quando questi non si limiti a fornire accesso alla rete, ma offra servizi aggiuntivi e complementari (*caching, hosting*) e, con essi, si spinga fino a disporre un sistema di controllo delle informazioni.

Non solo. La giurisprudenza ha cercato di allineare la normativa interna a quella europea, dando valore all'obbligo di sorveglianza e rimozione dei contenuti illeciti anche in presenza di una segnalazione proveniente da privati. Si è imposto, pertanto, l'obbligo di rimozione immediata non appena avuto conoscenza di tale illiceità, anche su comunicazione ricevuta dal titolare dei diritti, non essendo necessario a tal fine un apposito ordine dell'autorità giudiziaria.

Aderisce all'orientamento capitolino la giurisprudenza di Milano, che trova nella decisione del 7 giugno 2011¹⁰⁸, con cui veniva condannato il *provider* IOL, un precedente richiamato successivamente in ma-

¹⁰⁶ Tra le quali si ricordano Trib. Roma, 23 marzo 2011, in *Giur. comm.* 2012, II, 894 ss. con commento di G. COLANGELO, *La responsabilità del service provider per violazione indiretta del diritto d'autore nel caso Yahoo Italia*; Trib. Roma, ord., 14 aprile 2010, in *Il dir. ind.* 2010, II, 248 ss. con nota di D. MULA, *La responsabilità e gli obblighi degli internet provider per violazione del diritto d'autore*; Trib. Roma, 16 dicembre 2009, in *Giur. it.* 2010, 1323 ss. e in *Resp. civ. prev.* 2010, 1568 ss. con commento di L. BUGIOLACCHI, *(Dis) Orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità degli internet provider*.

¹⁰⁷ La dottrina ha osservato che l'imposizione di un dovere generale e illimitato di sorveglianza circa le informazioni memorizzate sarebbe un elemento a sostegno di una responsabilità oggettiva in capo all'ISP, così nel commento a Trib. Roma, ord., 14 aprile 2010, di D. MULA, *La responsabilità e gli obblighi degli internet provider per violazione del diritto d'autore*, cit.

¹⁰⁸ Trib. Milano, 7 giugno 2011, in *Dir. info.* 2011, 660 ss.

niera uniforme¹⁰⁹. Secondo la sentenza del Giudice meneghino, sussiste la responsabilità del prestatore di servizi, per violazione del diritto d'autore su brani di filmati tratti da programmi televisivi, diffusi in rete tramite un *hoster* attivo, o in alternativa tramite un *content provider* (quale il prestatore di servizi che predisponga un'organizzazione della gestione dei contenuti immessi dagli utenti, ed abbia altresì un potere di controllo sui contenuti stessi e di eventuale loro rimozione), qualora vengano poste in essere attività che vanno ben oltre la mera fornitura all'utente di uno spazio di memorizzazione di contenuti e di un software di comunicazione che ne consenta la visualizzazione a terzi.

Inoltre, la parte motiva della sentenza riconosceva l'inadeguatezza della normativa nazionale ed europea sul punto, ritenendo le modalità di prestazione del servizio di *hosting* non più sovrapponibili a quanto tipizzato dalla normativa di derivazione "comunitaria", in quanto i servizi offerti non si realizzano nella mera predisposizione del servizio tecnico che consente di attivare e fornire accesso ad una rete di comunicazione elettronica nella quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate informazioni messe a disposizione da terzi.

Il panorama giurisprudenziale si è arricchito, più di recente, di altre due interessanti decisioni.

La prima, che non coinvolge direttamente la tematica della lesione del diritto d'autore nel mondo digitale, attiene al celebre caso Google/Vivi down, conclusosi con una decisione della Cassazione Penale del

¹⁰⁹ Tra le quali si menzionano Trib. Milano, 9 settembre 2011, in *Riv. dir. ind.* 2011, 375 ss. con commento di A. SARACENO, *Note in tema di violazione del diritto d'autore tramite Internet: la responsabilità degli Internet Service Provider*; e Trib. Milano, 25 marzo 2013, in *Dir. info.* 2013, con nota di T. SCANNICCHIO, *Il provider non risponde per gli accostamenti diffamatori prodotti automaticamente dal motore di ricerca*.

17 dicembre 2013 - 3 febbraio 2014¹¹⁰. La vicenda giudiziaria, relativa ad un'ipotesi di illecito trattamento dei dati personali, è nota e aggiunge un importante tassello alla disciplina della responsabilità del *provider* per gli illeciti commessi in rete dagli *users*.

Succintamente, un gruppo di studenti minorenni filmava, all'interno di un'aula scolastica, una scena di - indiscutibile - violenza perpetrata ai danni di un loro compagno disabile. Il video veniva caricato sulla piattaforma di condivisione di filmati Youtube, gestita da Google, e otteneva più di 5000 visualizzazioni. Solo dopo mesi, grazie ad una segnalazione privata circa l'inadeguatezza del contenuto del *file* e ad un successivo sollecito della Polizia postale, l'*hosting provider* provvedeva alla rimozione del video.

In primo grado, il Giudice penale monocratico di Milano¹¹¹, pur avendo accertato l'inesistenza di un obbligo generale di sorveglianza in capo al *provider* sui contenuti da lui ospitati in rete, aveva ritenuto gli imputati (ossia i vertici amministrativi di Google) responsabili di violazione dell'art. 167, co. 1 e 2, d.lgs. 196/2003, in concorso con gli *users* (dell'art. 110 c.p.), per aver omesso di rendere agli utenti, segnatamente all'autore del caricamento del video, una corretta informativa in ossequio a quanto previsto dall'art. 13 della normativa interna in materia di trattamento dei dati personali.

¹¹⁰ Cass. pen., sez. III, 3 febbraio 2014 - 17 dicembre 2013, n. 5107 in *Corr. giur.* 2014, 798 ss. con nota di E. FALLETTI, *Cassazione e Corte di giustizia alle prese con la tutela della privacy sui servizi di Google*; in *Foro it.* 2014, II, cc. 336 ss., con commento di F. DI CIOMMO, *Google/Vivi Down, atto finale: l'hosting provider non risponde quale titolare del trattamento dei dati*.

¹¹¹ Trib. Milano, 12 aprile 2010, in *Corr. Merito* 2010, 960 ss. con nota di L. BEDUSCHI, *Caso Google: libertà d'espressione in internet e tutela penale dell'onore e della riservatezza*; in *Giur. merito* 2011, 159 ss. con analisi critica di F.G. CATULLO, *Ai confini della responsabilità penale: che colpa attribuire a Google*; in *Dir. info.* 2010, 779 ss. con commento di A. MANNA, *I soggetti in posizione di garanzia*.

La Corte d'Appello¹¹², però, assolveva i dirigenti di Google dal reato ascritto in quanto il citato art. 167, non richiamando l'art. 13 del medesimo d.lgs., non obbligherebbe l'ISP ad informare gli utenti circa i contenuti della normativa in materia di *privacy*. Inoltre, si è riconosciuta la titolarità del trattamento dei dati personali, col conseguente onere di rendere l'informativa ed ottenere il consenso, in capo all'*uploader*, e cioè all'utente che realizza materialmente il caricamento del contenuto digitale. Di conseguenza, si è escluso che possano riconoscersi in capo al *provider* obblighi o doveri in tal senso, giacché solo l'effettiva conoscenza del dato illecito può far sorgere per quest'ultimo responsabilità, eventualmente a titolo omissivo¹¹³.

La questione, giunta innanzi agli ermellini, si concludeva con un'interessante pronuncia secondo cui l'*hosting provider*, non esercitando alcun controllo sui dati memorizzati, né alcun potere decisionale in ordine alle finalità e alle modalità del trattamento dei dati stessi, non può essere considerato titolare del trattamento dei dati caricati. Per tale ragione, l'ISP non può essere ritenuto responsabile, ai sensi dell'art. 167 del codice della *privacy*, del trattamento illecito di dati idonei a rivelare lo stato di salute con riferimento ad un video diffuso a mezzo internet, qualora non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita, né di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione, e qualora, non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle Autorità

¹¹² App. Milano, 27 febbraio 2013, in Corr. Merito 2013, 766 ss. con nota di A. INGRASSIA, *La decisione d'Appello nel caso Google vs. Vivi Down: assolti i manager, ripensato il ruolo del provider in rete*; in Corr. giur. 2013, 921 ss. con commento di E. FALLETTI, *Google v. Vividown, atto II: il service provider assolto anche per violazione della privacy*; e in Foro it. 2013, II, cc. 593 ss.

¹¹³ F. DI CIOMMO, *Google/Vivi Down, atto finale: l'hosting provider non risponde quale titolare del trattamento dei dati*, cit., 440 ss.

competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o l'accesso.

Sulla scia di questa estraneità dell'ISP circa le informazioni memorizzate dagli utenti si inserisce una decisione recentissima, relativa al secondo grado di giudizio del caso IOL menzionato poc' anzi. La Corte d'Appello di Milano, con sentenza depositata il 7 gennaio 2015¹¹⁴, ha accolto le doglianze dell'hoster ha affermato come *“la nozione di hosting provider attivo risulti oggi sicuramente fuorviante e sicuramente da evitare concettualmente in quanto mal si addice ai servizi di ospitalità in rete”*, riconoscendo così come la vigente normativa in materia impedisca non solo che vi sia un generale obbligo di sorveglianza dei contenuti caricati *on-line* ma anche che si possa imporre al *provider*, anche a posteriori, un filtraggio dei contenuti che comporti per l'intermediario uno sforzo economico irragionevole e non proporzionato al fine da raggiungere attesa la considerevole difficoltà tecnica di individuare tutti i caricamenti illeciti.

4.5. LE MISURE DI TUTELA CONTENUTE NEL REGOLAMENTO AGCOM SUL DIRITTO D'AUTORE. CENNI.

Il crescente intervento delle c.d. *Authorities* per regolare settori tradizionalmente relegati al campo dei rapporti privatistici - quali la concorrenza sleale, la pubblicità, la protezione dei consumatori e, da ultimo, la materia della proprietà intellettuale¹¹⁵ - dimostra come si stia

¹¹⁴ Al momento inedita. Un primo commento è apparso in [DiMT.it](#) con le osservazioni di V. FALCE e F. VIZZONE, *Verso un nuovo approccio alla responsabilità civile dell'internet provider: l'hosting provider “attivo” (e sempre responsabile) non esiste*.

¹¹⁵ Sul punto M. BERTANI, *Internet e la “amministrativizzazione” della proprietà intellettuale*, in *AIDA* 2012, 129 ss. con cui si ripercorrono i profili problematici e le opportunità insiti nella possibilità di implementare, nell'ordinamento italiano, un sistema di *enforcement* amministrativo delle privative intellettuali nel mondo digitale.

via via affermando un doppio binario per la tutela del corretto funzionamento del mercato. Questo duplice piano di protezione - amministrativa, da un lato, e civile, dall'altro - ha trovato concretizzazione nel nuovo strumento posto a presidio dei diritti sulle opere dell'ingegno. Si tratta del discusso "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" (di seguito, per brevità, "reg. Agcom") adottato, all'unanimità, dal Consiglio dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni nella riunione del 12 dicembre 2013¹¹⁶.

Emergono, anche nella materia dei diritti sulle opere dell'ingegno, ipotesi "ibride" di illecito che afferiscono a norme di diritto amministrativo e, al contempo, riverberano i propri effetti in settori privatistici¹¹⁷. In quest'ottica, i poteri di intervento in materia di tutela del diritto d'autore trovano nelle disposizioni del *Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica* (allegato A della delibera 680/13/CONS) un tassello mancante rispetto all'impianto

¹¹⁶ Per un commento alle disposizioni del Regolamento, cfr. AA. VV., *Il regolamento AGCOM sul diritto d'autore*, Torino 2014, *passim*; G. SANTORO, *Il Regolamento AGCOM in materia di tutela del Diritto d'autore sulle Reti di comunicazione elettronica (d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70)*, in *Quaderni DIMT* 2014, 7 ss.; A. STAZI, *Il regolamento di cui alla delibera n. 680/13/CONS dell'Agcom per la tutela del diritto d'autore in rete*, in *Riv. dir. ind.* 2014, 13 ss.

In realtà da qualche anno, la scienza giuridica presta attenzione ai lavori preparatori di Agcom, osservando da angolazioni differenti, le ragioni e le criticità che accompagnano l'emergere di poteri sanzionatori nel comparto del *digital copyright enforcement*, cfr. S. ALVANINI e S. CASSINELLI, *I (possibili) nuovi poteri di AGCOM in materia di diritto d'autore nel settore dei media*, in *Il dir. ind.* 2011, 543 ss.

¹¹⁷ In generale, le diverse ipotesi di illeciti civilistici sui quali AGCOM, in veste di autorità amministrativa indipendente, è competente a pronunziarsi riguardano il comparto delle telecomunicazioni, dell'audiovisivo e dell'editoria.

delle competenze (anche sanzionatorie) connesse al settore delle comunicazioni¹¹⁸.

Entrando nel merito del meccanismo disciplinato dal reg. Agcom, questo introduce una procedura d'intervento molto snella, pur garantista di un contraddittorio tra le parti innanzi alla Direzione servizi media e alla Commissione per i servizi e prodotti dell'Autorità (artt. 7 e 12), che impone in capo al *provider* - una volta accertata la presenza o la diffusione di materia illecito tramite i suoi servizi - di ottemperare all'ordinanza di Agcom entro tre giorni, pena le cospicue sanzioni irrogabili¹¹⁹. Oggetto dei provvedimenti dell'autorità hanno ad oggetto l'ordine, rivolto ai fornitori di servizi di media a richiesta, di rimuovere dal loro catalogo le informazioni - *rectius* i *files* - lesivi di diritti di privacy.

I pregi del meccanismo di rimozione previsti dal regolamento Agcom sono essenzialmente due. Da un lato, l'attivazione del procedimento di accertamento è attivabile anche su istanza del soggetto leso, superando dunque i dubbi che accompagnano l'attuazione dell'art. 14 della direttiva sull'e-commerce ed evidenziati in precedenza. A questo si aggiunge la durata contenuta dell'intero procedimento: l'art. 13 reg.

¹¹⁸ Conferendo ulteriore autorevolezza alla visione di autorità "convergente" proposta da C. CALABRÒ, *Introduzione, L'autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Le autorità amministrative indipendenti*, (a cura di CIRILLO e CHIEPPA) in *Tratt. di diritto Amministrativo* (diretto da SANTANIELLO), XLI, Padova 2005, 492, e da F. MARINI BALESTRA, *Le sanzioni dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM)*, in *Le sanzioni delle Autorità Amministrative Indipendenti*, (a cura di FRATINI), Padova 2011, 861.

¹¹⁹ In accordo con il primo periodo dell'art. 1, co. 31, della legge che istituisce Agcom (L. 31 luglio 1997, n. 249, c.d. Legge Maccanico) si determina un generale regime di responsabilità per i soggetti che non ottemperano agli *ordini* e alle *diffide* dell'Autorità, accompagnato da una sanzione amministrativa pecuniaria applicabile entro i limiti edittali di "lire 20 milioni e lire 500 milioni".

Agcom prevede la necessità di conclusione dello stesso entro 35 giorni dall'invio dell'istanza all'autorità.

Nonostante il plauso della dottrina ed un ricorso massiccio al regolamento¹²⁰, il regolamento vive momenti turbolenti. Questi sono dovuti non solo al fatto che un gruppo coeso di associazioni di categoria attive nel settore multimediale abbia radicato, innanzi al Tar del Lazio, alcuni procedimenti volti alla sua sospensione, ritenendo illegittimi i provvedimenti di Agcom, ma anche in ragione di due ordinanze interlocutorie rimesse alla Consulta da parte del Tar laziale nel 2014¹²¹.

In particolare la questione incidentale di legittimità costituzionale, rilevante ai fini della eventuale declaratoria di illegittimità del regolamento dell'Agcom, si basa su di una presunta violazione dei principi di riserva di legge e di tutela giurisdizionale in relazione all'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero e di iniziativa economica, sanciti dagli articoli 2, 21, co. 1, 24 e 41 della Costituzione, nonché per la violazione dei criteri di ragionevolezza e proporzionalità nell'esercizio della discrezionalità legislativa e per la violazione del principio del giudice naturale, in relazione alla mancata previsione di garanzie e di tutele giurisdizionali per l'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero sulla rete almeno equivalenti a quelle sancite per la stampa, con la conseguente violazione degli articoli 21, co. 2 e segg., 24 e 25, co. 1, della Carta Costituzionale.

¹²⁰ Come dimostrano i dati contenuti nell'apposita sezione del sito di Agcom. In particolare, solo nel corso del 2014 i provvedimenti emanati sulla base del regolamento hanno sfiorato le trecento unità.

¹²¹ A.M. GAMBINO, A. MORRONE, O. POLLICINO, G.M. SALERNO, V. ZENO ZENCOVICH, *La rimessione alla Corte della della questione di legittimità costituzionale sulle reti di comunicazione elettronica*, interventi tenuti al Convegno "Il regolamento AGCom in materia di tutela del diritto d'autore a valle delle ordinanze del Tar Lazio, Sez. I, nn. 10016 e 10020 del 2014", e contenuti in federalismi.it.

Lasciando ad altra sede le valutazioni in merito al fondatezza della questione sollevata dalle ordinanze del Tar, è pienamente condivisibile un'osservazione sollevata in dottrina circa la pretesa lesione dei diritti fondamentali operata da Agcom per tutelare i diritti d'autore nel mondo digitale. Tra queste, infatti, spicca la serrata critica mossa da V. Zeno Zencovich¹²² secondo cui le ordinanze non terrebbero conto dell'intero impianto normativo posto alla base del regolamento e dell'espresso richiamo contenuto all'art. 2 reg. alla necessità di un costante bilanciamento tra i diritti fondamentali coinvolti, tra i quali si erge anche il diritto d'autore, forse trascurato nelle argomentazioni interlocutorie del Tribunale amministrativo laziale.

¹²² Cfr. nota precedente.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV. *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale e da lesione della proprietà intellettuale*, Atti del Convegno organizzato dalla Società italiana per lo studio della proprietà intellettuale (SISPI), Castel Gandolfo, 20-22 marzo 2003, Milano, 2004;
- AA. VV. *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino 2012;
- A. ALBANESE *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005;
- M. ARE *L'oggetto del diritto d'autore*, Milano 1963;
- T. ASCARELLI *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960;
- G. BAVETTA voce *Immagine (diritto alla)*, in *Enciclopedia del diritto*, XX, Milano, 1970;
- M. BERTANI *Diritto d'autore europeo*, Torino, 2011;
- A. BOTTANI *La proprietà intellettuale come meta-proprietà*, in *L'ontologia della proprietà intellettuale – Aspetti e problemi*, a cura di Bottani A. e Davies D., Milano, 2005;
- A. CANDIAN *Il diritto d'autore nel sistema giuridico*, Milano, 1953;
- A. CANDIAN, A. GAMBARO, *Property - Propriété - Eigentum*, Padova B. POZZO 2002;

- C. CARLETTI *I diritti fondamentali e l'Unione Europea tra Carta di Nizza e Trattato-Costituzione, Milano, 2003;*
- G. COLANGELO *Diritto comparato della proprietà intellettuale, Bologna, 2011;*
- W. CORNISH, D. LLEWELYN,
T.APLIN *Intellectual property: patents, copyright, trade marks and allied rights, London 2013*
- A. DE CUPIS *I diritti della personalità in Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo, Milano, 1982;*
- Immagine (diritto alla), in Enciclopedia Giuridica Treccani, XV, Roma., 1989;*
- M.V. DE GIORGI *Sponsorizzazione e mecenatismo, Padova, 1988;*
- V. DE SANCTIS *La Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche, Commento agli atti di Roma e di Bruxelles, Roma, 1949;*
- voce Diritto d'autore, in Enciclopedia Giuridica Treccani, VI, Roma, 1989;*
- A. DIETZ *Copyright law in the european community: a comparative investigation of national copyright legislation, with special reference to the provisions of the Treaty establishing the European Economic Community: produced at the request of the Commission of the European Communities, The Netherlands, 1978;*

- G.F. FERRARI *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza – Il costituzionalismo dei diritti –*, Milano, 2004;
- G. FLORIDIA *Il riassetto della proprietà industriale*, Milano, 2006;
- A. GAMBARO *Armonizzazione dei diritti di proprietà e linguaggi giuridici europei: tra assonanze e dissonanze*, in AA. VV., *Proprietà e diritto europeo*, (a cura di G. D'AMICO), Napoli 2013;
- G. GIACOBBE voce *Riservatezza (diritto alla)*, in *Enciclopedia del diritto*, XL, Milano, 1970;
- P. GRECO, P. VERCELLONE *I diritti sulle opere dell'ingegno*, in *Tratt. Vassalli*, XI, t. 3, Torino 1974;
- M.B. GUTIERREZ *La tutela del diritto d'autore*, Milano, 2008;
- U. IZZO *Alle radici della diversità tra copyright e diritto d'autore*, in *Il diritto d'autore nella società dell'information technology: software, database, multimedia*, a cura di Di Cocco C., Pelino E., Ricci A.M., Bologna, 2005;
- Alle origini del copyright e del diritto d'autore – Tecnologia, interessi e cambiamento giuridico*, Roma, 2010;
- A. JOHNS *Pirateria - Storia della proprietà intellettuale da Gutenberg a google*, Ed. Bollati Boringhieri, Torino 2011;

- G. KOHLER *Lehrburch des Patentrechts – Manuale delle privative industriali – (Prima traduzione italiana con prefazione e note di F. Foà), Milano, 1914;*
- M. LIBERTINI *Il mercato: modelli di organizzazione, in BOCCHICCHIO, BONSIGNORI, L'azienda e il mercato, in Trattato di dir. comm. e dir. pubb. dell'eco., (diretto da F. GALGANO), III, Padova, 1979;*
- R. MASTROIANNI *Diritto internazionale e diritto d'autore, Milano, 1997;*
- P. MENGOZZI *Il principio personalista nel diritto dell'Unione Europea, Padova, 2010;*
- D. MESSINETTI *voce Personalità (diritti della), in Enciclopedia del diritto, XXXIII, Milano 1970;*
- G. MICHAELIDES-NOUAROS *Le droit moral de l'auteur: étude de droit francais, de droit comparé et de droit international, Paris, 1935;*
- G. MORGESE *L'accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (TRIPs), Bari, 2009;*
- L. MOSCATI *Alle radici del droit d'auteur, Collana Studi di Storia del diritto, Bologna, 2007;*
- Tra copyright e droit d'auteur. Origine e sviluppo della proprietà intellettuale in Europa, Napoli 2012;*
- L. NIVARRA *Itinerari del diritto d'autore, Collana Quaderni AIDA, Milano, 2001;*

- M.L. PADELLETTI *La tutela della proprietà nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Milano, 2003;
- E. PIOLA CASELLI *Intorno alla ragion d'esser del diritto morale dell'autore e del diritto morale dell'inventore*, Tivoli, *Sine data*;
- E. PIOLA CASELLI, A. ARIENZO, voce *Diritti d'autore*, in *Novis. Dig. it.*, V, F. BILE, Torino 1957
- A. PLAIA *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, Torino, 2005;
- G. PUGLIESE, voce *Property*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXIV, Roma 1989;
- G. RAMACCIONI *La tutela multilivello del diritto di proprietà. Profili strutturali e funzionali nella vicenda della occupazione acquisitiva*, Torino 2013;
- P. RECHT *Le droit d'Auteur, une nouvelle forme de propriété*, Paris, 1969;
- G. RESTA *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005;
- G. RESTA *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, 2011;
- M. RICOLFI, *Il diritto d'autore*, in *Diritto Industriale, Trattato di diritto commerciale*, (a cura di N. ABRIANI, G. COTTINO, M. RICOLFI), II, Padova 2001;
- G. SANTINI *I diritti della personalità nel diritto industriale*,

Padova, 1959;

- L. SCHIUMA voce *Diritto d'autore e normativa europea*, in *Enc. Treccani XXI Secolo*, Roma 2009, 445 ss.;
- G. SPEDICATO *Interesse pubblico e bilanciamento nel diritto d'autore*, Milano 2013;
- N. STOLFI *La proprietà intellettuale*, Torino, 1915;
- J.A.L. STERLING *World copyright law*, London 2008;
- S. STRÖMHOLM *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français, et scandinave, avec un aperçu de l'évolution internationale – Étude de droit comparé*, Stockholm, 1967;
- L.C. UBERTAZZI
(a cura di) *La proprietà intellettuale, in Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, a cura di Ajani G. e Benachio G.A, Torino, 2011;
- L. C. UBERTAZZI *I Savoia e gli autori*, Milano 2000;
- D. VITA *Intorno al diritto d'autore*, Torino, 1912;
- P. VERCELLONE *Il diritto sul proprio ritratto*, Torino 1959;
- V. ZENO-ZENCOVICH voce *Personalità (diritti della)*, in *Digesto, Disc. Priv., Sez. civ.*, Torino, 1995;

ARTICOLI DA RIVISTE

- L. ALBERTINI *Restituzione e trasferimento dei profitti nella tutela della proprietà industriale (con un cenno*

- al diritto di autore) in Contratto e Impresa, 2010, p. 75 ss.;*
- G. ALPA *Il diritto d'autore tra persona, proprietà e contratto, in Il Diritto dell'informazione e dell'informatica, 1989, p. 363 ss.;*
- D. BARBERO *I beni immateriali come oggetto di diritto, in Rivista di Diritto Industriale, 1962, p. 297 ss.;*
- S. BARIATTI *I profili internazionali del contrasto alla contraffazione: le prospettive di riforma del Regolamento (CE) 44/2011, in Il diritto Industriale, 2011, p. 169 ss.;*
- A. BURZIO *Il risarcimento del danno da violazione di diritti d'autore, in Il diritto Industriale, 2003, p. 84 ss.;*
- C. CASTRONOVO *La violazione della proprietà intellettuale come lesione del potere di disposizione. Dal danno all'arricchimento, in Il Diritto Industriale, 2003, p. 7 ss.;*
- V. DE SANCTIS *Sulla natura giuridica del diritto di autore, in Il diritto d'autore, 1961, p. 1 ss.;*
- F.R. DEGL'INNOCENTI *La tutela dei diritti morali d'autore nell'Unione Europea, in Il diritto d'autore, 2006, p. 376 ss.;*
- E. DI SABATINO *Proprietà intellettuale, risarcimento del danno e restituzione del profitto, in La Responsabilità Civile, 2009, p. 442 ss.;*
- DONATI *La fondazione giusnaturalistica del diritto sulle opere dell'ingegno, in Annali italiani del*

diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo, 1997, p. 405 ss.;

- M. FASCIGLIONE *'Trade-related aspects of human rights?': Brevi riflessioni sull'accordo relativo agli aspetti commerciali del diritto di proprietà intellettuale (TRIPS), in La Comunità internazionale, 2002, p. 219 ss.;*
- G. FLORIDIA *Il risarcimento dei danni nella proprietà intellettuale e nel diritto antitrust, in Il diritto Industriale, 2011, p. 313 ss.;*
- M. FRANZOSI *Valutazione della proprietà intellettuale, in Il Diritto Industriale 2003, p. 17 ss.;*
- P. FRASSI *I danni patrimoniali, dal lucro cessante al danno emergente, in Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo, 2000, p. 270 ss.;*
- S. GUIZZARDI *La nuova disciplina del diritto d'autore nella società dell'informazione alla luce della direttiva 2001/29, in Europa e Diritto Privato, 2002, p. 813 ss.;*
- A. KEREVER *Le droit moral de l'auteur, in Il diritto d'autore, 1990, p. 9 ss. ;*
- R. MASTROIANNI *Proprietà intellettuale e costituzioni europee, in Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo, 2005, p. 9 ss.*
- G. MORGESE *Il piano d'azione per un mercato unico della proprietà intellettuale, in Sud in Europa, 2011;*

- L. MOSCATI *Il Code Civil e il destino della proprietà intellettuale in Europa, in La Rivista di diritto civile, 2008, p. 429 ss.;*
- Napoleone e a proprietà intellettuale, in La Rivista di diritto civile, 2006, I, 179 ss.*
- T. MALTE MÜLLER, A. PLAIA *Il risarcimento del danno per violazione della proprietà intellettuale nel diritto tedesco, in Europa e Diritto Privato, 2009, p. 457 ss.;*
- A. NICOLUSSI *Proprietà intellettuale e arricchimento ingiustificato: la restituzione degli utili nell'art. 45 TRIPs, in Europa e Diritto Privato, 2002, p. 1003 ss.;*
- R. PARDOLESI *Diritti della personalità, in Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo, 2005, p. 1 ss.*
- A. PLAIA *La violazione della proprietà intellettuale tra risarcimento e restituzione, in Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, 2003, p. 1021 ss.;*
- Allocazione contrattuale del rischio e tutela civile della proprietà intellettuale, in Danno e Responsabilità, 2008, p. 499 ss.*
- Rinvendicazione della paternità, tutela della reputazione e ritiro dal commercio nel diritto di autore, in Il diritto industriale, 2012, p. 59 ss.;*
- G. RESTA *Diritti della personalità: problemi e prospettive, in Il Diritto dell'informazione e dell'informatica, 2007, p. 1043 ss.;*
- The New Frontiers of Personality Rights and the Problem of Commodification:*

- European and Comparative Perspectives, in *Tulane European and Civil Law Forum*, 2011, p. 33 ss.;
- M. RICOLFI *I danni morali*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2000, p. 126 ss.;
- R. ROMANO *L'attuazione della direttiva sul diritto d'autore nella società dell'informazione: tecniche di tutela e diritto della concorrenza*, in *Europa e Diritto Privato*, 2003, p. 943 ss.;
- G. SAVORANI *Diritto d'autore: rimedi civilistici dopo la direttiva enforcement*, in *Danno e Responsabilità*, 2007, p. 500 ss.;
- P. SPADA *La proprietà intellettuale tra "reale" e "virtuale": un guado difficile*, in *Il Diritto di internet* 2007, 437 ss.;
- M.T. SCASSELLATI SFORZOLINI *La direttiva comunitaria del 22 maggio 2001, n.29, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore nella società dell'informazione*, in *Rivista del Diritto d'autore*, 2003, p. 65 ss.;
- A. THIENE *L'immagine fra tutela risarcitoria e restitutoria*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2011, II, p. 343 ss.;
- M. TOGLIATTO *Note a prima lettura sul Decreto di recepimento della Direttiva 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2006, p. 595 ss.;
- O. TROIANO *La tutela del diritto d'autore attraverso la disciplina dell'arricchimento ingiustificato*, in

Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo, 2000, p. 207 ss.;

L.C. UBERTAZZI

Numerus clausus dei diritti esclusivi di proprietà intellettuale?, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2009, p. 282 ss.;

A. VANZETTI

La "restituzione" degli utili di cui all'art. 125, n.3, C.p.i. nel diritto dei marchi, in *Il diritto industriale*, 2006, 323 ss.

MATERIALE GIURISPRUDENZIALE

Corte di Giustizia CE, sentenza del 8 giugno 1971, C-78/70, in *Raccolta 1971*, 487;

Corte di Giustizia CE, sentenza del 3 luglio 1974, causa 192/73, in *Raccolta 1974*, 731;

Corte di Giustizia CE, sentenza del 22 giugno 1976, causa 119/75, in *Raccolta 1976*, 1039;

Corte di Giustizia CE, sentenza del 20 giugno 1981, cause 55/80 e 57/80, in *Raccolta 1981*, 147;

Corte di Giustizia CE, sentenza del 9 febbraio 1982, causa 270/80, in *Raccolta 1982*, 329;

Corte di Giustizia CE, sentenza del 14 settembre 1982, C- 144/81 in *Raccolta 1982*, 2853;

Corte di Giustizia CE, sentenza del 20 ottobre 1993, cause riunite C-92/92 e C-392/92, in *Raccolta 1993*, I-5145;

Corte di Giustizia CE, sentenza del 20 marzo 1997, causa C-352/95, con nota di B. GUIDETTI, *Esaurimento comunitario contro esaurimento*

internazionale: un problema tuttora irrisolto, in *Rivista di diritto industriale*, 1997, II, p. 352 ss.;

Corte di Giustizia CE, sentenza del 22 settembre 1998, causa C-61/97, Raccolta 1998, I-5187;

Corte di Giustizia CE, sentenza del 20 novembre 2001, cause C-414/99 e C-416/99, Raccolta 2001, I-8691;

Corte di Giustizia CE, sentenza del 6 febbraio 2003, C-245/00, con nota di S. GUIZZARDI, *La nozione comunitaria di «equa remunerazione» in materia di proprietà intellettuale*, in *Europa e Diritto Privato*, 2003, p. 935 ss.;

Cassazione Civile, Sez. III, sentenza de 16 maggio 2008, n. 12433, con nota di D. BOSCHI in *Danno e Responsabilità*, 2008, p. 1233 ss.; e con nota di F. SANTORO in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2008, I, p. 1404 ss.;

Corte di Giustizia, 29 gennaio 2008, C-275/06 in *AIDA* 2008, 427 ss. con nota di D. SARTI, *Privacy e proprietà intellettuale: la Corte di giustizia in mezzo al guado*;

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 29 aprile 2008, Balan c. Moldova, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2009, p. 331 ss.;

Corte di Giustizia, ord. 19 febbraio 2009, C-557/07 in *AIDA* 2009, 398 ss. con annotazioni di P. GALLO;

Corte di Giustizia, 19 aprile 2012, C-461/10 in *Il dir. ind.* 2012, 535 ss., con nota di LEARDI, *Diritto di informazione e tutela dei dati personali in una recente pronuncia della Corte di Giustizia*.

ATTI DELL'UNIONE EUROPEA

Parere 1/1994 della Corte di Giustizia del 15 novembre 1994 in Racc. giur. Corte, 1994, I-5296

Libro verde – *Il diritto d'autore e i diritti connessi nella Società dell'informazione* – COM (95) 382;

Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio – Misure e procedure volte ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale – COM(2003) 46 def.

Direttiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, in GUCE, L 167/10, del 22.06.2001;

Direttiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, in GUCE, L 157/45, del 30.04.2004;

Libro verde – *Il diritto d'autore nell'economia della conoscenza* – COM (2008) 466 def.;

Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo e al Comitato Economico e Sociale Europeo – *Migliorare la tutela dei diritti di proprietà intellettuale nel mercato interno* – COM (2009) 467 def.;

Comunione della Commissione – *Il diritto d'autore nell'economia della conoscenza* – COM (2009) 532 def.;

Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni – *Un mercato unico dei diritti di proprietà intellettuale. Rafforzare la creatività e l'innovazione per permettere la creazione di crescita economica, di posti di lavoro e prodotti e servizi di prima qualità in Europa* – COM (2011) 287 def.;

Regolamento (UE) 386/2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 19 aprile 2012 che attribuisce all'Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno (marchi, disegni e modelli) compiti inerenti al rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, tra cui la

convocazione di rappresentanti del settore pubblico e privato in un Osservatorio europeo sulle violazioni dei diritti di proprietà intellettuale, in GUUE, L 129/1, del 16.05.2012.