

CORTE COSTITUZIONALE

SERVIZIO STUDI

Area di diritto comparato

**TUTELA DEL DIRITTO D'AUTORE
ED OSCURAMENTO DEI SITI WEB**

a cura di P. Passaglia

con contributi di

E. Bottini

C. Guerrero Picó

S. Pasetto

M.T. Rörig

settembre 2015

**TUTELA DEL DIRITTO D'AUTORE
ED OSCURAMENTO DEI SITI *WEB***

INDICE

<i>Premessa</i>	7
-----------------------	---

FRANCIA

1. Introduzione	11
2. La sospensione dell'accesso ad <i>Internet</i> come risposta alla violazione del diritto di proprietà intellettuale nell'ambito digitale	14
3. La possibilità di oscurare i siti <i>Internet</i> come risposta alla violazione delle regole relative all'accesso ad <i>Internet</i>	17
4. La giurisprudenza costituzionale sul diritto di <i>Internet</i>	20
4.1. L'esistenza di un diritto di accesso ad <i>Internet</i> ed il bilanciamento con il diritto d'autore	21
4.2. Le limitazioni all'accesso ad <i>Internet</i> e la necessità di un intervento giurisdizionale	23
4.3. L'applicazione dei principi enucleati alla legge <i>Hadopi 2</i>	25

GERMANIA

1. Introduzione	27
2. I principi ed il quadro normativo	31
2.1. Interessi e diritti costituzionali	31
2.2. La disciplina della responsabilità dell' <i>Access Provider</i>	39
3. Approfondimenti – Breve rassegna di giurisprudenza in materia	44
4. Osservazioni conclusive, anche in considerazione degli aspetti sovranazionali	51

REGNO UNITO

1. Introduzione	55
2. L'<i>Office of Communications</i>	55
3. Il quadro dei rimedi previsti per reagire alla violazione del diritto d'autore su <i>Internet</i>	56
4. Il <i>Copyright, Designs and Patents Act 1988</i>	57

5. La Police Intellectual Property Crime Unit	61
6. Il Digital Economy Act 2010	61
6.1. Le previsioni sulla violazione in <i>Internet</i> del diritto d'autore	63
6.2. Il c.d. "codice sugli obblighi iniziali"	65
6.3. La limitazione dell'accesso ad <i>Internet</i>	67
6.4. I ricorsi degli utenti	69
6.5. L'oscuramento dei siti <i>Internet</i>	70
7. Il controllo giurisdizionale del Digital Economy Act 2010	72

SPAGNA

1. Introduzione	75
2. La tutela amministrativa contro le violazioni dei diritti di proprietà intellettuale nell'ambito digitale	77
3. Le sentenze del Tribunale supremo del 31 maggio 2013	82
3.1. Il rifiuto del Tribunale supremo di adire il Tribunale costituzionale in via incidentale	82
3.2. La compatibilità del nuovo sistema amministrativo di tutela con il principio della separazione dei poteri e con la c.d. riserva di giurisdizione	84
3.3. Il rispetto dei limiti della potestà regolamentare	87
3.4. L'annullamento <i>in parte qua</i> dell'art. 20, comma 2, del regolamento sul funzionamento della Commissione sulla proprietà intellettuale	88
4. Il rafforzamento del ruolo della Sezione seconda della Commissione sulla proprietà intellettuale nella c.d. 'legge Lassalle'	90

APPENDICE

Cenni sull'<i>Online Copyright Infringement Liability Limitation Act</i> statunitense	95
1. Premessa	95
2. L'immunità dei <i>service providers</i>	96
2.1. Le comunicazioni transitorie	96
2.2. La creazione di copie <i>cache</i>	97
2.3. I materiali ospitati sui propri <i>servers</i>	97
2.4. Gli strumenti di ricerca delle informazioni	98
3. La <i>notice and takedown procedure</i>	98
4. Il <i>red flag test</i>	99

Premessa

Il tema oggetto del presente quaderno ha un indubbio rilievo transnazionale. Con ciò non si intende riferirsi soltanto alla – ormai scontata – difficoltà di normare a livello nazionale fenomeni che, grazie alla Rete, valicano sovente le frontiere, creando problemi di diritto internazionale privato, ma, ancor prima, di “aggregabilità” delle condotte illecite perpetrate. La transnazionalità ha, qui, anche un altro – e forse più pregnante – significato, derivante dalla tendenziale uniformità delle sfide cui i pubblici poteri debbono rispondere nei vari paesi: le condotte lesive dei diritti d’autore perpetrate attraverso la rete *Internet* sono, in effetti, riscontrabili a tutte le latitudini, ed in forme generalmente non troppo dissimili.

La scelta che si è operata è stata, tuttavia, quella di circoscrivere l’oggetto di indagine ad una tipologia specifica di rimedi, vale a dire quelli concernenti l’oscuramento dei siti *web* sui quali e dai quali la violazione dei diritti d’autore venga perpetrata. La motivazione di questa delimitazione dell’indagine è da ricercare, innanzi tutto, nell’intendimento di appuntare l’attenzione su procedure e strumenti specificamente attinenti alle violazioni in discorso (evitando, quindi, di ampliare il campo di studio a tutti quei rimedi di diritto comune che sono, ovviamente, applicabili, per la loro generalità, anche al tema in questione). A suffragare – almeno così pare – la scelta operata concorre, peraltro, anche un altro, e forse più rilevante, fattore, vale a dire la specificità di procedure e strumenti chiamati a rispondere a violazioni della proprietà intellettuale che non sono comparabili a quelle “tradizionali”, proprio in conseguenza delle potenzialità della Rete, che ne ingigantisce gli effetti sia sul piano quantitativo che su quello qualitativo. In altri termini, la peculiarità delle violazioni perpetrate *on line* conduce tendenzialmente ad un parziale ripensamento (nei limiti che si diranno subito) dei bilanciamenti che di solito presiedono alla tutela del diritto d’autore avverso esigenze contrapposte.

Anche sulla scorta di quest’ultima osservazione, nella ricerca comparatistica parrebbe ovvio, *prima facie*, l’inserimento tra gli oggetti da comparare anche delle basi teoriche e delle finalità delle sopra menzionate *policies*; se non fosse che, ad una indagine empirica, si coglie abbastanza nitidamente la relativa “semplicità” (nel senso di “monodirezionalità”) delle coordinate di riferimento su cui la risposta dei pubblici poteri si innesta: al fondo, la tutela del diritto d’autore sulla Rete si inquadra invariabilmente in un bilanciamento tra libertà (di espressione, di comunicazione, etc.) e proprietà (intellettuale). Nella determinazione dei termini

del bilanciamento, dunque, non influisce in modo marcato l'elemento nuovo costituito dalla rete *Internet*; da ciò l'ulteriore conseguenza che, nella prospettiva comparatistica, non è sui termini da bilanciare che possano attendersi riscontri significativi. Lo sguardo va rivolto semmai altrove: a mutare, nelle varie esperienze, è il punto di equilibrio che viene individuato di volta in volta, con ovvie ricadute in termini di modalità e forme di tutela dell'una o dell'altra esigenza.

Senza poter offrire un panorama che potesse anche solo aspirare alla compiutezza, si è ritenuto che una analisi avente ad oggetto alcuni ordinamenti europei potesse essere già sufficientemente significativa al fine di dar conto della policromia cui si è fatto accenno, pur nel quadro di una normativa dell'Unione europea che, almeno in teoria, dovrebbe favorire un ravvicinamento; un ravvicinamento che, allo stato, appare per molti versi più teorico che reale.

Un profilo che appare largamente comune è quello inerente alle sanzioni per il caso di violazione del diritto d'autore: rimasta assolutamente marginale l'opzione del blocco dell'accesso ad *Internet* per chi abbia posto in essere condotte lesive, sia in prima persona che per difetto di controllo (consentendo, così, ad altri di perpetrare violazioni dal proprio indirizzo *IP*), a risultare centrale è proprio l'oscuramento dei siti che recano materiale lesivo della proprietà intellettuale.

Il punto centrale è dunque quello delle modalità attraverso cui l'oscuramento avviene: al riguardo, al di là delle diverse procedure che sono state elaborate, è da rilevare che la legislazione adottata nei diversi paesi prevede l'intervento giurisdizionale. A questa regola non fa eccezione, sotto il profilo della richiesta di una pronuncia del giudice, l'ordinamento tedesco, nel quale, però, si esclude, tendenzialmente, la possibilità di inibire e ordinare l'oscuramento dei siti, sia per ragioni legate alla ritenuta inutilità di un blocco che è relativamente agevole da aggirare (e implica pertanto un'ingerenza sproporzionale), sia per la marcata attenzione alla dimensione della libertà di espressione e alla tutela della comunicazione (riservata) sulla Rete. A caratterizzare maggiormente il sistema tedesco è, peraltro, almeno allo stato attuale, l'assenza di un intervento legislativo che possa rappresentare una incontestabile base per provvedimenti inibitori e sanzionatori nel rispetto dei parametri costituzionali.

L'impostazione europea – se si eccettua il caso tedesco, ancora poco “normato” – si connota per l'intervento piuttosto penetrante della pubblica autorità. Da questo punto di vista, l'orientamento seguito dal legislatore federale statunitense risulta sensibilmente diverso, nella misura in cui la risposta alle violazioni viene affidata ai rapporti tra privati (il titolare del diritto d'autore, da un lato, il *Service Provider*, dall'altro), salvo il successivo – ed eventuale – intervento giurisdizionale.

Da un esame generale, si constata che il modello “privatistico” è, nel panorama comparatistico, recessivo, almeno nelle democrazie avanzate, sebbene per certi

versi anche il sistema britannico lo evochi e sebbene, di recente (30 luglio 2015), un accordo tra associazioni rappresentative dei diversi soggetti interessati abbia prospettato, per il Portogallo, l'adozione di meccanismi di tutela del diritto d'autore che prescindono dall'intervento pubblico. È significativo, però, che questo accordo sia stato aspramente criticato per la carenza di adeguate garanzie, che si ritiene non possano essere offerte da interventi giurisdizionali configurati soltanto come di tipo successivo. Una conferma indiretta può trarsi, oltre che dai paesi presi specificamente in esame in questo quaderno, anche dalla scelta operata recentemente dal Parlamento australiano, che il 22 giugno 2015 ha approvato l'*Australian Copyright Amendment (Online Infringement) Bill 2015*, un testo che fonda la tutela dei titolari del diritto d'autore sulla loro possibilità di ottenere una *website-blocking injunction*.

Paolo Passaglia

FRANCIA

a cura di Eleonora Bottini

1. Introduzione

Con riguardo al diritto dell'*Internet*, il caso francese è particolarmente ricco di riferimenti, ed appare uno dei più citati nel diritto comparato¹, in particolare per quanto concerne le problematiche relative al diritto d'autore ed i diritti c.d. "connessi"², ed al loro rapporto con la libertà di comunicazione e di espressione.

Come in molti altri paesi, lo sviluppo del digitale ha provocato numerosi cambiamenti relativamente sia alle tecnologie (produzione, conservazione, riproduzione e diffusione di opere) sia alle abitudini del pubblico e dei consumatori. Lo sviluppo di *Internet* ad alta velocità ha permesso il trasferimento di *files* voluminosi ed ha aperto la strada all'acquisizione legale di opere su *Internet*, ma ha anche permesso lo scambio tra gli utenti di *Internet* di *files* contenenti opere musicali o cinematografiche. Tali scambi si effettuano al di fuori di qualsiasi circuito di distribuzione tradizionale e senza che gli aventi diritto vengano remunerati. Il governo francese è stato quindi fortemente sollecitato dagli editori, preoccupati per il crollo delle vendite. Inizialmente, la Commissione nazionale sull'informatica e le libertà (CNIL) è stata incaricata di autorizzare le società di percezione e gestione dei diritti d'autore ad accedere ai dati personali relativi ai reati, alle condanne ed alle misure di sicurezza, per limitare la violazione della proprietà intellettuale dei loro aderenti. Rapidamente, però, una nuova legislazione si è rivelata necessaria.

¹ Ad esempio, la decisione del *Conseil constitutionnel* è stata citata esplicitamente dalla Sala costituzionale della Corte Suprema della Costa Rica, nella sentenza n. 12790 del 30 luglio 2010, ed è diventata la base del ragionamento giuridico che ha portato al riconoscimento dell'accesso ad *Internet* come un diritto fondamentale in questo paese: cfr. P. PASSAGLIA, *Protection on Fundamental Rights and the Internet within Systems of Centralized Judicial Review: a Comparison between Italy and France*, in corso di pubblicazione; ed anche P. PASSAGLIA, *Corte costituzionale e diritto dell'Internet: un rapporto difficile (ed un appuntamento da non mancare)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 6, 2014, 4860 ss.

² Il diritto d'autore è costituito da un diritto morale e da un diritto patrimoniale: il diritto morale è perpetuo, inalienabile ed esercitato dall'autore stesso o da chi ne fa le veci; il diritto patrimoniale include i diritti di riproduzione e di rappresentazione. I diritti connessi, chiamati anche diritti derivati o vicini, previsti dalla legge n. 85-660 del 3 luglio 1985, permettono la remunerazione degli artisti-interpreti e dei produttori di fonogrammi per la diffusione delle registrazioni sonore a fini commerciali (*media* radiotelevisivi, discoteche, ristoranti e supermercati).

Il 12 novembre 2003 è stato presentato in Parlamento il progetto di legge “in materia di diritto d’autore e di diritti connessi nella società dell’informazione” (la c.d. “legge *DADVSI*”)³. Inizialmente, questo doveva avere soltanto lo scopo di adattare la legge sullo sviluppo letterario ed artistico all’elaborazione digitale rapida delle nuove tecnologie dell’informazione e della comunicazione, che, secondo la relazione, “aprono nuove prospettive per la diffusione della creazione artistica, ma [implicano] anche rischi significativi per i titolari dei diritti d’autore”. A tal fine, contemporaneamente all’attuazione delle riforme sulle questioni nazionali (deposito legale, diritto d’autore, funzionari pubblici, monitoraggio delle società di gestione collettiva e distribuzione), il progetto è stato destinato principalmente ad uniformarsi al diritto europeo. Si trattava, infatti, di una legge di attuazione della 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”.

Dopo un dibattito lungo ed assai controverso, il testo adottato vietava la diffusione di qualsiasi copia “pirata” su *Internet*, rendendo legale il controllo dell’utilizzo di opere digitali tramite misure tecniche di protezione, ed istituiva sanzioni che andavano da una multa di 38 euro per l’utente che scaricava contenuti illegalmente fino ad una pena di tre anni di carcere e 300.000 euro di multa per colui che metteva in commercio un programma destinato all’*hacking*. La legge *DADVSI* aveva inoltre creato un’autorità amministrativa nuova, l’*Autorité de régulation des mesures techniques* (ARMT), che però non fu mai davvero attiva poiché non vi fu un utilizzo estensivo di misure tecniche per impedire la riproduzione illegale, soprattutto dei CD. L’autorità amministrativa è però rimasta ed è divenuta l’attuale *Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet* (Alta Autorità per la diffusione delle opere e la protezione dei diritti su *Internet*, c.d. HADOPI).

Nel 2009, infatti, è stata adottata una nuova legge, relativa alla diffusione e alla protezione della creazione su *Internet*, che ha sanzionato tramite un meccanismo di “risposta graduata” il fatto di scaricare illegalmente musica, film od opere audiovisive su *Internet*, ed ha istituito l’autorità amministrativa indipendente⁴

³ Legge n. 2006-961 del 1° agosto 2006, relativa al diritto d’autore ed ai diritti vicini nella società dell’informazione.

⁴ Un’autorità amministrativa indipendente (AAI) in Francia è un’istituzione statale incaricata, a nome dello Stato, di gestire la regolazione di settori considerati come essenziali e per i quali il Governo vuole evitare d’intervenire troppo direttamente. Le AAI sono una categoria relativamente recente nel diritto francese, poiché, contrariamente alla tradizione amministrativa francese, non sono sottoposte all’autorità gerarchica di un ministero. Il termine è apparso per la prima volta nella

preposta al controllo del comportamento degli utenti di *Internet* lesiva del diritto d'autore. La legge c.d. *Hadopi*, n. 2009-669 del 12 giugno 2009, che prende il nome proprio da tale autorità amministrativa, è stata completata lo stesso anno da una legge relativa alla protezione penale della proprietà letteraria ed artistica su *Internet*⁵. Le critiche nei confronti della legge *Hadopi*, provenienti dalla dottrina ma anche dal mondo politico, hanno fatto rilevare che il sistema fosse costoso⁶ e che non permettesse né la transizione delle industrie della creazione verso il digitale, né il finanziamento della creazione artistica stessa. Inoltre, nonostante soltanto un giudice possa pronunciare le sanzioni (in seguito all'intervento del *Conseil constitutionnel*, sul quale, v. *infra*), alcune associazioni di utenti e di consumatori ritenevano che la procedura di risposta graduata comportasse alcuni rischi per i diritti e le libertà costituzionali.

Numerosi aspetti della legislazione in vigore sono stati sistematizzati dalla giurisprudenza del *Conseil constitutionnel*, non ultimo quello della definizione stessa di *Internet* in termini giuridici. Infatti, nel controllare la legittimità costituzionale della legge *Hadopi* in via preventiva, il *Conseil* ha affrontato, tramite il controllo di proporzionalità, importanti questioni quali l'esistenza di un diritto all'accesso ad *Internet* ed il bilanciamento di tale diritto con il diritto d'autore, corollario del diritto di proprietà. In secondo luogo, il *Conseil* ha affrontato la questione della riserva di giurisdizione nell'ambito della creazione dell'autorità *Hadopi* e la possibilità per quest'ultima di applicare sanzioni quali la sospensione dell'accesso ad *Internet*.

Durante la scorsa campagna presidenziale del 2012, numerosi dibattiti si sono svolti su un'eventuale riforma o addirittura su una soppressione del sistema messo in atto con la legge *Hadopi*. Per rispondere alle critiche, l'autorità amministrativa HADOPI ha pubblicato nel marzo del 2012 un bilancio quantitativo della sua

legge del 6 gennaio 1978, che ha istituito la Commissione nazionale dell'informatica e delle libertà (CNIL), la prima AAI prevista dalla legislazione francese.

Il loro numero è variabile in funzione dei criteri definitivi scelti. Esse si dividono in due categorie: quelle incaricate della regolazione delle attività economiche e quelle che proteggono i diritti dei cittadini. Le AAI presentano tre principali caratteristiche: dispongono di un certo numero di poteri (raccomandazione, decisione, regolamentazione, sanzione); agiscono a nome dello Stato e sono loro delegate alcune competenze devolute all'amministrazione (ad esempio, il potere regolamentare); sono indipendenti sia rispetto ai settori oggetto di controllo sia rispetto ai pubblici poteri. Esse costituiscono quindi un'eccezione rispetto all'articolo 20 della Costituzione, secondo il quale il Governo dispone del potere regolamentare.

⁵ Legge n. 2009-1311 del 28 ottobre 2009 relativa alla protezione penale della proprietà letteraria ed artistica su *Internet*.

⁶ La *Haute autorité* viene dotata di un budget annuale di 12 milioni di euro.

attività, in cui si è evidenziata una netta tendenza alla diminuzione dei siti di *download* illegale tra individui, c.d. “*peer to peer*”. Ciononostante, questa diminuzione potrebbe essere avvenuta a beneficio delle tecnologie di *download* diretto (c.d. “*streaming*”) che non rientrano nell’ambito delle attività della HADOPI. Nella relazione, inoltre, si rileva che il ricevimento da parte di un utente di una raccomandazione provoca un cambiamento di atteggiamento da parte della grande maggioranza dei destinatari. Parallelamente, viene costatato che le offerte culturali legali *on line* stanno aumentando.

Numerose iniziative sono state intraprese da allora per modificare il regime esistente, e poco dopo l’ultima elezione presidenziale una missione è stata affidata dal Ministro della cultura e della comunicazione al giornalista Pierre Lescure, che ha consegnato un rapporto nel maggio 2013⁷ proponendo di sopprimere la HADOPI, ed in seguito a Mireille Imbert-Guaretta, consigliere di Stato, nel maggio 2014⁸. Ad oggi, il sistema nel suo insieme non è però stato modificato.

2. La sospensione dell’accesso ad *Internet* come risposta alla violazione del diritto di proprietà intellettuale nell’ambito digitale

La legge del 12 giugno 2009, che favorisce la diffusione e la protezione della creazione su *Internet* (la suddetta legge *Hadopi*), è stata presentata in Consiglio dei Ministri il 18 giugno 2008. Il testo, dopo una prima lettura da parte delle due Camere parlamentari, è stato redatto da una commissione bicamerale paritetica il 7 aprile 2009 ed è stata definitivamente adottata il 13 maggio 2009 dal Senato. È stata poi deferita al *Conseil constitutionnel* da numerosi deputati. La legge, oltre a disciplinare esplicitamente e per la prima volta la stampa *on line*⁹, ha novellato e

⁷ Il rapporto è intitolato “*Contribution aux politiques culturelles à l’ère numérique*”, e il testo è disponibile *on line* alla pagina http://www.culturecommunication.gouv.fr/var/culture/storage/culture_mag/rapport_lescore/index.htm.

⁸ Il rapporto è intitolato “*Outils opérationnels de prévention et de lutte contre la contrefaçon en ligne*”, ed è disponibile *on line* alla pagina <http://static.pcinpact.com/medias/rapport-outils-operationnels-fevrier-2014-vd.pdf>.

⁹ Nella nuova formulazione, l’articolo 1° della legge n. 86-897 definisce, al comma 1, la “pubblicazione a mezzo stampa” come “ogni servizio che utilizza un modo scritto di diffusione dei pensieri messo a disposizione del pubblico in generale o di categorie di pubblico e che ha uscite a scadenze regolari”. Il comma 2 definisce il “servizio di stampa *on line*” come “ogni servizio di comunicazione al pubblico *on line* stampato a titolo professionale da una persona fisica o giuridica che ha la direzione editoriale del suo contenuto, consistente nella produzione e nella messa a disposizione del pubblico di un contenuto originale, di interesse generale, rinnovato regolarmente, composto di informazioni che hanno un legame con l’attualità e che sono oggetto di un trattamento

completato alcune parti del codice della proprietà intellettuale, in particolar modo quelle relative alle “disposizioni generali relative al diritto d’autore, ai diritti connessi ed ai diritti dei produttori di banche dati”, ed in particolare il Titolo III relativo a “procedure e sanzioni”.

La legge *Hadopi*, nella sua prima versione (d’ora in avanti *Hadopi 1*), attribuiva all’autorità amministrativa indipendente che dà il nome alla legge la facoltà di bloccare l’accesso degli utenti ad *Internet* in caso di violazioni tecnicamente evidenti, senza il necessario vaglio di un giudice. Per contrastare il fenomeno sempre più massiccio del *download* illegale di contenuti digitali protetti dal diritto d’autore, venivano previste una serie di misure, prima di avvertimento, poi direttamente sanzionatorie, nei confronti degli utenti di cui si fosse sospettata una attività illecita, in seguito ad una serie di controlli. In seguito alla parziale censura in sede di controllo di costituzionalità, le misure sanzionatorie possono essere decise unicamente da un tribunale: la *Haute autorité* mantiene quindi unicamente il potere di inviare raccomandazioni agli utenti e di trasmettere i dati al pubblico ministero. La disciplina adottata successivamente alla prima censura del *Conseil constitutionnel* (contenuta nella legge c.d. *Hadopi 2*, legge n. 2009-1311 del 28 ottobre 2009, relativa alla protezione penale della proprietà letteraria ed artistica) funziona, come accennato, sulla base del principio della risposta graduata.

Nell’ambito di questo regime, le organizzazioni detentrici dei diritti d’autore raccolgono gli indirizzi IP degli utenti sospettati di aver commesso un’infrazione tramite l’utilizzo di reti di *download* “*peer-to-peer*”. Gli indirizzi sono in seguito trasmessi alla HADOPI, che richiede quindi ai fornitori di accesso ad *Internet* (*Internet Service Provider*) i nomi dei titolari del contratto di accesso ad *Internet* che corrisponde agli indirizzi IP¹⁰. In seguito, vengono messe in atto le tre fasi della procedura seguita dall’autorità amministrativa.

Dopo essere stata adita da parte dei titolari dei diritti (società di gestione collettiva e dei diritti di distribuzione, organi di difesa professionali, ecc.), o del

giornalistico, che non costituisce uno strumento di promozione o accessorio di un’attività industriale o commerciale”.

¹⁰ Secondo il rapporto di attività della HADOPI per il 2013-2014, le richieste di identificazione inviate agli *Internet Providers* sono state, dall’entrata in vigore della legge, 12.265.004. Il rapporto è disponibile *on line* alla pagina http://www.hadopi.fr/sites/default/files/page/pdf/HADOPI_Rapport_activite_2013-2014.pdf. Per un’analisi di questi dati e di quelli citati in seguito, v. P. THORNTON ET AL., *Is 2015 the year of the website-blocking injunctions?*, in *Hogan Lovells Global Media and Communication Quarterly*, 2015, 5 ss., disponibile *on line* alla pagina <http://www.hoganlovells.com/files/upload/Is%202015%20the%20year%20of%20the%20website-blocking%20injunction.%20pdf.pdf>.

pubblico ministero, la Commissione per la protezione dei diritti della HADOPI ha due mesi di tempo per avviare la prima fase della risposta graduata. Se riscontra un fatto che potrebbe costituire una violazione del dovere di monitorare l'accesso ad *Internet*, essa può inviare una raccomandazione.

La prima raccomandazione è trasmessa tramite posta elettronica al titolare del contratto di accesso ad *Internet* e lo avverte che ha violato il suo dovere di supervisione della propria connessione. Questa raccomandazione informa l'utente dell'esistenza di mezzi di protezione e delle offerte legali esistenti¹¹. In caso di reiterazione della violazione entro sei mesi, la Commissione per la protezione dei diritti potrà dar corso alla seconda fase, con l'invio di una raccomandazione sempre tramite *email*, accompagnata però da una lettera raccomandata con ricevuta di ritorno, che precisa che il titolare del contratto è stata identificato ancora una volta come la fonte del contenuto illegale, e che se la condotta non cessa immediatamente, la HADOPI potrà trasmettere il fascicolo al pubblico ministero in vista di sanzioni, quali la sospensione dell'accesso ad *Internet*¹².

Se la nuova reiterazione avviene entro un periodo di un anno a decorrere dalla data di invio della seconda raccomandazione, la Commissione per la protezione dei diritti informa l'utente, sempre tramite lettera raccomandata con ricevuta di ritorno, che tali fatti sono suscettibili di essere perseguiti penalmente. L'utente può quindi presentare le proprie osservazioni entro quindici giorni. Egli può anche richiedere che sia organizzata un'udienza davanti alla Commissione per la tutela dei diritti o essere convocato da quest'ultima¹³. A questo punto, la HADOPI rende una decisione con cui stabilisce se inviare il fascicolo al pubblico ministero, per il caso in cui la risposta graduata non abbia messo fine alla condotta illecita¹⁴. Spetta in seguito al giudice infliggere una sanzione, che nel regime originario poteva consistere nella sospensione dell'accesso ad *Internet* per una durata proporzionata alle circostanze ed alla gravità dell'infrazione, alla personalità del suo autore, alla sua condizione professionale o sociale ed alla sua situazione socio-economica¹⁵.

¹¹ Secondo il rapporto sopra menzionato, HADOPI ha inviato 3.249.481 di prime raccomandazioni.

¹² Secondo i dati forniti dalla HADOPI nel 2014, ad oggi 333.723 lettere registrate sono state inviate.

¹³ Dall'introduzione della terza fase della risposta graduata, nel giugno 2011, circa 60 udienze di questo tipo si sono svolte.

¹⁴ Dal 2011, la HADOPI ha reso 1.289 decisioni.

¹⁵ Non sono disponibili dati relativi ai processi in corso nelle corti di giustizia in seguito alle decisioni della HADOPI, ma un'unica decisione sembra aver ordinato la sospensione dell'accesso

La sospensione dell'accesso ad *Internet*, solo raramente utilizzata, è stata poi definitivamente esclusa dal meccanismo di risposta graduata della HADOPI. Il decreto n. 2013-596 dell'8 luglio 2013 ha infatti eliminato una delle previsioni più criticate della legge fin dal momento della sua introduzione: la pena complementare della sospensione temporanea dell'accesso ad *Internet* in caso di negligenza. L'articolo R. 355-5, III, del codice della proprietà intellettuale prevedeva infatti che le persone colpevoli della contravvenzione definita al punto I dello stesso articolo – la negligenza consistente nel non aver messo in atto un sistema di sicurezza dell'accesso ad *Internet* o nell'averlo fatto in maniera non accurata – potessero incorrere nella pena complementare della sospensione dell'accesso al servizio di comunicazione al pubblico *on line*, per una durata massima di un mese, una volta che l'autorità amministrativa HADOPI avesse proceduto ad un avvertimento ed una messa in mora, al fine di prendere le misure necessarie per impedire nuove infrazioni al diritto d'autore attraverso l'accesso ad *Internet* dell'utente titolare del contratto. Questa sospensione dell'accesso, anche se molto limitata nel tempo, era stata considerata “liberticida” da parte di alcuni e non era mai stata realmente applicata; va peraltro rilevato che il meccanismo era stato pensato più che altro come un deterrente.

Con il decreto dell'8 luglio 2013, come detto, tale misura è stata definitivamente abrogata, mentre la negligenza rimane una contravvenzione punita da ammenda; la pena complementare della sospensione provvisoria dell'accesso ad *Internet* può ancora essere pronunciata nei confronti di chi pubblica *on line* un'opera contraffatta, in applicazione dell'articolo L. 337-5 del codice della proprietà intellettuale. Inoltre, il decreto completa, precisando le modalità di comunicazione, l'articolo R. 331-37 nella parte in cui disciplina la consegna, da parte degli operatori dei servizi di telecomunicazione, di informazioni sull'identità dei titolari il cui accesso ad *Internet* è stato utilizzato per realizzare opere contraffatte.

3. La possibilità di oscurare i siti *Internet* come risposta alla violazione delle regole relative all'accesso ad *Internet*

La violazione delle regole relative all'accesso ad *Internet* può inoltre condurre all'oscuramento del sito *Internet* in cui o da cui l'infrazione è stata commessa. L'articolo 10 della legge *Hadopi 1*, che ha novellato l'articolo L. 336-2 del codice

ad *Internet* per 15 giorni, unitamente ad una multa di 600 euro da parte del *Tribunal d'instance de Montreuil*, il 3 giugno 2013.

della proprietà intellettuale, ha previsto che il *Tribunal de grande instance* potesse imporre qualunque misura atta a prevenire o ad interrompere una violazione del diritto d'autore o di un diritto connesso, nei confronti di qualsiasi persona suscettibile di porvi rimedio. La richiesta di procedere ad una tale ingiunzione, che può arrivare fino all'oscuramento del sito *Internet* illegale, può provenire dai titolari del diritto d'autore su opere od oggetti protetti dalla proprietà intellettuale, o da chi ne fa le veci, dalle società di percezione e ripartizione dei diritti, o dagli organismi di difesa professionale.

L'ingiunzione di oscurare siti *Internet* considerati illegali per violazione del diritto d'autore è avvenuta in due casi particolarmente significativi, entrambi decisi dal *Tribunal de grande instance* di Parigi. Nel primo caso, nella decisione "*Allostreaming.com*" del 28 novembre 2013¹⁶, cinque fornitori di accesso ad *Internet* francesi hanno ricevuto l'ingiunzione di oscurare l'accesso a siti di *streaming*. Nella seconda decisione, il 4 dicembre 2014, il *Tribunal* ha inviato ad altri quattro *Internet Providers* l'ingiunzione diretta a far oscurare per tutta la Francia e per un anno il sito *Internet* www.thepiratebay.se, con qualunque misura efficace, incluso il blocco del nome del dominio¹⁷.

Le condizioni e gli effetti dell'oscuramento di un sito *Internet* possono variare in maniera considerevole a seconda del tipo di violazioni che siano state commesse attraverso il sito. La gravità di queste infrazioni può andare dalla violazione del diritto di autore come nei casi suddetti, a violazioni molto più serie, come la diffusione di pornografia minorile. In queste due situazioni, il *Conseil constitutionnel* ha reagito in maniera molto diversa.

In seguito al deferimento della legge *Hadopi 1* al *Conseil constitutionnel* per il controllo preventivo della legittimità costituzionale, il giudice costituzionale, nella decisione n. 2009-580 DC del 10 giugno 2009, ha ritenuto conforme alla Costituzione l'articolo 10 della legge, riguardante l'oscuramento dei siti *Internet* illegali. I deputati ricorrenti avevano contestato l'oscuramento dei siti *Internet*, sulla base del diritto alla libertà di espressione e di comunicazione, in quanto esso avrebbe "impedito di ricevere informazioni ed idee"; inoltre, il carattere troppo vago di questa misura avrebbe, sempre secondo i ricorrenti, potuto provocare una restrizione preventiva dell'accesso ad *Internet* da parte delle persone

¹⁶ *Tribunal de grande instance de Paris, Ordonnance en référé* del 28 novembre 2013, *APC et autres, Auchan Telecom et autres*, consultabile *on line* alla pagina <http://static.pcinpact.com/medias/jugement-allostreaming-20131129.PDF>.

¹⁷ *Tribunal de grande instance de Paris, Ordonnance en référé* del 4 dicembre 2014, *SCPP, Orange, Free, SFR et Bouygues Télécom*, consultabile *on line* alla pagina <http://static.pcinpact.com/medias/decision-the-pirate-bay.pdf>.

potenzialmente soggette alla disposizione legislativa sull'oscuramento dei siti. Il *Conseil* ha però disatteso tale doglianza, affermando che il legislatore non si è posto in contrasto con la libertà di espressione permettendo al tribunale di oscurare un sito, purché tale misura venga adottata al termine di una procedura in contraddittorio; il giudice ha inoltre emesso una riserva interpretativa, a proposito della necessità per il *Tribunal de grande instance* di stabilire solo le misure strettamente necessarie per preservare i diritti a rischio di violazione e nel rispetto della libertà di espressione e comunicazione.

Tutt'altro ragionamento è quello effettuato dal *Conseil constitutionnel* nel giudizio sulla legge c.d. *LOPPSI 2* (legge di orientamento e di programma per la realizzazione della sicurezza interna)¹⁸, che, tra i vari temi affrontati, aveva inteso completare la disciplina relativa all'incriminazione per lo sfruttamento dell'immagine pornografica di un minore prevista dall'articolo 227-23 del codice penale. È stata quindi aggiunta la disposizione secondo cui, “quando le necessità della lotta contro la diffusione di immagini o rappresentazioni di minori che rientrano nell'articolo 277-23 del codice penale lo giustificano, l'autorità amministrativa deve notificare ai fornitori di accesso ad *Internet* gli indirizzi elettronici dei servizi di comunicazione al pubblico *on line* che contravvengono alle disposizioni di tale articolo, ai quali indirizzi i fornitori devono impedire l'accesso [ai siti] immediatamente”¹⁹.

Tale misura era stata criticata dai ricorrenti, che ritenevano che la creazione di un sistema di blocco dell'accesso a siti *Internet* da parte di alcuni indirizzi IP fosse una misura controproducente o comunque inappropriata, ed eccessivamente costosa rispetto all'obiettivo perseguito, cioè quello di combattere la distribuzione della pornografia minorile. Veniva, però, soprattutto criticata l'assenza di una qualsiasi autorizzazione giudiziaria, il che provocava una violazione sproporzionata della libertà di comunicazione.

Ad avviso del *Conseil constitutionnel* (espresso nell'ambito della decisione 2011-625 DC del 10 marzo 2011), introducendo un sistema che rendesse possibile l'impedire l'accesso ai servizi pubblici di comunicazione *on line* che distribuiscono immagini pornografiche ritraenti dei minori, il legislatore non aveva commesso alcun errore manifesto di valutazione. Inoltre, l'incidenza su

¹⁸ Legge n. 2011-267 del 14 marzo 2011. Sulla riforma relativa alla tutela dei minori presente in questa legge e sul relativo controllo effettuato dal *Conseil constitutionnel*, v. P. BONFILS, *La LOPPSI 2 et le droit pénal des mineurs*, in *Recueil Dalloz*, 2011, n. 17, 1162 ss.

¹⁹ Così recita l'articolo 7 della legge n. 2004-575 del 21 giugno 2004, come modificato dalla legge *LOPPSI 2*.

diritti individuali derivante dall'oscuramento di alcuni siti *Internet* ed il costo di tale misura sarebbero stati compensati dalla tutela di altre esigenze garantita dalla possibilità di impedire la diffusione di immagini pedopornografiche; di conseguenza, il legislatore non aveva violato neppure l'esigenza costituzionale del buon uso dei fondi pubblici.

Il *Conseil constitutionnel* ha inoltre osservato che le disposizioni contestate si limitavano a permettere all'autorità amministrativa di limitare l'accesso ai servizi pubblici di comunicazione *on line*, se e soltanto se questi servizi distribuivano pornografia infantile, in modo tale da proteggere gli utenti di *Internet*. La decisione dell'autorità amministrativa, tra l'altro, poteva essere contestata davanti ad un tribunale in ogni momento e da ognuna delle parti interessate.

I due *considérants* di principio contenevano le seguenti affermazioni: “[...] avendo stabilito un meccanismo per impedire l'accesso ai servizi di comunicazione al pubblico *on line* che diffondono immagini pornografiche che mostrano minori, il legislatore non ha commesso alcun errore manifesto di valutazione”; [...] le disposizioni impugnate non conferiscono alle autorità amministrative il potere di limitare, per la protezione degli utenti di *Internet*, l'accesso ai servizi pubblici di comunicazione *on line* se non quando e nella misura in cui essi trasmettono immagini di pornografia infantile; [...] la decisione dell'autorità amministrativa può essere rimessa in discussione in qualsiasi momento e da chiunque sia interessato davanti al tribunale competente, se necessario, in un procedimento in contraddittorio; [...] a queste condizioni, tali accordi fanno sì che non sia sproporzionata la conciliazione tra l'obiettivo costituzionale di tutela dell'ordine pubblico e la libertà di comunicazione garantita dall'articolo 11 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 [...]” (*considérants* 7 e 8).

La gravità del reato era dunque ciò che giustificava l'oscuramento del sito da parte di un'autorità amministrativa, senza che questo si ponesse in contrasto con il principio della separazione dei poteri, sulla base del quale l'intervento giudiziario era stato invece considerato come necessario nel caso della violazione del diritto di autore.

4. La giurisprudenza costituzionale sul diritto di *Internet*

La giurisprudenza costituzionale, ed in particolare la decisione n. 2009-580 DC del 10 giugno 2009 a proposito della legge *Hadopi 1* già citata, ha contribuito in modo decisivo a precisare alcuni aspetti del diritto di *Internet*, nonché a porre dei

limiti riguardanti la possibilità di sanzionarne le violazioni. Nella decisione, il *Conseil* enuncia l'esistenza di un vero e proprio diritto di accesso ad *Internet*, per poi effettuare, sulla base del controllo di proporzionalità, un bilanciamento tra tale diritto ed i diritti legati alla proprietà intellettuale.

Tale controllo è stato effettuato anche sulle sanzioni applicabili in caso di violazione delle regole imposte dalla legge sul diritto d'autore, e la questione che si poneva riguardava soprattutto l'esistenza di un'eventuale riserva di giurisdizione nell'applicazione di sanzioni limitative dell'accesso ad *Internet*.

I principi enucleati dal *Conseil constitutionnel* sono stati integrati dal governo francese nella nuova legge, c.d. *Hadopi 2*, che modifica la prima versione censurata dal giudice costituzionale e segnatamente introduce l'intervento necessario del giudice per l'applicazione delle sanzioni.

4.1. L'esistenza di un diritto di accesso ad *Internet* ed il bilanciamento con il diritto d'autore

Il *Conseil constitutionnel* è stato uno dei primi organi di giustizia costituzionale a dichiarare che l'accesso ad *Internet* è un diritto, e la sua affermazione è comunque una delle più esplicite.

Prima della promulgazione, i deputati dell'opposizione avevano deferito al *Conseil* quella che sarebbe divenuta la legge n. 2009-669 del 12 giugno 2009. Tra le varie doglianze, i ricorrenti sostenevano che “nel dare ad un'autorità amministrativa, anche se indipendente, il potere di sanzionare nella forma dell'impedimento dell'accesso ad *Internet*, il Parlamento [aveva] violato il diritto fondamentale della libera espressione e comunicazione, ed inoltre [aveva] introdotto sanzioni manifestamente sproporzionate”.

Il *Conseil*, nella sua decisione n. 2009-580 DC, si è riferito all'articolo 11 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, ai cui termini “la libera comunicazione dei pensieri e delle opinioni è uno dei diritti più preziosi dell'uomo; ogni cittadino può dunque parlare, scrivere, stampare liberamente, salvo a rispondere dell'abuso di questa libertà nei casi determinati dalla Legge”.

Da questa disposizione, il *Conseil constitutionnel* ha dedotto che “allo stato attuale dei mezzi di comunicazione, ed avuto riguardo allo sviluppo generalizzato dei servizi di comunicazione al pubblico *on line*, nonché all'importanza assunta da questi servizi per la partecipazione alla vita democratica e per l'espressione delle idee e delle opinioni, [la libertà di espressione] implica la libertà di accedere a questi servizi” (*considérant* 12).

Il *Conseil constitutionnel* ha di conseguenza ritenuto che l'accesso ad *Internet* fosse un diritto protetto dalla Dichiarazione del 1789, che fa parte del blocco di costituzionalità; questo non significa però che esso sia stato definito come un diritto fondamentale: secondo il commento “quasi-ufficiale” alla decisione pubblicato nei *Cahiers du Conseil constitutionnel*, infatti, affermare la libertà di accesso ad *Internet* non significa riconoscere un diritto generale ed assoluto ad essere connesso²⁰. La posizione del *Conseil* è quindi più cauta di quella richiesta dei ricorrenti riguardante il riconoscimento di un vero e proprio diritto fondamentale ad accedere alla rete.

Cionondimeno, accedere alla rete *Internet* è considerato come una delle manifestazioni della libertà di comunicare liberamente, la quale ha una natura giuridica particolare e beneficia di una protezione rinforzata: secondo il *Conseil*, infatti, la libertà di espressione e di comunicazione è la condizione per l'esercizio di altri diritti ed il fondamento stesso della democrazia. La protezione di questa libertà deve avvenire soprattutto nell'ambito della comunicazione attraverso *Internet*, la quale può riguardare tutti gli individui²¹. Essendo l'accesso ad *Internet* diventato ormai parte integrante e condizione imprescindibile di esercizio di numerosi diritti e libertà costituzionali, inibire tale accesso avrebbe un'incidenza particolarmente grave sull'esercizio tali diritti. Il *Conseil* ha quindi affermato che le limitazioni imposte dalle sanzioni in questo ambito devono essere limitate, in quanto “allo stato attuale delle cose, le violazioni della libertà di accedere ad *Internet* si analizzano, rispetto alla Costituzione, come violazioni della libertà garantita dall'articolo 11 della Dichiarazione del 1789”²².

Sulla base delle considerazioni svolte dal *Conseil*, ed indipendentemente dalle limitazioni che possono essere imposte al detentore del diritto, si può concludere che il rango costituzionale del diritto di accesso ad *Internet* è in ogni caso attualmente fuori discussione. Il caso portato davanti al *Conseil*, tuttavia, non ha dato al giudice costituzionale la possibilità di precisare se il diritto di accesso ad *Internet* sia un diritto di libertà oppure se abbia anche una dimensione di diritto sociale. Il *Conseil constitutionnel* non si è attardato su questo punto, non si può quindi essere certi che il legame con la libertà di comunicare liberamente implichi

²⁰ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Commentaire à la décision n° 2009-580 DC del 10 giugno 2009, Loi relative à la diffusion et à la protection de la création sur internet*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n. 27, disponibile on line alla pagina http://www.Conseil-constitutionnel.fr/Conseil-constitutionnel/root/bank/download/2009580DCccc_580dc.pdf.

²¹ N. LUCCHI, *La legge “Création et Internet”. Le censure del Conseil constitutionnel e lo Stato di diritto*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, 375 ss.

²² CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Commentaire*, cit., 7 ss.

un eventuale obbligo per lo Stato di mettere in atto procedure e situazioni tendenti a garantire l'accesso ad *Internet* a tutti i cittadini.

Grazie al significato giuridico accordato ad *Internet* ed al diritto di avervi accesso, il *Conseil constitutionnel* si è pronunciato sul bilanciamento tra due diritti fondamentali: la libertà di espressione, di cui *Internet*, come detto, è una componente importante, ed il diritto di proprietà, relativamente al suo corollario del diritto d'autore. Basandosi sul controllo di proporzionalità tra i due diritti confliggenti, il *considérant* di principio così recita: “[...] su tale fondamento [dell'articolo 34], è legittimo per il legislatore imporre regole al fine di conciliare il perseguimento dell'obiettivo di lotta contro le pratiche di contraffazione su *Internet* con l'esercizio del diritto di libera comunicazione e della libertà di parlare, scrivere e stampare; cionondimeno, la libertà di espressione e comunicazione è tanto più preziosa in quanto il suo esercizio è una condizione della democrazia ed una delle garanzie del rispetto degli altri diritti e delle altre libertà; le limitazioni poste all'esercizio di tale libertà devono quindi essere necessarie, idonee e proporzionate all'obiettivo perseguito” (*considérant* 15).

Nonostante l'accesso ad *Internet* non sia stato definito come un diritto fondamentale, il *Conseil* ha reso chiaro che il significato giuridico di tale accesso necessita di una protezione elevata; di conseguenza, un conflitto tra l'accesso ad *Internet* et il diritto di autore non può risolversi in una priorità data a quest'ultimo.

4.2. Le limitazioni all'accesso ad *Internet* e la necessità di un intervento giurisdizionale

Nella stessa decisione, il *Conseil constitutionnel* ha inoltre dichiarato incostituzionale la disposizione che permetteva ad un'autorità amministrativa di sospendere l'accesso ad *Internet* come sanzione anche per gli individui che, accedendo ad una rete *Internet* per un servizio di comunicazione pubblica *on line*, non avessero rispettato la regola dell'utilizzo del detto accesso senza riprodurre, mostrare, rendere pubblico o comunicare al pubblico lavori o proprietà protette dal diritto d'autore od da un diritto equivalente senza l'autorizzazione dei detentori del diritto d'autore. La motivazione di tale declaratoria d'incostituzionalità derivava dall'impossibilità, per un organo amministrativo, di sanzionare condotte contrarie al diritto d'autore senza passare dal vaglio di un giudice: “[...] i poteri sanzionatori stabiliti dalle disposizioni impugnate autorizzano la Commissione di tutela dei diritti, *che non è un tribunale*, a limitare od impedire l'accesso ai possessori di un abbonamento ad *Internet* ed alle persone che da esse sono autorizzate ad utilizzarlo; [...] la competenza conferita

all'autorità amministrativa non è limitata ad una particolare categoria di persone, ma si estende a tutta la popolazione; [...] i suoi poteri possono portare a limitare l'esercizio, da parte di qualunque persona, del suo diritto di esprimersi e di comunicare liberamente, in particolare dalla propria abitazione; [...] in tali circostanze, tenuto conto della natura della libertà garantita dall'articolo 11 della Dichiarazione 1789, il legislatore non poteva, quali che [fossero] le garanzie in materia di applicazione delle sanzioni, affidare tali poteri ad un'autorità amministrativa al fine di tutelare i diritti dei titolari dei diritti d'autore e dei diritti connessi [...]" (*considérant* 16).

Nell'ordinamento francese, i diritti di libertà sono normalmente tutelati da riserve di giurisdizione per quanto riguarda la limitazione del loro esercizio; inoltre, l'articolo 66 della Costituzione²³ fa dell'autorità giudiziaria la garante della libertà individuale, e sottrae all'autorità amministrativa ogni decisione relativa alla limitazione di tale libertà e della maggior parte delle libertà fondamentali in genere. Nella decisione in esame, il *Conseil* ha quindi ritenuto che un'autorità amministrativa, per quanto indipendente (e di tale indipendenza si può comunque dubitare, dato che essa è pur sempre di nomina politica), non potesse limitare in maniera così sproporzionata una libertà senza porsi in contrasto con la separazione dei poteri.

Non si trattava però di dichiarare incostituzionale qualsiasi potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti: ancora una volta, è tramite il controllo di proporzionalità che il *Conseil* ha giudicato troppo grave la limitazione di una libertà costituzionalmente garantita – la libertà di comunicazione di pensieri e di opinioni – senza l'intervento di un giudice, unico in grado di limitarla. A questo proposito, il *Conseil* ha precisato quanto segue: “[...] né il principio della separazione dei poteri, né alcun altro principio o regola di valore costituzionale, ostano a che un'autorità amministrativa, che agisce nell'ambito delle prerogative di un pubblico potere, possa esercitare un potere sanzionatorio nella misura necessaria al compimento della propria missione, purché l'esercizio di tale potere venga associato, dalla legge, a misure destinate a proteggere i diritti e le libertà garantiti dalla Costituzione” (*considérant* 14).

Così facendo il *Conseil*, pur senza dichiarare l'incostituzionalità di qualunque potere sanzionatorio conferito alle autorità amministrative indipendenti, ha inteso imporre al legislatore di definire tale potere nel rispetto dei principi costituzionali, in questo caso la legalità dei delitti e delle pene, la presunzione d'innocenza ed il

²³ “Nessuno può essere detenuto arbitrariamente. L'autorità giudiziaria, garante della libertà individuale, assicura il rispetto di questo principio alle condizioni previste dalla legge”.

diritto di difesa, che sono, secondo il *Conseil*, applicabili a qualunque sanzione che abbia carattere afflittivo, indipendentemente dal fatto che il legislatore ne abbia conferito l'onere ad un'autorità amministrativa.

4.3. L'applicazione dei principi enucleati alla legge *Hadopi 2*

I principi enucleati nella decisione precitata sono stati applicati nella successiva decisione n. 2009-590 DC del 22 ottobre 2009, in cui il *Conseil constitutionnel* ha dovuto pronunciarsi sulla conformità alla Costituzione della legge che rimediava all'incostituzionalità della precedente legge *Hadopi*: la legge c.d. *Hadopi 2*, con la quale il potere sanzionatorio è stato attribuito – seguendo le indicazioni del *Conseil* – all'autorità giudiziaria. Il *Conseil* ha confermato, in questa seconda decisione, la legittimità costituzionale della disposizione che permette ai membri della Commissione per la protezione del diritto di autore, in accordo con agenti autorizzati dall'autorità giudiziaria, di accertare se esistono condotte o atti suscettibili di costituire reati punibili con la pena aggiuntiva della sospensione dell'accesso ad *Internet*. In considerazione del fatto che nessuna regola o principio costituzionale impedisce ad un'autorità amministrativa di partecipare all'applicazione della pena della sospensione o dell'interruzione dell'accesso ad *Internet*, la protezione dei diritti individuali è stata considerata garantita dalla distinzione chiara tra il potere di indagine ed il potere di condanna, profilo, questo, sul quale in *Conseil* ha particolarmente insistito. L'autorità giudiziaria competente, infatti, sarebbe stata in grado di decidere caso per caso se ulteriori indagini fossero state necessarie o se le prove ottenute dagli agenti civili in collaborazione con le forze di polizia fossero sufficienti a provare la colpevolezza dell'accusato, e nel caso rendere possibile l'applicazione della pena.

In questo modo, si comprende come la sospensione provvisoria o definitiva dell'accesso ad *Internet* sia una sanzione di per sé ammessa, purché venga definita come tale da una corte. Il legislatore, in altri termini, è libero di introdurre sanzioni che vadano fino alla sospensione o all'interruzione dell'accesso ad *Internet*, nella misura in cui queste rispettino le limitazioni costituzionali legate alla necessità ed alla proporzionalità delle pene.

Nella decisione n. 2009-590 DC, il *Conseil constitutionnel* ha affermato questo principio quando ha giudicato la natura della sanzione prevista dalla legislazione contestata: a questo proposito, il giudice costituzionale ha considerato che l'introduzione di una pena supplementare volta a punire le violazioni del diritto d'autore commesso mediante l'utilizzo di *Internet*, e consistente nella sospensione dell'accesso a questo servizio per un periodo massimo di un anno,

contemporaneamente al divieto di sottoscrivere un altro contratto per gli stessi servizi con un altro *Internet Provider*, non fosse in contrasto con il principio della necessità delle pene (*considérant* 21).

GERMANIA

a cura di Maria Theresia Rörig

1. Introduzione

Il legislatore tedesco non ha provveduto ad emanare una normativa specifica in base alla quale un'autorità amministrativa e/o un giudice possa ordinare al c.d. *Access Provider* (intermediario che fornisce tecnicamente all'utente l'accesso all'*Internet*) l'oscuramento ossia il blocco dell'accesso (*Sperre*)¹ alle pagine *web* con contenuti in contrasto con la legge sui diritti d'autore. Tanto meno esiste in Germania un'autorità amministrativa specificamente incaricata di effettuare interventi di filtro o blocco in questo settore (non si pone quindi un problema di violazione della riserva di giurisdizione potenzialmente derivante dall'attribuzione ad un organo amministrativo del potere di incidere in senso limitativo sulla libertà di espressione ed altri diritti fondamentali coinvolti). Si dibatte piuttosto sulla questione relativa alla sussistenza o meno in capo al giudice civile, adito dal titolare di diritti d'autore, del potere di ordinare all'*Access Provider* il blocco dell'accesso ai siti *Internet* che violano i diritti d'autore, senza tuttavia che vi sia una specifica normativa che indichi parametri idonei a garantire la necessaria ponderazione fra i diversi diritti costituzionali potenzialmente confliggenti in tali fattispecie (in particolare sotto il profilo della eventuale violazione della riserva di legge).

La misura del "blocco" dell'accesso a contenuti illegittimi pubblicati su *Internet* tramite l'*Access Provider* è da anni oggetto di ampio dibattito, nel quale si evidenzia il suo essere uno strumento utilizzabile nella lotta contro le violazioni di legge in "rete", ma lo scetticismo resta comunque assai elevato, addirittura anche per eventuali casi in cui si tratti di provvedimenti emessi dalla magistratura a fronte di gravi violazioni della normativa penale commessi da o su siti *Internet*.

¹ Dal punto di vista tecnico, si distinguono essenzialmente i seguenti metodi volti a realizzare un blocco dell'accesso alle pagine *Internet* aventi contenuti illegittimi: 1) blocco DNS (*Domain Name System* – deviazione basata su *DNS Server*) ovvero esclusione di nomi DNS nei *server* DNS, 2) blocco tramite gli indirizzi IP salvati nei *router* e 3) utilizzo di *proxy server* con la possibilità di bloccare determinate URL (per il controllo di contenuto dei pacchetti dati). È possibile utilizzare anche un quarto tipo di blocco, c.d. "ibrido" perché è una combinazione del blocco IP e *Proxy Server* (URL).

Il dibattito, in particolare, ha attirato un forte interesse dell'opinione pubblica e della classe politica con riferimento al tema della pedopornografia su *Internet*. Ad esito di tale dibattito si è avuta l'adozione del c.d. *Zugangerschwerungsgesetz* (letteralmente "Legge che rende l'accesso più difficile"²) entrata formalmente in vigore il 23 febbraio 2010. La legge prevedeva l'introduzione di "filtri" per i casi di pedopornografia *on line*. Detta legge aveva previsto un termine triennale entro cui la normativa sarebbe dovuta essere rivista ed eventualmente integrata alla luce dei risultati ottenuti ed aveva stabilito che durante tale periodo la polizia federale tedesca (senza l'intervento della magistratura) dovesse procedere alla compilazione di una *blacklist* di siti da fornire ai *providers*, i quali, a loro volta, avrebbero dovuto provvedere al "blocco" dei relativi accessi. In realtà, si è ben presto potuto rilevare che sarebbe stato troppo semplice aggirare il blocco e che comunque il contenuto di un sito bloccato poteva apparire velocemente su altri siti ancora non filtrati³. Il blocco ideato appariva dunque inefficace. Inoltre era stato rilevato che l'esecuzione dell'ordine della polizia federale da parte dei *providers* comportava comunque l'implementazione di sistemi di filtro e spese che, nel tempo, avrebbero potuto diventare difficilmente sostenibili per alcune aziende, con gravi ricadute sulla concorrenza nel settore della connettività *on line*. Sulla scorta di queste riserve, nella prassi concreta, i blocchi non hanno mai *de facto* trovato applicazione e già nel 2011 la legge è stata abrogata, ancor prima della loro scadenza. A questo risultato ha certamente contribuito l'avvertito rischio di dar luogo ad una censura, contro la quale era stata lanciata una petizione *on line* che aveva superato le 130.000 firme: si temeva, infatti, che l'applicazione dei c.d. "filtri di Stato" desse l'avvio ad una "censura di Stato", sull'assunto che un filtro potesse essere utilizzato anche in relazione a contenuti che non avessero nulla a che fare con quelli pedopornografici.

La legge era stata anche oggetto di un ricorso costituzionale, che è stato tuttavia dichiarato inammissibile per mancanza di una idonea motivazione⁴. Sul piano prettamente contenutistico, merita evidenziare come la legge abrogata

² Già il titolo della legge rende esplicito come il c.d. "blocco" non possa, alla luce della tecnologia attualmente a disposizione, essere inteso come un ostacolo definitivo all'accesso alle informazioni ed ai contenuti illegittimi, ma debba piuttosto configurarsi semplicemente alla stregua di uno strumento volto a rendere meno agevole l'accesso a detti contenuti.

³ Gli esperti informatici sembrano, infatti, ritenere che il c.d. blocco tramite l'*Access Provider* sia inefficace in quanto facilmente eludibile (anche senza grandi conoscenze informatiche) e nel contempo crei, a parte i costi e la necessità di impiegare notevoli quanto continui mezzi tecnici, una incertezza del diritto in capo ai *providers*: cfr. G. SCHNEIDER, *Sperren und Filtern im Internet*, in MMR, 2004, 18 ss.

⁴ BVerfGE del 29 marzo 2011, 1 BvR 508/11.

specificasse espressamente, al suo art. 11, come le misure di blocco dei siti filtrati “limita[ssero] il diritto fondamentale di cui all’art. 10 LF”, che tutela il segreto postale e delle telecomunicazioni⁵, e incidesse anche sui processi di telecomunicazione ai sensi dell’art. 88, comma 3, per. 3, della legge sulle telecomunicazioni (TKG). Alla luce di ciò, aveva tenuto conto del c.d. “*Zitiergebot*” di cui all’art. 19, comma 1, per. 2, LF⁶ e di cui all’art. 88, comma 3, per. 3 TKG, recante l’obbligo (sub-costituzionale) di indicare esplicitamente l’ingerenza nel segreto di comunicazione. La legge escludeva espressamente una responsabilità civile degli *Access Providers* in relazione alle misure tecniche che servivano per attuare la legge: in tal modo, si suggeriva, indirettamente, che i giudici non avrebbero dovuto poter giungere ad ordinare agli *Access Providers* di bloccare anche l’accesso a siti per motivi diversi da quelli contemplati (ad es., per violazione della proprietà intellettuale).

Il tema del blocco dell’accesso non è stato discusso (e tutt’ora è oggetto di discussione) solo con riferimento alla pedopornografia, ma anche con riferimento ad altri contenuti illegittimi. Il riferimento va alla materia dei giochi d’azzardo *on line*, a siti con contenuti di natura fascista e nazionalsocialista, e, infine, a siti recanti violazioni della proprietà intellettuale.

A quanto consta, il governo distrettuale di Düsseldorf è stato uno dei primi ad ordinare ad un *Access Provider* il blocco dell’accesso ad un sito con contenuti di estrema destra. Provvedimento amministrativo (d’urgenza e poi anche di merito), questo, la cui legittimità non è stata esclusa da parte dei giudici amministrativi⁷.

⁵ Art. 10 Legge fondamentale: “1. Il segreto della corrispondenza e così pure il segreto postale e delle telecomunicazioni sono inviolabili.

“2. Limitazioni possono essere poste solo dalla legge. Se la limitazione serve alla difesa dell’ordinamento costituzionale liberale e democratico o dell’esistenza o della sicurezza della Federazione o di un *Land*, la legge può stabilire che la misura restrittiva non venga comunicata all’interessato e che il ricorso giurisdizionale sia sostituito dal controllo di organi anche ausiliari, istituiti dal Parlamento”.

Sul punto, v. anche *infra*, par. 2.1.

⁶ Articolo 19, par. 1, della Legge fondamentale, in tema di limitazioni dei diritti fondamentali: “Nei limiti in cui la presente Legge fondamentale consente di apportare limitazioni ai diritti fondamentali mediante una legge o in base a una legge, la legge deve avere carattere generale e non riferirsi a casi individuali. *Inoltre, essa deve menzionare il diritto fondamentale indicando il relativo articolo*” (enfasi aggiunta).

⁷ Per ulteriori riferimenti, v. D. FREY, M. RUDOLPH, J. OSTER, *Internetsperren der Schutz der Kommunikation im Internet, Am Beispiel behördlicher und gerichtlicher Sperrverfügungen im Bereich des Glückspiel- und des Urheberrechts*, in MMR 2012, 1 ss. (beck-online), OVG NRW, MMR 2003, 348; VG Köln MMR 2005, 399.

All'epoca (si era nei primi anni Duemila) non era stata riconosciuta e considerata la natura giuridica dei servizi degli *Access Provider* alla stregua di c.d. servizi di telecomunicazione e pertanto non era stata nemmeno contemplata la questione dell'impatto dell'art. 10, comma 1, LF e dell'art. 88 TKG che tutelano il segreto della telecomunicazione sui blocchi. I titolari di diritti d'autore (inclusi *providers* di contenuti pornografici⁸), invece, sin dal 2007 hanno visto fallire i propri tentativi di ottenere dai giudici civili provvedimenti inibitori che ordinassero agli *Access Providers* di bloccare od oscurare siti *Internet* in conseguenza della violazione di obblighi in materia di concorrenza (s)leale o anche sulla base dei c.d. principi della responsabilità "indiretta" in materia di proprietà intellettuale, cioè della responsabilità di chi lede senza essere il "reo", il "diretto responsabile" o un "compartecipe" (c.d. *Störerhaftung*)⁹. La *Störerhaftung* è un istituto sviluppato *praeter legem* dalla giurisprudenza che trova le sue origini nella materia dei diritti reali (cfr. art. 1004 BGB, che prevede l'azione negatoria con funzione inibitoria¹⁰ ed una responsabilità oggettiva – "*Gefährdungshaftung*"). Tale norma trova applicazione in via analogica. La nozione tedesca di *Störerhaftung* (su cui v. anche *infra*), può essere descritta come la responsabilità di chi «disturba» o «interferisce»: una responsabilità «per turbativa». Si ricollega ad una violazione di diritti, che non si riflette però sulla responsabilità civile. Essa può infatti dare luogo ad un provvedimento inibitorio nei confronti del «disturbatore», anche qualora non venga concesso il risarcimento dei danni.

I giudici di merito tedeschi riconoscono in linea di massima la qualità di "disturbatore" (*Störer*) dell'*Access Provider* a partire dal momento in cui quest'ultimo abbia conoscenza della violazione dei diritti d'autore, ed interpretano la normativa tedesca sui *telemedia* anche sulla base del diritto Ue. Ciò posto, hanno ad oggi negato l'ordine di blocco. Secondo alcuni¹¹, ogni tipologia di blocco incide sulla libertà di comunicazione di cui all'art. 10 LF e 88 TKG e necessiterebbe, pertanto, a sua giustificazione, di una base legale speciale, che

⁸ Cfr. i casi civili c.d. "youporn.com" e "google.de" e "google.com". Per ulteriori riferimenti, v. D. FREY, M. RUDOLPH, J. OSTER, *op. cit.*

⁹ V. A. RÜHMKORF, «*The Liability of online auction portals: Toward a Uniform Approach?*», in *Journal of Internet Law*, ottobre 2010, 3.

¹⁰ "Il titolare di un diritto reale o personale sul fondo può esperire un'azione negatoria potendo pertanto chiedere in base a tale norma, non tanto il risarcimento del danno, quanto *la cessazione della molestia*" (enfasi aggiunta).

¹¹ Cfr. OLG di Amburgo, GRUR-RR 2014, 140 (145 s.), LG Hamm, MMR 2010, 488 = ZUM 2010, 902 (905), OLG Amburgo, sent. del 22.12.2010 – 5 U 36/09 (implicitamente), LG Colonia MMR 211, 833 = ZUM-RD 2011, 701, 704.

attualmente non è dato riscontrare nell'ordinamento tedesco¹². Altri non ravvisano un'ingerenza sulla libertà di comunicazione, ma solo quando il blocco si ottiene tramite l'esclusione/sospensione dell'indirizzo IP sulla base del *router* o tramite la deviazione basata sul server DNS¹³. I fautori di questa tesi negano però la proporzionalità del blocco a causa degli ingenti effetti collaterali di entrambe le procedure di blocco¹⁴. La vastità delle problematiche che si pongono è tale per cui, nel presente contributo non si potrà dar conto che di un aspetto specifico, quale quello del blocco di siti con contenuti che violino il diritto d'autore (blocco tramite gli *Access Providers*).

2. I principi ed il quadro normativo

2.1. Interessi e diritti costituzionali

Il blocco di un sito *Internet* tramite l'*Access Provider* incide sui diritti e sulle libertà fondamentali di numerosi soggetti coinvolti, ivi inclusi terzi estranei al giudizio civile generalmente iniziato dal titolare di un diritto d'autore, ritenutosi pregiudicato nei suoi diritti, contro il solo *Access Provider* affinché venga emesso un ordine di blocco.

¹² Cfr. anche A.M. KUBICKI, *Der Beginn der Internet-Zensur, Zugangssperren durch Access Provider*, in NJW 2009, 1792 ss., il quale riassume il parere legale dell'istituto Max Planck [secondo cui il blocco a seguito di un'analisi degli indirizzi IP, numeri Port, URLs o altri dati di contenuto non è ammissibile in base alla disciplina tedesca *de lege lata* (mentre lo sarebbe il blocco DNS)], il parere di Frey, Rudolf e Oster (v. *infra*) e quello del servizio scientifico del *Deutsche Bundestag* (del 2009) redatti in occasione delle discussioni relative al *Zugangssperrengesetz*. Quest'ultimo parere critica, in particolare, il fatto che soggetti privati (gli *Access Providers*) diventino una specie di ente di censura, che deve decidere quali informazioni possono arrivare agli utenti e quali no. Sostiene, inoltre, che sussista una violazione del principio di proporzionalità. Il contributo illustra anche i pareri di tre Ministeri che ritengono invece che il blocco DNS e determinati altri sistemi di inoltro ad una pagina "STOP" non ledano il segreto di comunicazione di cui all'art. 10 LF. Il campo di applicazione di tale segreto non verrebbe, infatti, inciso.

¹³ OLG Colonia, sentenza del 18 luglio 2014, in GRUR 2014, 1081 (1087 s.) – *Goldesel*.

¹⁴ Alcuni criticano tali giudizi perché non considerano a sufficienza il vincolo derivanti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, basandosi (solo) sulla Legge fondamentale. Ritengono, in special modo alla luce della decisione "UPC Telekabel" della Corte di giustizia del 27 marzo 2014, che il diritto tedesco sia, allo stato, in contrasto con il diritto dell'Unione europea. Cfr. A. NAZARI-KHANACHAYI, *Access Provider als urheberrechtliche Schnittstelle im Internet*, in GRUR 2015, 115 ss.

Sono in gioco, come già accennato: *a*) il diritto alla proprietà intellettuale del titolare dei diritti violati, che rientra nell'ambito del diritto di proprietà di cui all'art. 14 LF¹⁵ (e che viene tutelato anche dall'art. 17, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il quale include anche il diritto ad un rimedio legale efficace), *b*) il diritto di iniziativa economica e la libertà di professione dell'*Access Provider* ed il diritto di tutti gli operatori economici di svolgere la propria attività sulla rete (diritti che rientrano nella libertà di professione di cui all'art. 12 LF¹⁶ e nel diritto di proprietà di cui all'art. 14 LF), *c*) il diritto alla libera informazione e la libertà di espressione (del pensiero) del gestore del sito *web* e del fornitore di servizi *media* audiovisivi (art. 5 LF¹⁷), *d*) il diritto di accesso di ogni persona alla libera informazione in rete (art. 5 LF), *e*) infine, il diritto alla segretezza della comunicazione intersoggettiva (art. 10 LF).

Per quanto riguarda il *diritto alla libera informazione in rete*, la Suprema Corte federale (BGH)¹⁸, nel gennaio 2013, ha ad esso attribuito una rilevanza tale da

¹⁵ Art. 14 [*Proprietà, diritto di successione ed espropriazione*]: “(1) La proprietà e il diritto di successione sono garantiti. Contenuto e limiti vengono stabiliti dalle leggi.

“(2) La proprietà impone degli obblighi. Il suo uso deve al tempo stesso servire al bene della collettività.

“(3) Un'espropriazione è ammissibile soltanto per il bene della collettività. Essa può avvenire solo per legge o in base ad una legge che regoli il modo e la misura dell'indennizzo. L'indennizzo deve essere stabilito mediante un giusto temperamento fra gli interessi della collettività e gli interessi delle parti. In caso di controversia sull'ammontare dell'indennizzo sono competenti i tribunali ordinari”.

¹⁶ Art. 12 [*Libertà della professione e divieto del lavoro forzato*]: “(1) Tutti i tedeschi hanno diritto di scegliere liberamente la professione, il lavoro e la formazione. L'esercizio della professione può essere regolato mediante leggi.

“(2) Nessuno può essere costretto ad un determinato lavoro, eccetto che nell'ambito di un obbligo pubblico di prestazione di servizi, tradizionale, generale e uguale per tutti.

“(3) Il lavoro forzato è ammissibile solamente nel caso di pena detentiva pronunciata da un tribunale”.

¹⁷ Art. 5 [*Libertà di opinione*]: “(1) Ognuno ha diritto di esprimere e diffondere liberamente le sue opinioni con parole, scritti e immagini, e di informarsi senza impedimento da fonti accessibili a tutti. Sono garantite la libertà di stampa e d'informazione mediante la radio e il cinematografo. Non si può stabilire alcuna censura.

“(2) Questi diritti trovano i loro limiti nelle disposizioni delle leggi generali, nelle norme legislative concernenti la protezione della gioventù e nel diritto al rispetto dell'onore della persona.

“(3) L'arte e la scienza, la ricerca e l'insegnamento sono liberi. La libertà d'insegnamento non dispensa dalla fedeltà alla Costituzione”.

¹⁸ *Bundesgerichtshof* (BGH), decisione 24 gennaio 2013, III ZR 98/12, consultabile *on line* alla pagina <http://openjur.de/u/597186.html>. Cfr., per ulteriori dettagli, P. PASSAGLIA, *Internet nella*

riconoscere al singolo utente il diritto al risarcimento dei danni derivanti dalla interruzione del servizio che consente la connessione dovuta ad un errore da parte della compagnia telefonica. La Corte suprema federale ha fondato la propria decisione sulla constatazione secondo cui la possibilità di avere accesso a (e di fruire di) *Internet* si traduce in un vantaggio economico la cui disponibilità continua, anche nel settore privato, è ormai di importanza cruciale per la qualità della vita di una persona¹⁹. Si è in effetti constatato che, non a caso, attualmente quasi il 70% delle persone residenti in Germania fa uso di *Internet*, ed i tre quarti di questi lo utilizzano anche tutti i giorni. In definitiva, «*Internet ha cambiato il modo di vivere di una grande parte della popolazione, essendo divenuto uno strumento di una importanza decisiva per il modo di vivere di una grande parte della popolazione*», di talché l'impossibilità di collegarsi ad *Internet* «*ha un impatto significativo sulla vita quotidiana*».

Con riferimento alla *comunicazione in Internet* ed alla *segretezza della (tele)comunicazione*, la tutela è approntata, come accennato, dall'art. 10 LF (citato *supra*), che garantisce e protegge anche la trasmissione immateriale di informazioni a destinatari individuali per il tramite della telecomunicazione. Tale diritto fondamentale è funzionale alla libera realizzazione della personalità attraverso lo scambio di comunicazioni in via telematica, così aprendo una nuova dimensione della sfera privata per persone che non si trovano nello stesso luogo. Utilizzando le strutture della telecomunicazione, la comunicazione è particolarmente esposta al pericolo della conoscenza da parte di terzi e gode pertanto di una tutela particolare. Il segreto della telecomunicazione vuole compensare la perdita di *privacy* dovuta alla tecnica e far fronte ai pericoli derivanti dal meccanismo di trasmissione di dati, ivi incluso il coinvolgimento di terzi.

Costituzione italiana: considerazioni introduttive, disponibile on line alla pagina <http://www.giurcost.org/studi/passaglia5.pdf>.

¹⁹ Ciò in quanto «*Internet fornisce informazioni complete su tutto il mondo in forma di files di testo, immagini, video e audio*»; «*in Internet, quasi tutti i settori sono coperti e, da un punto di vista tematico, le diverse esigenze sono soddisfatte*»; per esempio, «*i files recanti divertimento leggero possono essere anche considerati come informazioni sui problemi quotidiani relativi a temi molto accademici*». Ne discende che «*Internet ha sostituito sempre di più, in ragione della grande disponibilità di informazioni, altri media, quali le enciclopedie, le riviste o la televisione*»; inoltre, «*Internet permette lo scambio globale tra i suoi utenti, ad esempio grazie a emails, forums, blogs e social networks*», e, ancora, *Internet* «*è sempre più utilizzato per la proposta e la conclusione di contratti, per la definizione di transazioni e per l'esecuzione di obbligazioni [...] (solo per fare qualche esempio, gli acquisti a distanza, la prenotazione di alberghi, treni e voli aerei, l'invio di ordini di trasferimento, le dichiarazioni dei redditi [...])*».

Come si vedrà *infra* e come già accennato, tale diritto fondamentale ha un ruolo significativo nell'argomentazione di chi nega l'ammissibilità di blocchi di accesso all'*Internet* tramite l'*Access Provider*.

Il *Bundesverfassungsgericht* ha meglio chiarito il significato di tale diritto fondamentale nella nota sentenza sulla *data retention* del 2 marzo 2010 (1 BvR 256/08; 1 BvR 263/08; 1 BvR 586/08)²⁰, con cui ha dichiarato nulla la normativa sulla conservazione dei dati personali a titolo preventivo, in quanto appunto in contrasto con l'art. 10, comma 1, LF. Secondo il Tribunale, la preventiva archiviazione di massa di dati telefonici e di navigazione su *internet*, e quindi la conservazione sistematica ed indiscriminata di dati personali (sebbene limitata nel tempo), rappresentava, così come era prevista dalla normativa censurata, “un'ingerenza particolarmente grave sul segreto telefonico fin dentro la sfera privata”, che non era proporzionata né giustificabile da un punto di vista costituzionale. Si è sottolineato come l'archiviazione di dati sensibili in mancanza di parametri di sicurezza per i cittadini, ed in carenza di informazioni precise in merito alle modalità di utilizzo dei dati, non soddisfacesse il principio fondamentale della proporzionalità. Le disposizioni contestate non erano in grado di garantire un minimo di *privacy* e non evidenziavano in alcun modo i limiti posti all'uso dei dati. La memorizzazione ed il possesso dei dati in questione avrebbe potuto dar luogo a gravi abusi. Secondo il Tribunale, le conseguenze della legge erano, infatti, “molto gravi per la segretezza delle telecomunicazioni”, perché questi dati erano sufficienti per creare profili utilizzabili a fini di *marketing*, di rilevazioni politiche, di gusti personali, ecc., nonché per il tracciamento dei movimenti geografici dei cittadini. Anche se il legislatore non prevedeva la conservazione dei contenuti delle comunicazioni memorizzate, i dati in tal modo ottenuti potevano dar luogo ad illazioni relative alla più intima sfera personale. Il

²⁰ Il Tribunale costituzionale ha dichiarato incostituzionale la normativa tedesca in materia di *data retention*, modellata sulla falsariga della direttiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 marzo 2006 (relativa alla conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione, che modifica la direttiva 2002/58/CE), ai fini dell'espletamento di attività di indagine e prevenzione, in particolare contro la minaccia del terrorismo. Detta normativa, varata nel 2008 dal Governo di coalizione tra CDU-CSU e SPD, imponeva alle aziende telefoniche ed agli *Internet providers* di registrare il traffico telematico – ma non i contenuti dello stesso – e, in special modo, di immagazzinare per sei mesi tutti i dati concernenti la navigazione sul *web*, le telefonate (ed i dati necessari per ricostruire i soggetti, la loro localizzazione geografica e la durata delle conversazioni), il traffico *e-mail* ed i collegamenti *Internet*. I dati registrati e conservati dovevano essere resi disponibili in caso di richiesta dell'autorità giudiziaria e potevano essere messi a disposizione di polizia, procure e servizi segreti nell'intento di prevenire gravi reati o per perseguire chi li aveva commessi.

Tribunale ha constatato, dunque, che l'affidamento a gestori privati di dati così rilevanti non poteva essere fatto "in presenza di così deboli garanzie di sicurezza". Infine, poiché la memorizzazione e l'uso dei dati ottenuti non erano comunicati alla persona interessata, la normativa scrutinata aveva posto i cittadini nella condizione di avvertire "una diffusa e minacciosa sensazione di essere tenuti sotto osservazione", che a sua volta avrebbe potuto incidere sulla "percezione senza pregiudizi dei diritti fondamentali della persona in molte aree".

La sentenza non ha comunque posto il divieto rigoroso di archiviazione dei dati, ma ha impedito soltanto una memorizzazione "senza motivazione", che prescindendo dalla gravità di un reato ovvero dalla precisa indicazione dello scopo della conservazione. Conclusivamente, dopo aver ribadito l'esigenza di un vaglio giurisdizionale e la sussistenza di un "concreto ed imminente pericolo" al fine di rendere possibile per le autorità tedesche l'accesso alle informazioni relative ai dati sulle telecomunicazioni, il Tribunale ha ulteriormente sottolineato l'indefettibilità di una revisione profonda delle disposizioni di legge, prive, nella loro redazione censurata, di regole di sicurezza, di trasparenza e di proporzionalità, nonché di adeguate forme di tutela giuridica dei cittadini sottoposti ad indagini.

Nella sua pronuncia, il *Bundesverfassungsgericht* ha anche chiarito come l'ambito di tutela dell'art. 10 LF non si estenda solo ai contenuti della comunicazione, ma anche alla riservatezza delle relative circostanze, ovvero al "dove, quando, quanto, chi e con chi" del traffico di telecomunicazione. Scopo della norma è quello di evitare che lo scambio di opinioni e informazioni tramite mezzi di telecomunicazione venga meno o venga modificato nella forma e nel contenuto perché i soggetti coinvolti possano sospettare che un'autorità statale si inserisca nel processo di comunicazione e ottenga conoscenze sui rapporti e contenuti oggetto di comunicazione.

In dottrina viene di conseguenza evidenziato²¹ come, ad. es., l'indirizzo IP utilizzato per il blocco dell'accesso sia tutelato dall'art. 10, comma 1, LF. La conoscenza del fatto che l'utente contatti una determinata pagina *web* ha già un significato a livello contenutistico: poiché il contenuto di pagine *Internet* viene fissato elettronicamente e rimane per più tempo indirizzabile, si può solitamente ricostruire tramite l'indirizzo IP quale contenuto l'utente abbia visualizzato. L'individualizzazione dell'indirizzo IP quale "numero di telefono su internet" fornisce così anche informazioni sul contenuto della comunicazione.

²¹ V. D. FREY, M. RUDOLPH, J. OSTER, *op. cit.*, 1, 6.

Il *Bundesverfassungsgericht* deduce inoltre dall'art. 10²² LF il diritto del singolo di poter regolarmente fare affidamento sull'utilizzo *anonimo* dell'*Internet* e di sapere se e per quale motivo tale anonimato venga, se del caso, revocato. Il *Bundesverfassungsgericht* non sembra invece condividere l'orientamento sostenuto da una parte della dottrina secondo cui le offerte pubblicamente accessibili su *Internet* sono rivolte solo al pubblico/alla collettività per cui mancherebbe una comunicazione "individuale" ai sensi dell'art. 10 LF. Il Tribunale pare invece interpretare il termine del segreto di telecomunicazione in senso lato e dinamico, in modo che si estenda anche agli sviluppi tecnologici. Secondo tale orientamento, la differenziazione tra comunicazione di massa e individuale diventa sempre più obsoleta. Del resto, il "surfing su Internet" e l'uso concreto di un'offerta sul *web* è comunque più vicina alla comunicazione individuale. Ogni comunicazione su *Internet* necessita, infatti, di un'interazione per cui deve essere tutelata in maniera completa.

Controverso è se ed in quali circostanze i blocchi effettuati da parte degli *Access Providers* incidano effettivamente nell'ambito di tutela del segreto della telecomunicazione, nonostante che gli *Access Providers* – quindi soggetti privati – non abbiano poteri sovrani. L'ingerenza nel segreto in questione presuppone generalmente la conoscenza, la registrazione e l'utilizzo di dati di comunicazione, nonché l'analisi del loro contenuto o altro utilizzo da parte del *potere pubblico*. La tutela del segreto della comunicazione non si riferisce quindi direttamente ad un agire dei privati, ma mira alla garanzia dell'utilizzo indisturbato della comunicazione da parte degli utenti. Con riguardo ad ordini di blocco da parte di autorità pubbliche, queste ultime (diversamente dal caso delle intercettazioni da parte della polizia) non hanno necessariamente conoscenza dei dati di telecomunicazione, dei quali è in possesso inizialmente solo l'*Access Provider*. Un'ingerenza nel diritto fondamentale può infatti essere affermata anche se l'utilizzo di dati di telecomunicazione – basato su un provvedimento di un'autorità o su una legge – venga effettuato tramite soggetti privati. Il *Bundesverfassungsgericht* ha chiarito, sempre nella sua decisione sulla *data retention*, che "l'ordine nei confronti delle società di telecomunicazione di rilevare dati di telecomunicazione, di salvarli e di trasmetterli a soggetti statali siano ingerenze nell'art. 10, comma 1, LF". Il Tribunale ha ulteriormente specificato che "la qualità di ingerenza dell'art. 113aTKG non viene messa in discussione alla luce del fatto che il salvataggio previsto nella disposizione non venga effettuato da parte dello Stato ma da Provider privati. Questi ultimi vengono

²² BVerfG, sentenza del 02.03.2010 - 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08.

impiegati quali aiutanti per l'adempimento dei compiti delle autorità statali". Con ciò dovrebbe essere pacifico che quantomeno i blocchi *Internet* ordinati agli *Access Provider* dalle pubbliche amministrazioni rappresentino un'ingerenza nell'art. 10, comma 1, LF. Come tali sono ammissibili solo se i principi della certezza del diritto e di proporzionalità e l'obbligo di cui all'art. 19 LF (ovvero l'obbligo di citare la norma costituzionale compromessa) vengano rispettati.

Più problematica è la questione se anche persone private e imprese siano da ritenersi vincolate al segreto in questione nell'ambito dei loro rapporti privatistici a causa della c.d. "*mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte*" (effetto indiretto dei diritti fondamentali nel diritto privato). In dottrina e di recente anche in giurisprudenza (Tribunale e Corte di appello di Amburgo: v. *infra*), è stato sostenuto che la decisione oggettiva di valore intrinseco di cui all'art. 10, comma 1, LF abbia un effetto indiretto sull'interpretazione e sull'applicazione di norme del diritto privato, in particolare con riferimento alle c.d. clausole generali. Pertanto, la già menzionata *Störerhaftung* che viene presa in considerazione come base legale per un diritto al blocco azionabile dal titolare dei diritti violati dovrebbe essere esaminata anche alla luce dell'art. 10 LF. Si ritiene inoltre che il giudice adito, per imporre all'*Access provider* di bloccare un sito a favore del titolare dei diritti d'autore lesi debba anche tener conto degli interessi di terzi non coinvolti nel giudizio pendente davanti allo stesso (ad esempio, degli utenti dell'*Internet*).

Proprio alla luce della rilevanza dei diritti fondamentali evocabili nell'ambito dei blocchi *Internet* in generale, e quindi non solo del segreto di telecomunicazione, ma anche della libertà di professione e della proprietà dell'*Access Provider*, della libertà di opinione dei *provider* di contenuti e della libertà di informazione degli utenti etc., si ritiene che la decisione circa la misura entro cui il c.d. *overblocking* (ossia il blocco di contenuti legittimi come effetto collaterale del blocco di contenuti illegittimi) sia ammissibile non possa essere lasciata alla discrezionalità dell'*Access Provider*. Questioni di tale rilevanza non potrebbero essere affidate a soggetti privati ma dovrebbero essere valutate secondo la *Wesentlichkeitstheorie* sviluppata dal *Bundesverfassungsgericht*, cioè secondo la teoria che prevede che quantomeno le questioni essenziali che incidono sui diritti fondamentali debbano essere decise dal legislatore stesso e quindi essere oggetto del *Vorbehalt des Gesetzes* (riserva di legge). Si deve porre in quest'ottica anche la questione dell'estensione del diritto ad un utilizzo anonimo dell'*Internet*. Una disposizione legislativa dovrebbe, alla luce di quanto sinora detto, non solo prevedere esplicitamente l'obbligo di manipolazione della comunicazione su *Internet* da parte dell'*Access Provider* come conseguenza legale, ma anche

rendere chiaro che le posizioni giuridiche siano state sufficientemente ponderate e poste in un rapporto proporzionale e di equa compensazione.

Una tutela del segreto della comunicazione a livello sub-costituzionale è infine prevista nel sopra menzionato art. 88 TKG (legge sulla telecomunicazione). In base a tale norma, gli *Access Providers*, che sono fornitori di servizi di telecomunicazione ai sensi dell'art. 88, 3 n° 6, TKG, sono tenuti al rispetto del segreto delle (tele)comunicazioni a livello sub-costituzionale. Un ordine statale diretto ai privati diretto a far violare il segreto di telecomunicazione a livello sub-costituzionale, implica anche una violazione dell'obbligo di tutela dello Stato di cui all'art. 10 LF. In dottrina, si sostiene che non sia compito del giudice civile, che è legato alla legge secondo l'art. 20, comma 3, LF di discostarsi da quanto previsto dall'art. 88 TKG, di fare una propria valutazione²³. Spetta invece al legislatore di determinare le basi legali per l'ingerenza nei diritti fondamentali.

Sotto altro profilo, certo non estraneo alla tematica in oggetto, giova sottolineare come la comunicazione sull'*Internet* venga altresì tutelata indirettamente dal divieto di censura di cui all'art. 5, comma 1, per. 3, LF.

Infine, non può trascurarsi la tutela della comunicazione e degli altri diritti fondamentali a livello europeo: per la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea vengono in rilievo gli artt. 7, 8 e 11 [libertà di comunicazione (per l'utente e per l'*Access Provider*)], l'art. 16 [libertà d'impresa (per l'*Access Provider* e per i gestori delle pagine *web*)], l'art. 17, par 2 (proprietà intellettuale), l'art. 47, par 1 (tutela legale efficace); con riferimento alla Cedu, è l'art. 8 quello di maggior pregnanza.

Nel quadro del diritto dell'Unione europea, però, un ruolo di primo piano è da riconoscere al diritto derivato, e segnatamente alle direttive 95/46/CE, 2002/58/CE e 2000/31/CE, 2001/29/CE, 2004/48/CE, nonché alla relativa giurisprudenza (ad es., la decisione *Scarlet Extended/SABAM* della Corte di giustizia del 24 novembre 2011, che conferma tra l'altro la necessità del rispetto da parte degli Stati membri della riserva di legge e del principio di proporzionalità, la decisione *LSG vs. Tele2* della Corte di giustizia del 19 febbraio 2009 – C-557/07, la sentenza *UPC Telekabel Wien GmbH/Constantin Film Verleih GmbH - "kino.to"* - del 27 marzo 2014 - C 314/12). Questi profili, tuttavia, non

²³ FREY, RUDOLF, OSTER, *op. cit.*, 1, 19. Detti autori sostengono tra l'altro che l'ordine di blocco non soddisfa attualmente i requisiti costituzionali perché non rispetta né il principio della determinatezza e certezza del diritto né l'obbligo di citare i diritti fondamentali compromessi – qui il segreto delle telecomunicazioni – di cui all'art. 19, comma 1, 2 LF (e, a livello sub-costituzionale, all'art. 88, comma 3, per. 3, TKG).

verranno qui analizzati in maniera dettagliata, poiché si è optato per concentrare l'attenzione sulla normativa nazionale.

2.2. La disciplina della responsabilità dell'*Access Provider*

Il legislatore tedesco ha cercato di affrontare le sfide dell'*Internet* senza cospicui interventi legislativi, e nella specie senza modifiche al diritto della responsabilità civile, fatti salvi alcuni privilegi previsti per i *providers*, in particolare nella c.d. *Telemediengesetz* (TMG), una legge federale sui *telemedia*, del 26 febbraio 2007, con successive modifiche²⁴. Tale legge disciplina tra l'altro – in attuazione della direttiva sul commercio elettronico – la responsabilità di tutti i c.d. servizi o prodotti di “*telemedia*” ossia di ogni servizio di informazione e comunicazione elettronico che non sia né un servizio di telecomunicazione né la radio(televisione)²⁵. *Provider* di *telemedia* è qualunque persona fisica o giuridica che mette a disposizione l'utilizzo di un *medium* telematico proprio o altrui o che svolge attività di intermediazione nell'accesso a tale utilizzo (quindi anche l'*Access Provider*)²⁶.

La responsabilità dei servizi *telemedia* viene disciplinata dagli artt. 7-10 TMG. L'art. 7 TMG sancisce come principio generale che i *providers* sono responsabili secondo le leggi generali (di cui al codice civile, alla legge sulla concorrenza sleale, a quella sul marchio, sul diritto d'autore, etc.) delle informazioni che

²⁴ La TMG (<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/tmg/gesamt.pdf>) ha sostituito con un unico testo le previgenti leggi sui servizi telematici, da un lato, e quelle sui servizi di *media*, dall'altro, senza peraltro modificare in maniera incisiva i contenuti di tali normative. La TMG stabilisce espressamente che i *media* telematici non sono sottoposti all'obbligo di notifica e non necessitano di una licenza o concessione (art. 5, comma 1, n° 3, TMG).

²⁵ Tutti i *media* telematici si avvalgono del resto dei servizi di telecomunicazione per poter giungere ai loro utenti. Ai sensi dell'art. 3, n. 22, TKG (legge federale sulla telecomunicazione, *Telekommunikationsgesetz* del 22 aprile 2004, con successive modifiche), la telecomunicazione è il processo tecnico della trasmissione e ricezione di messaggi di ogni tipo nella forma di segni, lingua, immagini e voce tramite impianti di comunicazione. La TKG trova quindi applicazione ai servizi telematici in aggiunta alla TMG ed eventualmente al c.d. RStV (trattato di Stato relativo alle trasmissioni radiotelevisive nella Germania unita). La TKG disciplina il processo tecnico della trasmissione, mentre le questioni inerenti al contenuto ed alle modalità dell'uso di un servizio sono oggetto della TMG e del RStV.

²⁶ Cfr., ad es., OLG Amburgo, sentenza del 21.11.2013, 5 U 68/10 in GRUR 2014, 140 ss. (v. anche *infra*).

mettono a disposizione su *Internet*. Il riferimento è ad informazioni in un senso lato²⁷, ivi incluso l'utilizzo di contenuti che sono tutelati dai diritti d'autore.

Le disposizioni successive (artt. 8-10 TMG) prevedono poi varie deroghe in materia di responsabilità in capo a servizi intermediari di mera trasmissione o di stoccaggio, anche temporaneo, di informazioni e contenuti²⁸.

In tale ambito, il c.d. "*Access Provider*" gode, infatti, di un'ampia esclusione di responsabilità (mentre sussiste una responsabilità limitata in capo all'"*Host Provider*"²⁹) ovvero di un esonero di responsabilità con riferimento alle informazioni e contenuti delle pagine *web* della cui trasmissione si occupa. Il privilegio riguarda in particolare i relativi obblighi di risarcimento del danno e non si estende invece (quantomeno in maniera illimitata) all'*actio negatoria* con funzione inibitoria, ossia all'obbligo di omettere o rimuovere l'accesso a determinati siti³⁰.

²⁷ Cfr., in relazione a tale termine, anche il *considerando* n. 18 della direttiva sul commercio elettronico.

²⁸ Le disposizioni possono prevedere una limitazione o una deroga al regime di responsabilità nell'ambito del diritto civile e penale, del diritto dell'autore, della concorrenza e della tutela della proprietà industriale. Esse hanno, secondo l'opinione prevalente, un effetto, per così dire, "di filtro preventivo". Secondo la sistematica delle disposizioni citate, il *content provider* di *media* telematici risponde pienamente dei contenuti (originariamente) propri o dei contenuti fatti propri secondo le regole generali. Si parla di "contenuti fatti propri" se è obiettivamente ravvisabile la volontà di identificarsi con contenuti altrui e di assumersene la responsabilità (anche se il controllo dei contenuti non esista *de facto* o non sia possibile). Per l'*host provider*, l'art. 10 TMG distingue tra la materia civile e quella penale: le previsioni inerenti alla conoscenza dei contenuti illegittimi sono meno severe in materia penale, in quanto il *provider* non incorre in responsabilità se non ha la conoscenza effettiva degli stessi; nel diritto civile, invece, è necessario che il *provider* non sia neanche a conoscenza dei fatti e delle circostanze concrete da cui l'illegittimità dei contenuti si possa (agevolmente) dedurre.

²⁹ Molto controversa è poi la disciplina della responsabilità in relazione al c.d. *sharehosting*, al *caching* ed a vari aspetti dei *blogs*, su cui non è dato, tuttavia, soffermarsi in questa sede.

³⁰ Cfr. OLG Amburgo, sent. del 21.11.2013, 5 U 68/10 in GRUR 2014, 140 ss., con ulteriori riferimenti, ma anche OLG Colonia, nel caso *Goldesel*, che evidenzia come il BGH avesse inizialmente sostenuto che il privilegio dell'art. 8 TMG non riguardava l'*actio negatoria* con funzione inibitoria, ma che a seguito della decisione della Corte di giustizia nel caso "*L'Oréal/eBay*" sembrerebbe aver cambiato idea senza però abbandonare la *Störerhaftung* (cfr. BGH, GRUR 2011, 1038, n. 22- *Stiftparfüm*; BGHZ 194, 339, n. 19 – *Alone in the Dark*; BGH, GRUR 2013, 1030, n. 30 *File-Hosting-Dienst*), che rimane quindi in linea principio ferma, ad avviso dei giudici di Colonia, in capo all'*Access Provider*, una volta avuta conoscenza della violazione. Escluso rimane solo un obbligo generale (pro-attivo) di sorveglianza del *provider* (art. 7 II TMG) e di indagare su fatti che potrebbero indicare un'attività illecita.

Come noto, la responsabilità degli intermediari per omissione e per la “rimozione” di violazioni nel settore della proprietà intellettuale viene disciplinata a livello europeo dall’art. 11, per. 3, della Direttiva *Enforcement* 2004/48/CE (per i diritti industriali)³¹ e dall’art. 8 III della direttiva 2001/29/CE, sull’armonizzazione di taluni aspetti del diritto d’autore e dei diritti connessi nella società dell’informazione³². Il legislatore tedesco ha però all’epoca ritenuto che un’attuazione esplicita di tali norme nell’ordinamento tedesco non fosse necessaria, poiché la c.d. *Störerhaftung* coprisse già quanto necessario per il recepimento della direttiva.

Per quanto non esista una base legale specifica che imponga ai vari tipi di *providers* (anche quelli privilegiati) la rimozione di contenuti ed informazioni contestati o, in alternativa, il blocco dell’accesso, la magistratura tedesca, compreso il BGH (Corte federale suprema), riconosce, con riferimento al diritto dei marchi e d’autore, in linea generale una responsabilità degli intermediari in qualità di “*Störer*” (senza riconoscere in capo allo *Störer* però l’obbligo ad un risarcimento del danno). Il *provider* che mantiene disponibili contenuti di terzi (senza farli propri) e che ha contribuito a causare una violazione di diritti può quindi in linea di principio rispondere secondo i principi generali della responsabilità “indiretta” di chi lede senza essere il “reo”, il “diretto responsabile” o un “compartecipe” (c.d. *Störerhaftung*) e deve quindi omettere o far cessare il proprio contributo ad un fatto o ad una condotta/molestia. In base alla *Störerhaftung*, il *provider* non può d’altronde obiettare che la persona danneggiata fosse a conoscenza del “vero” responsabile e che quindi avrebbe potuto rivolgersi a quest’ultimo (non è quindi sussidiaria)³³: i privilegi non escludono, almeno in linea teorica, il diritto delle persone danneggiate di chiedere un intervento inibitorio nei confronti dei *providers* intermediari, consistente nella “omissione” dell’attività che contribuisce al loro pregiudizio³⁴.

³¹ Gli Stati membri assicurano che i titolari possano chiedere un provvedimento ingiuntivo nei confronti di intermediari i cui servizi siano utilizzati da terzi per violare un diritto di proprietà intellettuale, senza pregiudizio dell’articolo 8, paragrafo 3, della direttiva 2001/29/CE.

³² Gli Stati membri si assicurano che i titolari dei diritti possano chiedere un provvedimento inibitorio nei confronti degli intermediari i cui servizi siano utilizzati da terzi per violare un diritto d’autore o diritti connessi.

³³ OLG Colonia, GRUR 2014, 1081, 1091.

³⁴ Cfr. la sentenza “*Rolex*” del BGH, BGHZ 158, 343, MMR 2004, 529, relativa ad un’asta su *Internet* (nel vigore della normativa ora abrogata), e BGH, MMR 2008, 531, Tz 38, con riferimento al TMG.

Va tuttavia detto che il BGH³⁵ non si è ancora pronunciato, per quanto qui rileva, sulla responsabilità degli *Access Providers* che – come si è visto – godono, rispetto agli *Host Providers* o altri tipi di *providers*, di maggiori privilegi. Due pronunce del BGH in materia sono comunque in attesa di pubblicazione (v. *infra*)³⁶. Il BGH dovrà presto prendere posizione circa la questione se l’inibitoria all’*Access Provider* volta a far rimuovere l’accesso a pagine con contenuti illegittimi (in quanto in contrasto con la proprietà intellettuale) possa essere basata sulla mera *Störerhaftung* (diritto pretorio) o se tale inibitoria necessiti invece di una esplicita base legale, alla quale il legislatore tedesco dovrebbe però ancora provvedere, tenendo conto dei requisiti e vari diritti costituzionali in gioco.

Giova rilevare che, in dottrina ed in giurisprudenza, un intervento legislativo esplicito per attuare anche quanto previsto dalle direttive europee è stato ritenuto necessario o quantomeno auspicabile³⁷. La *Störerhaftung* viene infatti considerata da molti una base legale insufficiente per i blocchi *Internet*, in particolare alla luce dell’ingerenza su diritti fondamentali come il segreto di comunicazione³⁸. Al riguardo, si segnala inoltre come l’art. 101, comma 10, UrhG (legge tedesca sul diritto d’autore), che disciplina l’obbligo di informativa tra l’altro in capo all’*Access Provider*, indichi esplicitamente che la norma incide e limita il segreto delle (tele)comunicazioni. Se il legislatore ha però ritenuto tale indicazione necessaria già con riferimento ad una norma sull’obbligo di rilevare informazioni, si assume che il legislatore ritenga una specifica regolamentazione indispensabile anche quando si tratti di blocchi di accesso all’*Internet*.

Mentre le direttive europee prevedono un mero obbligo di assistenza e di ausilio da parte degli intermediatori per evitare la violazione della proprietà intellettuale, qualora gli intermediari ne siano in grado, e non richiedono alcun ulteriore contributo causale per la violazione, la *Störerhaftung* tedesca, al

³⁵ Si riscontra comunque una differenza nell’approccio tra le sezioni civili del BGH e la sezione competente in materia di brevetti, che afferma con maggiore facilità una responsabilità pure d’autore in presenza di un contributo causale ma indiretto al pregiudizio.

³⁶ Trattasi dei procedimenti pendenti presso il BGH ai nn. di ruolo I ZR 3/14 (per cui si attende una decisione per la fine del prossimo mese di novembre) e I ZR 174/14.

³⁷ Cfr. anche C. CZYCHOWSKI, *Grenzenloses Interet – entgrenzte Haftung?*, in GRUR, 2013, 986 ss., con ult. rif.

³⁸ Diversamente, invece, J.B. NORDEMANN, *Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 27 März 2014 – C 314/12 – UPC Telekabel Wien GmbH/Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH (“Kino.to”)*, in ZUM 2014, 499 ss., il quale sostiene che la *Störerhaftung*, interpretata conformemente alle direttive europee, sia sufficiente per giustificare i blocchi *Internet* (*scil.*, purché proporzionati) tramite l’*Access Provider*.

contrario, richiede la sussistenza di un nesso di causalità per la violazione, ossia il “disturbo”. Secondo la giurisprudenza tedesca³⁹, di fronte a violazioni di diritti assoluti, può essere ritenuto responsabile come *Störer* solo chi ha contribuito alla violazione (senza essere reo o compartecipe) con volontà e con un’adeguata causalità. Al riguardo, ci si deve chiedere se da un punto di vista oggettivo l’uso in contrasto con la legge di un servizio o di una possibilità (di accesso) forniti dal *provider* sia al di fuori di ogni probabilità e se sia ragionevole ritenere responsabile il *provider* anche alla luce di una tendenziale pericolosità del servizio.

Come contributo è sufficiente anche l’agevolazione o l’utilizzo dell’azione di un terzo che agisce in maniera auto-responsabile se lo “*Störer*” aveva comunque la possibilità giuridica di impedire tale azione (BGH, GRUR 2001, 1038 s.). Poiché non può però essere esteso in maniera eccessiva a terzi, tale tipo di responsabilità per atti commessi da terzi presuppone generalmente, secondo la giurisprudenza consolidata, una violazione di obblighi di controllo e sorveglianza (si noti comunque che l’art. 7, comma 2, per. 1, TMG esclude obblighi pro-attivi di sorveglianza⁴⁰). L’estensione di tali obblighi di sorveglianza e condotta, per essere considerata ragionevole e proporzionale, dipende dalle circostanze del singolo caso, dalla funzione e dal compito dello “*Störer*”, nonché dalla auto-responsabilità del diretto responsabile.

Sebbene il diritto europeo non esiga quindi un nesso di causalità (nel senso sopra visto) ed una violazione di obblighi di controllo alla stregua del diritto (pretorio) tedesco della *Störerhaftung*, anche la disciplina europea richiede comunque un dettagliato esame della proporzionalità ed una ponderazione degli interessi in gioco, ove siano potenzialmente in contrasto tra loro. Può quindi essere pretesa anche in base al diritto dell’Unione solo una prestazione di ausilio che risulti ragionevole e ciò presuppone una ponderazione degli interessi di tutti i soggetti coinvolti. Ovviamente, l’esame di proporzionalità varia a seconda del tipo di intermediario coinvolto, come si evince chiaramente già dagli artt. 12-14 della direttiva c.d. *E-Commerce* (cfr. anche 8-10 TMG).

³⁹ BGH, GRUR 2008, 702, n. 50 – *Internet Versteigerung III*, BGHZ 185, 330; BGH, GRUR 2010, 633, n. 19, *Sommer unseres Lebens*; BGHZ 194, 339; BGH, GRUR 2013, 370, n. 19 – *Alone in the Dark*.

⁴⁰ Cfr. anche l’art. 15 della direttiva c.d. *E-Commerce*, quale controcanto alle direttive a tutela della proprietà intellettuale.

3. Approfondimenti – Breve rassegna di giurisprudenza in materia

Come anticipato, in Germania la richiesta di emissione di un'ordinanza giudiziale che imponga il blocco di singole pagine *web* da parte degli *Access Providers* al fine di pervenire o ostacolare violazioni del diritto d'autore viene generalmente respinta. Il rifiuto viene motivato essenzialmente con la carenza di una base legale sufficiente ed il contrasto con la normativa costituzionale (inerente al segreto delle comunicazioni, obbligo costituzionale di citare le norme ed i diritti costituzionali compromessi ed al principio di certezza del diritto). Poiché i *providers* non sono né rei né compartecipi nella violazione della proprietà intellettuale, in base alla disciplina tedesca, una responsabilità potrebbe fondarsi in teoria sulla c.d. *Störerhaftung* istituito che è stato sviluppato, come esposto, dalla giurisprudenza. Ma anche ciò risulta nella prassi difficilmente sostenibile con riferimento al mero *Access Provider* per i motivi che seguono.

In sintesi, poiché il blocco di una pagina *web* con tutti i suoi contenuti risulta regolarmente irragionevole e sproporzionato (anche in quanto di regola non tutti i contenuti della pagina sono in contrasto con la legge), i *providers* sarebbero obbligati ad applicare il blocco solo in relazione ai contenuti illegali. Ciò presupporrebbe però un filtraggio ossia un controllo della comunicazione degli utenti circa la commissione di violazioni tramite cui il *providers* ha necessariamente conoscenza delle circostanze della (tele)comunicazione e del suo contenuto. Almeno gran parte delle possibilità tecniche di blocco attualmente a disposizione esigono infine una selezione ed una valutazione di informazioni in base a determinati parametri tecnici. Alla luce della conseguente ingerenza nel segreto delle (tele)comunicazioni (art. 10 LF), tali misure necessitano quindi di una base legale esplicita che non può dedursi dall'art. 97, comma 1, UrhG, 15 ss. UrhG in combinazione con l'art. 1004 BGB (*Störerhaftung*)⁴¹. Si ritiene, inoltre, che un blocco efficace richieda, alla luce delle numerose e reali possibilità tecniche di eluderlo, il rispetto di requisiti molto severi che spesso non sembrano giustificati e ragionevoli alla luce dell'elevato dispendio che per la loro realizzazione deve sostenere il *provider*. Un altro argomento contro il blocco veniva tratto dall'art. 7, comma 2, dell'ormai abrogato *Zugangerschwerungsgesetz*, che escludeva esplicitamente pretese di diritto civile nei confronti degli *Access Providers*.

⁴¹ Cfr. ad es. Tribunale di Colonia, sentenza del 31.8.2011. 28 O 362/10.

Negli anni, la giurisprudenza sui c.d. *Internetsperren* ha dato sempre più peso al tema della “tutela della comunicazione nella rete *Internet*”, soprattutto a seguito della sopra ricordata discussione sulla *Zugangerschwerungsgesetz*.

Nella giurisprudenza recente si è infatti sempre più consolidata l’opinione secondo cui i blocchi *Internet*, per cui non esiste ad oggi una base legale sufficiente, violano in maniera inammissibile il segreto delle comunicazioni di cui all’art. 10 LF.

(a) Un primo cenno all’incidenza dei blocchi sulla comunicazione dell’utente della rete si trova in una decisione del Tribunale di Amburgo del 2008⁴². Nell’ambito di un ricorso cautelare, si è respinta l’istanza di alcuni studi e distributori cinematografici operativi a livello internazionale per il blocco dell’accesso al sito indiano *g-stream.in* sul quale venivano resi pubblicamente accessibili – in violazione della legge sui diritti d’autore – dei film per cui i ricorrenti avevano licenze esclusive. Il Tribunale di Amburgo ha negato una responsabilità dell’*Access Provider* come autore o compartecipe ma anche una responsabilità indiretta in base alla *Störerhaftung*, in quanto a suo avviso irragionevole (anche perché il blocco – in tal caso DNS – era molto facilmente eludibile). Al riguardo, il Tribunale ha evidenziato come l’*Access Provider* fornisca ai clienti solo l’accesso a tutte le offerte disponibili su *Internet*, e non abbia conoscenza dei contenuti concreti, né debba averla.

(b) Successivamente, la Corte di appello di Amburgo, con sentenza del 22 dicembre 2010, ha confermato il giudizio di primo grado e quindi il diniego dell’inibitoria nei confronti dell’*Access provider* per il blocco di accesso al sito *g-stream.in*.

La Corte d’appello ha sottolineato come il blocco DNS rappresenti regolarmente un’incisione particolarmente forte nei diritti ed interessi, non solo del gestore della pagina *web* interessata, ma anche dei “fornitori” (ad es., quando si tratta di contributi in *forum* per lo scambio di opinioni), degli interessati al download, dei committenti, dei clienti, dei *partners* pubblicitari e di altri *partners* cooperanti. Ad avviso della Corte d’appello, una tale grave ingerenza (in vari diritti fondamentali tra cui quelli di cui all’art. 5, comma 1, all’art. 12, comma 1 ed all’art. 14, comma 1 LF) necessita di una base legale, che specifichi in particolare i requisiti concreti per la misura, che nel caso del blocco DNS mancano.

⁴² Per ulteriori riferimenti, v. D. FREY, M. RUDOLPH, J. OSTER, *op. cit.*

La Corte d'appello ha evidenziato anche che il blocco implica il pericolo permanente di una censura sulla varietà delle offerte su *Internet* (pericolo del resto già fatto presente nella discussione sulla *Zugangerschwerungsgesetz*). Al riguardo, ha segnalato che, allo stato, già con riferimento alla pedopornografia l'ammissibilità del blocco sarebbe stata dubbia (indirettamente suggerendo che lo stesso dovesse valere *a fortiori* con riferimento a mere violazioni del diritto d'autore). La Corte ha ritenuto che, alla luce delle numerose possibilità di accesso ai siti in contrasto con la legge tramite *providers* nazionali o internazionali o gestori di DNS Server e dell'incidenza anche su diritti di terzi, l'intervento di blocco di un *Access Provider* sarebbe poco opportuno e non efficace. Secondo la Corte, anche i provvedimenti del governo distrettuale di Düsseldorf che avevano condotto ai primi blocchi, ed il ragionamento posto a loro fondamento, dovessero ritenersi ormai superati.

La Corte d'appello ha evidenziato inoltre che la tutela legale dei titolari di proprietà intellettuale indicata a livello dell'Unione europea non significa necessariamente che il diritto nazionale debba prevedere dei blocchi di accesso all'*Internet*. La Corte di giustizia avrebbe, infatti, anche nella causa *LSG vs. Tele2*, richiesto una ponderazione degli interessi confliggenti in modo che “una tutela legale effettiva non debba necessariamente essere tale da orientarsi unilateralmente sulle esigenze dell'autore non tenendo parimenti conto della situazione degli interessi – voluti e meritevoli socialmente – dell'*Access Provider*”.

(c) Sempre il Tribunale di Amburgo, in una decisione del 12 marzo 2010, ha respinto l'istanza della GEMA (l'istituzione equivalente alla Siae italiana, letteralmente “Società per l'esecuzione musicale e i diritti di riproduzione meccanica”) volta ad obbligare un *Access Provider* a porre in essere misure per il filtraggio del traffico dati, argomentando che ciò sia tecnicamente possibile, ma impossibile dal punto di vista giuridico. Gli *Access Providers* sarebbero fornitori di servizi di telecomunicazione e quindi destinatari dell'art. 88 TKG, che tutela a livello sub-costituzionale il segreto delle telecomunicazioni di cui all'art. 10 LF. Il Tribunale ha ritenuto che le misure di filtraggio e blocco presuppongano necessariamente che i *providers* si avvalgano di conoscenze riguardanti le circostanze di telecomunicazione. Ciò inciderebbe, però, sul segreto tutelato dall'art. 10 LF e sarebbe consentito solo in presenza di una disposizione legislativa adottata ai sensi dell'art. 10, comma 2, per. 1, LF ed in conformità ai requisiti di cui all'art. 19 LF. In mancanza di una esplicita previsione legislativa per misure di filtraggio e blocco nel diritto civile, dette misure non sarebbero quindi ammissibili. Il Tribunale ha dedotto dalla *Zugangerschwerungsgesetz* che

anche il legislatore condividesse tale impostazione (quantomeno per il blocco DNS).

(d) La decisione del Tribunale è stata successivamente confermata dalla Corte di appello di Amburgo nella sentenza 5 U 68/10 del 21 novembre 2013, con cui si è evidenziato che gli obblighi di controllo e sorveglianza in capo al possibile “*Störer*” devono essere determinati in considerazione ed in dipendenza del tipo di servizio che fornisce nonché degli interessi e dell’intensità dell’“attacco”. Ciò emergerebbe anche dalla scelta legislativa espressa nel TMG (artt. 8-10), che privilegia i meri intermediari sebbene non in maniera illimitata con riferimento all’*actio negatoria* con funzione inibitoria (doveri di omissione e rimozione), ma che fa sì che gli obblighi di controllo debbano essere commisurati con il tipo di servizio, etc. La Corte ha affermato che l’*Access Provider* fornisce effettivamente ed oggettivamente un contributo causale adeguato alla violazione. Non è, però, ad avviso dei giudici, ragionevole pretendere (in base agli artt. 1004 I BGB, in combinazione con l’art. 97 I, 19 a⁴³ UrhG) da un *Access Provider* che persegue un modello di *business* legale meritevole secondo l’ordinamento ed utilizzato principalmente per scopi legittimi di intraprendere misure tecniche per ostacolare il richiamo di contenuti illegali su *Internet*. Sebbene l’*Access Provider* sia riconosciuto quale intermediario ai sensi dell’art. 8 III della direttiva 2001/29/CE e anche quale potenziale *Störer* nel diritto tedesco⁴⁴, contrariamente al *Content-Provider* o all’*Host Provider* non avrebbe alcuna relazione (di natura contenutistica) con chi viola i diritti di terzi, poiché intermedia quasi occasionalmente l’accesso ad una parte dell’*Internet*. Inoltre, il blocco dell’accesso a determinate pagine (tramite filtraggio, blocco URL, blocco IP o blocco DNS, tutti tecnicamente fattibili) può, ad avviso della Corte di appello, avvenire solo in base ad una specifica base legale che allo stato non si rinviene nell’ordinamento tedesco, ma che risulta necessaria appunto alla luce dell’ingerenza nel segreto delle comunicazioni, il quale esplica un effetto indiretto anche nel diritto privato. Sebbene l’art. 10 LF non sia direttamente applicabile, in quanto disciplina *in primis* il rapporto tra cittadini e pubblici poteri, ha comunque rilevanza anche tra privati secondo la teoria della “*mittelbarer Drittwirkung*” dei diritti fondamentali. I diritti fondamentali impongono anche obblighi di tutela in capo allo Stato che deve proteggere il singolo cittadino contro violazioni di diritti

⁴³ § 19a Diritto di messa a disposizione dell’opera: Il diritto di mettere l’opera a disposizione del pubblico consiste nel diritto di rendere l’opera accessibile via cavo o via etere, in modo tale che possa raggiungere il pubblico in luoghi e tempi da loro prescelti.

⁴⁴ Irrilevante sarebbe, del resto, la qualificazione come “*Nicht-Störer*” (Non-disturbatore) nel diritto amministrativo, giacché in quest’ultimo si perseguono altri scopi.

fondamentali da parte di altri privati⁴⁵. L'attuazione di tale obbligo di tutela con riferimento al segreto della comunicazione si trova in particolare nell'art. 88 TKG, che trova nella specie applicazione. Dato però lo stretto legame tra l'art. 10 LF e l'art. 88 TKG, i principi sviluppati in relazione all'art. 10 LF per l'estensione della tutela valgono anche per l'art. 88 TKG. Sono quindi tutelate anche tutte le circostanze della (tele)comunicazione (quando, quanto, dove...), ivi inclusi, ovviamente, anche gli indirizzi IP, URL, e DNS, *ergo* tutti i dati e le misure tecniche utilizzate per il blocco.

L'impiego di mezzi tecnici per bloccare l'accesso ad una pagina *web* comporta numerose ingerenze in diritti fondamentali anche di terzi. Il blocco di pagine *web* che hanno anche contenuti legittimi (che è la regola) può del resto pregiudicare i diritti di terzi e condurre a richieste di risarcimento del danno nei confronti dell'*Access Provider*.

La Corte d'appello ha ricordato, infine, come il blocco di pagine *web* implichi il pericolo di una censura del contenuto delle plurime offerte su *Internet*, già discusso pubblicamente in precedenza, e quindi una lesione del divieto di censura di cui all'art. 5, comma 1, per. 3, LF. Per questo, del resto, il legislatore avrebbe circoscritto il suo intervento limitativo sugli accessi all'*Internet* ai soli reati gravi come la pedopornografia. Spetta, ad avviso della Corte, *in primis* al legislatore (e quindi non ai giudici) stabilire se ed in presenza di quali presupposti si possa incidere sui diritti di terzi, ad es. per evitare un'offerta illegittima.

La sentenza della Corte di appello è attualmente oggetto di un ricorso davanti alla suprema corte federale (BGH), che dovrà pertanto esprimersi (per la prima volta) sulla responsabilità dell'*Access Provider* per i blocchi di accesso a pagine *web* di terzi i cui contenuti ledono la proprietà intellettuale di titolarità di soggetti terzi.

(e) Il Tribunale di Colonia, con sentenza del 31 agosto 2011⁴⁶, ha condiviso la giurisprudenza delle Corti di Amburgo e ritenuto che le misure di filtraggio e di blocco dell'accesso tramite l'*Access Provider* quale punto di incrocio centrale per la comunicazione dei dati non sarebbe – in assenza di una base legale – compatibile con il segreto delle telecomunicazioni di cui all'art. 10 LF, che deve essere rispettato anche nell'interpretazione di norme civili ossia nel diritto privato.

L'ambito di tutela dell'art. 10 LF comprende, secondo il Tribunale, ogni modo e forma di telecomunicazione e si estende anche ai servizi di comunicazione

⁴⁵ Cfr. BVerfGE 106, 28; BVerfG, NJW 2002, 3619 s.

⁴⁶ LG Colonia, MMR 2011, 833 con nota di SCHNABEL.

dell'*Internet*. Pertanto, come base legale non potrebbe considerarsi la *Störerhaftung* generale (v. *supra*) del diritto civile, poiché si impone una norma specifica per il filtraggio e blocco.

Tale argomentazione è stata criticata da alcuni autori, che hanno ritenuto che la rilevanza dell'art. 10 LF sia stata affermata erroneamente, giacché non rilevarebbe nei rapporti in questione⁴⁷.

(f) La Corte di appello di Colonia, con sentenza del 18 luglio 2014 (6 U 192/11 – *Goldesel*) ha poi confermato la decisione del Tribunale e specificato che dagli *Access Providers* può essere preteso, nell'ambito della *Störerhaftung*, di bloccare l'accesso dei propri clienti ad offerte illegittime su *Internet* solamente se ciò risulti possibile per il tramite di misure ragionevoli. La Corte ha rilevato che, a seguito della decisione "kino.to" della Corte di giustizia, un'interpretazione della disciplina tedesca che conduca ad un esonero completo dell'*Access Provider* in relazione a violazioni su *Internet* non è comunque più possibile.

Generalmente, i *providers* possono essere tenuti ad adottare tali misure di blocco anche senza una base legale specifica, ossia in base alla *Störerhaftung*.

Ciò non vale, tuttavia, per misure di blocco che implicino un filtraggio e un'analisi di tutto il traffico dati dei propri clienti (come i c.d. blocchi URL⁴⁸ o ed2k-links), che conducono ad un'ingerenza nel segreto delle (tele)comunicazioni di cui all'art. 10 LF, il quale, per quanto detto, necessita, anche qualora effettuato da parte di un privato, di una base legale rappresentata da una norma esplicita (un filtraggio non è invece ad avviso della Corte tecnicamente necessario nel caso dei blocchi DNS e IP, sebbene anch'essi intervengano sulla "telecomunicazione", motivo per cui tali blocchi non sarebbero in contrasto con l'art. 10 LF⁴⁹ e quindi non necessiterebbero di una specifica base legale). Sebbene l'art. 10 LF non abbia un effetto diretto nei rapporti tra privati, deve essere preso in considerazione nell'interpretazione e nell'attuazione di disposizioni di diritto privato. Dall'art. 10 LF derivano obblighi di tutela dello Stato (attuati anche nell'art. 88 TKG), che riguardano anche la magistratura. Pertanto, soggetti privati non devono essere tenuti ad adottare misure che violerebbero i diritti fondamentali dei loro clienti

⁴⁷ Tale critica non viene invece condivisa da FREY, RUDOLPH, OSTER, *op cit.*, 5.

⁴⁸ In questo caso non verrebbero bloccati *Domain* o indirizzi IP completi ma indirizzi e sottopagine concrete. L'ingerenza presuppone la conoscenza dei contenuti della comunicazione da parte dei *providers*, che devono filtrare l'intero traffico dati di un utente. Tecnicamente ciò richiede l'utilizzo di un ulteriore *Proxy-Server*, sul quale viene effettuata l'analisi.

⁴⁹ Diversamente, come si è visto, la Corte di Amburgo ha riconosciuto una violazione dell'art. 10 LF per tutti i tipi di blocco.

(nemmeno coinvolti nel giudizio). La decisione sulla ragionevolezza di determinati obblighi nell'ambito della *Störerhaftung* per violazioni di diritti intellettuali deve pertanto essere fatta anche alla luce dei valori espressi nell'art. 10 LF. La Corte sottolinea tuttavia come l'art. 10 LF tuteli solo la *riservatezza* e la *confidenzialità* della comunicazione, che è come tale un presupposto della norma, ma che non viene garantita dalla stessa. La norma non tutela quindi da ingerenze statali che ostacolano, sospendano o rendano la comunicazione più difficile.

Inoltre, il ricorrere all'*Access Provider* in qualità di *Störer* presuppone che esso possa impedire⁵⁰ ovvero rendere più difficoltoso l'accesso alle offerte illegittime tramite l'adozione di misure che debbano tuttavia ritenersi ragionevoli. Una misura si considera generalmente irragionevole là dove concerne in gran parte anche l'accesso ad altri contenuti di natura legittima (sebbene il BGH non esiga che, per ritenere rispettato il requisito della ragionevolezza, la cancellazione non vada a toccare anche contenuti legittimi⁵¹). Il pregiudizio per contenuti legittimi cancellati o soppressi assieme a quelli illegittimi deve essere confrontato con l'efficacia delle misure in questione (che nel caso dei blocchi DNS e IP⁵² è considerata bassa, poiché tali blocchi sono facilmente eludibili).

Lo stesso vale per misure che non impediscono in maniera effettiva ed efficace l'accesso a contenuti in contrasto con la legge. Nell'ambito dell'esame della ragionevolezza delle misure devono essere ponderati anche gli svantaggi economici ed il dispendio amministrativo, tecnico e finanziario dell'*Access Provider* con i vantaggi che i titolari dei diritti intellettuali si aspettano di ricevere dalla misura di blocco. Devono al riguardo essere confrontati i costi della misura con i danni che emergono dalla violazione dei diritti in questione. Le parti devono quantomeno indicare una stima approssimativa di tali costi. Inoltre, deve essere valutata, nell'ambito della ragionevolezza degli obblighi di controllo, per ottenere il risultato desiderato, la auto-responsabilità di chi ha di persona e direttamente procurato il pregiudizio illegittimo (per questo la *Störerhaftung* sarebbe più che altro indicata per violazioni effettuate dall'estero difficilmente perseguibili sul

⁵⁰ La Corte suprema federale non esige un impedimento o blocco completo degli atti lesivi, cfr. BGHZ 194, 339, n. 35 – *Alone in the Dark*.

⁵¹ Cfr. BGHZ 173, 188, n. 60.

⁵² Il blocco IP viene considerato dalla Corte più efficace di quella DNS, ma ha lo svantaggio che, tramite un indirizzo IP, possono essere raggiunti più *Domain*, che sarebbero poi tutti bloccati una volta bloccato l'indirizzo IP.

territorio nazionale⁵³). Infine il modello di *business* (legittimo o meno) del *provider* deve essere preso in considerazione nell'ambito della valutazione.

Nella specie, la Corte di appello ha ritenuto che le misure da intraprendersi da parte dell'*Access Provider* fossero comunque irragionevoli ed ha quindi negato l'inibitoria per mezzo dell'adozione della misura del blocco.

4. Osservazioni conclusive, anche in considerazione degli aspetti sovranazionali

Come si è visto, l'art. 8 III della direttiva 2001/29 prevede un obbligo degli Stati membri di rendere possibili provvedimenti giudiziari per tutelare diritti di proprietà intellettuale e simili (anche nel caso di un'imminente violazione) nei confronti di intermediatori, ivi inclusi gli *Access Providers*. Le modalità di tutela sono tuttavia lasciate alla discrezionalità dei legislatori nazionali, che devono però interpretare la normativa nazionale in maniera favorevole e conforme al diritto dell'Unione europea (Corte di giustizia nei casi *Scarlet/SABAM*⁵⁴, *SABAM/Netlog*⁵⁵, *kino.to*⁵⁶). Molte questioni anche relative all'incidenza del diritto europeo nel diritto tedesco non sono comunque ancora state chiarite, in mancanza di indicazioni precise sia nel diritto europeo sia dalla giurisprudenza europea; di conseguenza, anche il margine di discrezionalità degli Stati membri sembra abbastanza ampio.

In Germania è ancora oggi discusso (e non è ancora stato oggetto di decisione da parte della Corte suprema federale che comunque nel prossimo futuro è chiamata a pronunciarsi in merito) se i blocchi dell'accesso in questione siano *de*

⁵³ Con riferimento al territorio nazionale la precedenza deve essere data alla “cancellazione” dei contenuti, come sostiene ad. es. G. SPINDLER, *Zivilrechtliche Sperrverfügung gegen Access Provider nach dem EuGH-Urteil “Telekabel”*, in GRUR, 2014, 826 ss. con ult. rif.

⁵⁴ In base a tale decisione i *providers* devono, non solo interrompere le violazioni dei diritti d'autore commesse tramite il loro servizio una volta che ne abbiano preso conoscenza, ma devono anche prevenire nuove violazioni (cfr. Corte di giustizia, pronuncia del 24 novembre 2011, *Scarlet Extended/SABAM*, in GRUR 2012, 265, n. 36 ss.).

⁵⁵ La Corte di giustizia dell'Unione europea ha infatti stabilito che, nella causa C 360/10 che vede coinvolta la SABAM e Netlog, “il gestore di una rete sociale in linea non può essere costretto a predisporre un sistema di filtraggio generale, riguardante tutti i suoi utenti, per prevenire l'utilizzo illecito di opere musicali e audiovisive”.

⁵⁶ La Corte di Giustizia ha ricordato in questa pronuncia che le misure di inibizione devono essere in grado di bilanciare i diversi diritti in gioco, da quelli dei “*netizens*”, che devono potersi esprimere e informare liberamente, a quelli dei *providers*, che nell'intervenire per contenere le violazioni non devono essere limitati nella loro libertà di impresa. V. anche *infra*, nel testo.

jure condito ammissibili o se al contrario necessitano di essere previsti *de jure condendo* e/o se la Germania vi sia tenuta in base al diritto Ue⁵⁷.

Una base legale (almeno parziale) potrebbe secondo alcuni individuarsi nella *Störerhaftung*, interpretata in maniera conforme alle direttive europee e anche nel rispetto del principio di proporzionalità riconosciuto nel diritto Ue. Si tratta però in ogni caso di una base dogmaticamente insicura. La sua flessibilità concorre ad una incertezza del diritto. Pertanto – quantomeno con riferimento ad alcune possibilità tecniche di blocco – risulta auspicabile un chiaro intervento del legislatore tedesco che tenga conto di tutti gli interessi e diritti in gioco sia a livello nazionale che sovranazionale.

Senza dubbio le violazioni del diritto d'autore su *Internet* hanno raggiunto, sin dalla sentenza “*UPC Telekabel*” (“kino.to”), della Corte di giustizia un nuovo livello: secondo tale giudizio gli *Access Providers* dovrebbero agire anche in base a provvedimenti di blocco *non specifici* (ossia indeterminati). Tale conclusione è stata criticata dalla dottrina tedesca, che suggerisce anche altre soluzioni della problematica⁵⁸. Si dubita, ad esempio, della conformità della delega di poteri *de facto* sovrani a soggetti privati (*Access Provider*) con il principio dello stato di diritto (a causa della riserva di legge), visto che questi soggetti privati dovrebbero a seguito del provvedimento giudiziale (non specifico) ponderare e compensare gli interessi ed i diritti costituzionali in gioco nella scelta e nell'adozione delle misure idonee; e ci si domanda anche quali misure tecniche siano in fondo ammissibili e conformi al diritto Ue. Non appare del resto convincente, secondo alcuni, che la Corte di giustizia valuti la ragionevolezza solo nell'ambito della colpa nel procedimento di esecuzione (e non di cognizione). In ogni caso, non è chiaro se e come il dettato europeo si possa inserire nel concetto di responsabilità a livello nazionale tedesco, anche perché la responsabilità degli *Access Providers* è solo un mosaico nel sistema complessivo per la lotta contro i pericoli inerenti ai sistemi IT.

La tematica è particolarmente complessa, poiché il nucleo della fattispecie è stato, come noto, disciplinato dall'art. 8 III della direttiva 2001/29. Ai sensi del

⁵⁷ A seconda della conclusione si potrebbe ritenere che il diritto costituzionale tedesco (e la mancata attuazione nel diritto nazionale) rendesse, per la Germania, la direttiva 2001/29/CE *inutiliter data* (giacché essa non troverebbe nemmeno un'applicazione diretta, poiché troppo poco determinata nei dettagli per poter incidere in maniera giustificata sull'art. 10 LF, oltre a dover avere effetti tra privati), sul punto, cfr., per ulteriori dettagli, G. SPINDLER, *Zivilrechtliche Sperrverfügung gegen Access Provider nach dem EuGH-Urteil “Telekabel”*, in GRUR 2014, 826 ss.

⁵⁸ A. NAZARI-KHANACHAYI, *op. cit.*, 115 ss.

considerando n. 59 della direttiva 2001/29, gli Stati membri devono disciplinare i dettagli del diritto previsto nell'art. 8 III, ma nell'attuazione sono comunque vincolati ai limiti posti dal diritto primario e dalla Carta dei diritti fondamentali Ue (al riguardo è stato rilevato che la Corte di giustizia non fa menzione del segreto delle comunicazioni, nonostante che ciò rientrerebbe nell'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali). Non è un caso che parte della dottrina⁵⁹ abbia criticato i giudizi delle Corti tedesche di merito sopra citati poiché non hanno sufficientemente tenuto conto del vincolo alla Carta europea dei diritti fondamentali, ma si sono ancorati unicamente alla Legge fondamentale tedesca (da notare è che tale dottrina ritiene che la disciplina tedesca sia allo stato in contrasto con il diritto Ue come emergerebbe dalla decisione “*kino.to*”).

⁵⁹ A. NAZARI-KHANACHAYI, *op. cit.*, 115, 121.

REGNO UNITO

a cura di Sarah Pasetto

1. Introduzione

I nuovi metodi di scambio di informazioni resi possibili da *Internet* e dallo sviluppo di nuove tecnologie pongono una grande sfida per il diritto d'autore, in particolare nel ricalibrare il tradizionale equilibrio tra gli interessi dei soggetti creativi nella produzione e commercializzazione delle loro opere e quelli connessi alla possibilità degli utenti di accedervi e di farne uso. Nel Regno Unito, le autorità sono intervenute principalmente al fine di rispondere alle preoccupazioni espresse dall'industria creativa, adottando una normazione che, essenzialmente, obbliga gli *Internet Service Providers* (d'ora innanzi, ISP) a divulgare le identità reali dei loro utenti resisi colpevoli di una violazione dei diritti d'autore, al fine di far valere nei loro confronti fattispecie di responsabilità civile; tuttavia, come si vedrà, il contenuto ed il conseguente importo pecuniario delle sanzioni previste risulta scarsamente certo¹.

2. L'*Office of Communications*

L'autorità di vigilanza per le telecomunicazioni è l'*Office of Communications* (Ofcom), istituito nel 2002 dall'*Office of Communications Act 2002*, e che ha ottenuto i pieni poteri nel 2003, con l'adozione del *Communications Act 2003*. L'Ofcom è responsabile per i settori della radiodiffusione, delle telecomunicazioni e delle poste. I compiti dell'Ofcom, stabiliti per legge, sono la promozione degli interessi dei cittadini nelle questioni attinenti alla comunicazione ed alla promozione degli interessi dei consumatori nei mercati di competenza dell'Ofcom, là dove opportuno attraverso la promozione della concorrenza². L'organo è il successore dell'*Office of Telecommunications* (Ofotel), che era un dipartimento del governo del Regno Unito facente parte della funzione pubblica.

L'Ofcom regola anche il settore della telefonia e dell'*Internet* a banda larga, stabilendo e facendo valere le "condizioni generali" che ogni operatore di

¹ R. MANSELL e W.E. STEINMUELLER, *Copyright infringement online: the case of the Digital Economy Act judicial review in the United Kingdom*, LSE Research online, 1° giugno 2011, reperibile al seguente indirizzo *Internet*: <http://eprints.lse.ac.uk/36433/>.

² Si v. la *Section 3* del *Communications Act 2003*.

telefonia fissa e mobile e di banda larga deve osservare. Tali condizioni sono poste da regole di ampio respiro che disciplinano varie questioni, dai servizi di emergenza agli *standards* da far rispettare nell'uso dei servizi per scopi di *marketing*. L'Ofcom vigila anche sui rapporti concorrenziali tra gli operatori del settore delle telecomunicazioni, ed applica rimedi nei mercati in cui ritiene che gli operatori dominanti possano influire negativamente sulla concorrenza o sui consumatori.

Il *Digital Economy Act 2010* ha conferito nuovi poteri sull'Ofcom, tra cui: quello della promozione degli investimenti nelle reti di comunicazione e nel contenuto mediatico di servizio pubblico; quello della redazione, per il ministro competente, di relazioni triennali sulle infrastrutture per le telecomunicazioni nel Regno Unito (e sui cambiamenti significativi, quando opportuno); e quello della redazione, su richiesta, di relazioni su questioni relative ai nomi di dominio. La legge ha inoltre ampliato la portata della relazione quinquennale a cura dell'autorità relativamente ai *media*.

L'ampliamento dei poteri originali dell'Ofcom in materia di televisione e radio non si applica anche ai nuovi mezzi di comunicazione; dunque, l'autorità non ha alcun nuovo potere di regolamentazione delle attività degli emittenti o di altri fornitori di contenuto.

3. Il quadro dei rimedi previsti per reagire alla violazione del diritto d'autore su *Internet*

Il titolare di diritti d'autore ha molteplici possibilità in base al diritto generale per chiedere il rimedio alla lesione dei suoi diritti.

In primo luogo, egli può formulare una c.d. richiesta di cessare e desistere (*cease and desist request*), avvisando l'operatore del sito *Internet*, il fornitore del servizio di *hosting* o il *registrar* del dominio dell'esistenza di un elevato livello di contenuto illecito su un determinato sito *Internet*; a questo avviso si collega la richiesta che il contenuto denunciato venga rimosso.

In secondo luogo, egli può inviare una richiesta di avviso e rimozione (*notice and takedown request*) all'ISP in questione, il quale si presume che adotti le misure adeguate, se la richiesta è valida e fondata, soprattutto alla luce dei regolamenti di trasposizione della normativa europea: si tratta, in questo caso, di un metodo che viene applicato con maggiore frequenza con riguardo ai siti ed al contenuto conservato su *servers* situati nel Regno Unito.

In terzo luogo, se i tentativi dei primi due tipi sono stati inutili, il titolare può adire la *High Court* per richiedere una ingiunzione, ai sensi del *Copyright, Designs and Patents Act 1988*, che imponga all'ISP di adottare misure idonee, ad esempio bloccando l'accesso degli utenti al sito in questione (v. *infra*, par. 4.). Questo rimedio è solitamente adottato nei confronti di contenuti situati al di fuori del Regno Unito. L'iniziale esitazione, da parte degli ISP, ad applicare quest'ultima misura, a causa dell'incertezza del diritto positivo, si è ridotta alla luce della crescente giurisprudenza al riguardo.

In quarto – e ultimo – luogo, il titolare dei diritti d'autore può coinvolgere la *Police Intellectual Property Crime Unit*, se è in grado di fornire prove di comportamenti penalmente rilevanti (v. *infra*, par. 5.).

Una volta che saranno attuate le relative previsioni del *Digital Economy Act 2010*, i detentori di diritti d'autore potranno avvalersi anche delle procedure disciplinate da tale legge (v. *infra*, par. 6.).

4. Il *Copyright, Designs and Patents Act 1988*

Tra i motivi per cui il *Digital Economy Act 2010*, dopo cinque anni, non è ancora stato attuato, non può non annoverarsi il fatto che i titolari dei diritti d'autore possiedono già un metodo alternativo per tentare di bloccare l'accesso ai siti asseritamente responsabili di violazioni del *copyright*, un metodo che prevede l'ottenimento di un'ordinanza giudiziale che impone agli ISP di bloccare le richieste di ricerca degli utenti (generalmente utilizzando lo stesso *software* usato per impedire l'accesso ai siti identificati come *hosts* di pornografia infantile).

Ai sensi della *Section 2A* del *Copyright, Designs and Patents Act 1988*, la violazione intenzionale del diritto d'autore (tramite la pirateria informatica), effettuata attraverso la comunicazione dell'opera al pubblico, costituisce un reato se avviene: “a) nel corso di una transazione commerciale ovvero b) non nel corso di una transazione commerciale, [ma] in una misura tale da pregiudicare il titolare del diritto d'autore”, purché l'individuo responsabile della violazione sappia o abbia ragione di credere che, in questo modo, si violi il diritto d'autore riguardo a quell'opera. La previsione, di portata generale, ricomprende anche le violazioni avvenute tramite *Internet*.

Queste previsioni operano insieme con gli *Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002*, normativa di attuazione della Direttiva 2000/31/CE

sul commercio elettronico³, secondo cui un fornitore di servizi *Internet* che svolge funzioni di *caching* o *hosting* non può essere responsabile per la violazione del diritto d'autore a patto che, non appena venuto a conoscenza del materiale illecito, agisca celermente per rimuovere il materiale o bloccare l'accesso ad esso. Questo dovrebbe incentivare gli ISP a rispondere alle richieste dei titolari di diritti d'autore, poiché potrebbero così evitare la responsabilità per la violazione del diritto d'autore.

In base alla *Section 97A* del *Copyright, Designs and Patents Act 1988*, coloro che detengono diritti d'autore possono chiedere un'ingiunzione giudiziale che imponga agli ISP di bloccare l'accesso a materiale illecito conservato su *server* situati al di fuori della giurisdizione del Regno Unito. Questa previsione è stata introdotta nella legge per mezzo del *Copyright and Related Rights Regulations 2003*, che ha trasposto nell'ordinamento britannico la Direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore⁴.

Il primo caso nel quale si è applicato il meccanismo di cui alla *Section 97A* risale al 2011: *Twentieth Century Film Corporation and others v BT*⁵. La sentenza resa, che ha riguardato le azioni di un sito *Internet* denominato *Newzbin2*, ha implicazioni potenzialmente rilevanti per gli ISP.

Il sito *Newzbin* era già noto ai giudici. Esso operava come una sorta di associazione *on line*, chiedendo una somma di iscrizione agli utenti in cambio dell'accesso e fornendo informazioni e tecnologia che potevano essere (ed erano effettivamente) utilizzate per creare copie illecite di opere tutelate dal diritto d'autore. Nel 2010, la *High Court*⁶ aveva dichiarato che il sito ed i suoi utenti erano congiuntamente responsabili di violazioni dei diritti d'autore, stabilendo che i proprietari del sito erano pienamente consapevoli delle azioni degli utenti sul loro sito, ma avevano deciso di "chiudere un occhio".

La prima sentenza della *High Court* si era tradotta nell'effettivo blocco delle operazioni di *Newzbin*. Tuttavia, poiché i siti *Internet* non sono geograficamente

³ Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici del commercio elettronico nel mercato interno ("direttiva sul commercio elettronico").

⁴ 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.

⁵ [2011] EWHC 2714 (Ch).

⁶ C.d. *Newzbin 1: Twentieth Century Fox Film Corporation and others v Newzbin Ltd* [2010] EWHC 608 (Ch).

vincolati, poco tempo dopo era stato creato il sito *Newzbin2*, che aveva iniziato ad operare dalla Svezia. Diversi detentori di diritti d'autore avevano avviato procedimenti legali presso la *High Court* per ottenere un'ordinanza che imponesse alla BT di utilizzare gli stessi filtri applicati per impedire l'accesso a siti di pornografia infantile per impedire l'accesso, dal Regno Unito, anche a *Newzbin2*.

Per molti versi, il caso ha seguito una tendenza già riscontrabile nella giurisprudenza relativa ad *Internet*⁷ in cui i ricorrenti hanno chiesto informazioni ad un terzo, ad esempio un ISP, come nel caso di specie, per poter identificare un soggetto contro cui desideravano avviare procedimenti legali. In genere, il terzo indicava che avrebbero fornito i dati ma solamente in base ad un'ordinanza giudiziale. Nel caso di specie, la BT aveva adottato un approccio simile. La società era comparsa in giudizio, contestando alcuni aspetti delle tesi dei ricorrenti, ma senza particolare vigore, giungendo persino ad affermare, *ex post*, che la sentenza era stata "di aiuto" in quanto aveva chiarito lo stato del diritto positivo ed aveva agevolato gli ISP nell'adempimento dei propri obblighi, anche in vista di evitare *pro futuro* responsabilità.

Il giudice aveva identificato tre questioni di rilevanza fondamentale: "Primo, di cosa deve, l'ISP, avere 'reale conoscenza'? Secondo, in che modo può un ISP ottenere 'reale conoscenza' di qualcosa di cui non era precedentemente consapevole? Terzo, se è dimostrata la reale conoscenza, quale è la portata dell'ingiunzione che può essere emessa?".

Per quanto riguarda il primo interrogativo, la sentenza ha sintetizzato il diritto politico e giurisprudenziale pertinente. Si poneva la questione principale di valutare se fosse ipotizzabile che un soggetto come un ISP, per timore di essere indicato come parte convenuta in sede contenziosa, agisse in maniera troppo rapida quando destinatario di un reclamo. Nei casi in cui si ponessero problemi di diffamazione, la preoccupazione centrale era stata che un ISP avrebbe potuto bloccare l'accesso ad un *post* asseritamente diffamatorio e contrastare così con i diritti alla libertà di espressione sanciti dall'art. 10 CEDU. Nel caso di specie, tuttavia, ad avviso di LLOYD, la situazione appariva più semplice, poiché nel contesto del diritto d'autore le fattispecie di illiceità risultano più chiare⁸.

La corte ha poi trattato una vasta gamma di misure e previsioni legali. La più importante di queste era la *Section 97A* del *Copyright, Designs and Patents Act 1998*, segnatamente nella parte in cui stabilisce che una corte può emettere una

⁷ Ad esempio *Bunt v Tilley* [2006] EWHC 407 (QB), in materia di diffamazione *on line*.

⁸ I.J. LLOYD, *Information Technology Law*, 7° ed., 2014, Oxford University Press, 362 ss.

ingiunzione contro un ISP per comportamenti di terzi, se l'ISP ha la "reale conoscenza" che i terzi utilizzano le sue strutture per violare il diritto d'autore. Per determinare se l'ISP avesse reale conoscenza, il *Copyright, Designs and Patents Act 1998* identifica un certo numero di fattori da tenere in considerazione, tra cui l'eventuale notifica all'ISP, da parte del titolare dei diritti d'autore, del comportamento illecito asseritamente posto in essere.

Nel caso di specie, le parti concordavano sul fatto che alla BT non era stata esplicitamente notificata una violazione particolare da parte di un individuo identificato, ma che era comunque necessario considerare il quadro generale. Per il giudice, era necessario presumere che BT fosse consapevole dell'informazione specificata nella sentenza della *High Court* del 2010, giacché non poteva non aver avuto contezza del fatto che sul sito *Newzbin2* la violazione del *copyright* era estremamente diffusa.

La conclusione è stata che i criteri per integrare la 'reale conoscenza' erano stati soddisfatti e quindi BT è stato obbligato ad utilizzare della tecnologia particolare per bloccare l'accesso a *Newzbin2*.

Con riguardo al secondo interrogativo, inerente alle modalità con cui un ISP può ottenere la reale conoscenza, il giudice ha ribadito che risulta chiaro, dalla stessa *Section 97A* (ed in particolare dal comma 2) che si deve considerare se l'ISP ha ricevuto una notifica relativamente alla violazione. Nella specie, è risultato pacifico che un ISP poteva ottenere una reale conoscenza della violazione attraverso il ricevimento di una notifica sufficientemente dettagliata ed un'opportunità ragionevole di esaminare la situazione. Per quanto riguarda invece il terzo interrogativo, ovvero la possibile portata dell'ingiunzione, la corte ha tenuto conto anche della sentenza *L'Oréal v eBay*⁹ decisa dalla Corte di giustizia di Lussemburgo nel 2011, onde stabilire che i giudici godono di una specifica ed ampia discrezionalità nel concedere una ingiunzione contro gli ISP, non essendo vincolati alla concessione di una ingiunzione che proibisca la continuazione di violazioni di cui l'ISP abbia una reale conoscenza. Pertanto, è possibile concedere una ingiunzione che richieda all'ISP di adottare misure che contribuiscano alla prevenzione di ulteriori violazioni del tipo contestato dal titolare del diritto d'autore. Tali misure possono consistere in un'ordinanza volta a sospendere l'utente dal servizio o a rivelare l'identità dell'utente, ma, come chiarito dalla stessa Corte di giustizia, questi non sono esempi tassativi. Nella specie, la corte ha emesso una ingiunzione di portata ampia, accogliendo le richieste dei titolari del

⁹ C-324/09 *L'Oréal SA e altri contro eBay International AG e altri*, del 12 luglio 2011.

diritto d'autore, che andava oltre le semplici violazioni effettivamente a conoscenza degli ISP.

5. La Police Intellectual Property Crime Unit

La *Police Intellectual Property Crime Unit* (di seguito indicata con l'acronimo PIPCU) è un'unità della polizia istituita nel 2013 e finanziata dall'*Intellectual Property Office*. La sua funzione è quella di contrastare il crimine grave ed organizzato contro la proprietà intellettuale, soprattutto i reati commessi *on line*. I detentori di diritti d'autore possono avvisare la PIPCU del sito illecito e devono fornire prove che specificano il coinvolgimento del sito nella violazione del diritto d'autore. L'unità deve verificare la sussistenza della violazione; in caso affermativo, avvisa il proprietario del sito dell'attività illegale e gli chiede di cooperare con la polizia al fine di gestire la vicenda. Se il proprietario del sito non coopera con la PIPCU, il sito viene inserito in un elenco di siti illeciti (*Infringing Website List*), che viene condiviso con le grandi imprese e società di pubblicità affinché possano evitare di collaborare con essi e così privarli di fonti di guadagno. Per i recidivi, la PIPCU può inviare notifiche formali ai *registrar* dei domini chiedendo che il dominio sia sospeso a tempo indeterminato, a causa del fatto che il sito consente la violazione del diritto d'autore ai sensi dell'ordinamento britannico.

6. Il Digital Economy Act 2010

Il *Digital Economy Act 2010* ha ricevuto il *Royal Assent* l'8 aprile 2010 ed è entrato in vigore due mesi dopo. La legge si applica in tutto il Regno Unito; è stata voluta dal Governo laburista guidato da Gordon Brown per attuare la sua *policy* in ambito digitale, consistente nell'assicurare l'accesso alla rete a banda larga in tutto il territorio del Regno Unito e nel permettere ad ogni cittadino di prendere parte alla rivoluzione digitale¹⁰. Molte previsioni della legge sono però risultate fortemente controverse e devono ancora essere attuate¹¹. Tra queste figurano proprio quelle che disciplinano le violazioni del diritto d'autore

¹⁰ Cfr. il discorso del Primo Ministro Gordon Brown, *Building Britain's Digital Future*, del 22 marzo 2010, reperibile al seguente indirizzo *Internet*: <http://www2.labour.org.uk/gordon-browns-speech-on-building-britains-digital-future,2010-03-26>.

¹¹ La loro attuazione ed entrata in vigore effettiva è stata condizionata all'emanazione di atti di normazione secondaria, da emettersi da parte del *Secretary of State* (ministro) competente. Si v. anche I.J. LLOYD, *Information Technology Law*, cit., 362 ss.

commesse su *Internet* (*Sections* 3-18 dell'*Act*; v. *infra*, par. 6.1.); ciò anche perché la legge era stata approvata in fretta negli ultimi giorni dell'ultima sessione parlamentare di un governo che era già consapevole di non aver ricevuto un ulteriore mandato. Inoltre, la normativa rimane problematica nonostante la premessa fondamentale – ovvero che la copia non autorizzata di programmi o di materiale letterario o audiovisivo provoca danni importanti ai detentori del diritto d'autore – sia generalmente ben accetta. Il Governo laburista aveva ritenuto che anche gli ISP dovessero svolgere un ruolo nella lotta alla violazione *on line* del diritto d'autore: in ragione di ciò, nelle *Sections* 3-16 sono stati imposti agli ISP vari obblighi a questo scopo. La legge ha conferito all'Ofcom la responsabilità di precisare gli aspetti procedurali e la data di inizio dell'efficacia di questi obblighi mediante l'adozione o l'approvazione di codici deontologici (*codes of practice*) giuridicamente vincolanti; tuttavia, ad oggi, ciò non è ancora stato fatto (v. *infra*, parr. 6.2. e 6.3.). Le *Sections* 17 e 18 dell'*Act* permettono l'emanazione di normativa secondaria sulla concessione di ingiunzioni giudiziali volte ad obbligare gli ISP a bloccare l'accesso ai siti *Internet* utilizzati o che potrebbero ragionevolmente essere utilizzati per violare il diritto d'autore.

In attesa dell'entrata in funzione del sistema previsto dal *Digital Economy Act 2010*, la British Phonographic Industry, la Motion Picture Association¹² ed i quattro principali ISP¹³ hanno istituito un sistema di avvisi relativamente al diritto d'autore (*Copyright Alerts Programme*). Il sistema rientra nel programma di educazione al diritto d'autore intitolato *Creative Content UK*, voluto dagli operatori del settore e sostenuto dal Governo britannico. Il programma comprende un meccanismo di avvisi simile a quello previsto dal *Digital Economy Act 2010*, con il titolare del diritto d'autore che segnala individui che compiono attività di condivisione illecite ed informano gli ISP, i quali devono inviare un avviso di asserita violazione all'utente in questione. Il punto debole fondamentale del *Creative Content UK*, inaugurato nel luglio del 2014, è che si tratta di un sistema di natura volontaria, e non può quindi condurre ad alcuna misura punitiva.

¹² L'associazione internazionale di categoria che promuove gli interessi dei sei maggiori produttori e distributori di cinema, intrattenimento domestico e programmi televisivi (Paramount Pictures Corporation, Sony Pictures Entertainment Inc., Twentieth Century Fox Film Corporation, Universal City Studios LLC, Walt Disney Studios Motion Pictures e Warner Bros. Entertainment Inc.).

¹³ BT, Sky, TalkTalk e Virgin Media.

6.1. Le previsioni sulla violazione in *Internet* del diritto d'autore

Per quanto riguarda la disciplina sul *copyright*, il *Digital Economy Act 2010* mira soprattutto a tutelare lo sviluppo delle industrie creative e ad impedire lo scaricamento e la condivisione illegali di *files* di musica, film e videogiochi e *software*¹⁴. È necessario però ricordare che queste previsioni diverranno efficaci solo previa approvazione o emanazione, da parte dell'Ofcom, di un codice deontologico che disciplini e precisi ulteriormente le modalità operative delle procedure (v. *infra*, parr. 6.2. e 6.3.).

In estrema sintesi, l'*Act* impone agli ISP un duplice obbligo: il primo si concretizza nella partecipazione ad un sistema di notifiche, mentre il secondo richiede la conservazione di informazioni che possano agevolare un'eventuale azione in giudizio da parte del titolare dei diritti d'autore.

Per quanto riguarda il primo aspetto, su segnalazione del titolare del diritto d'autore asseritamente leso, l'ISP dovrà inviare un avviso all'utente associato all'apparecchio attraverso il quale sia avvenuta la violazione. Se le violazioni dovessero persistere, l'ISP potrà applicare determinate "misure tecniche", tra cui ad esempio la limitazione o la sospensione temporanea dell'accesso ad *Internet* dell'utente. L'imposizione di queste misure potrà anche essere richiesta dal ministro competente, qualora lo ritenga necessario per perseguire l'obiettivo generale della legge. Il secondo aspetto dell'obbligo imposto agli ISP consisterà nella registrazione del numero di notifiche inviate a ciascun utente e nel renderle disponibili, in forma anonima, ai detentori del diritto d'autore, su loro richiesta.

Il Governo ha ritenuto che queste misure fossero proporzionate, in ragione della rilevanza del settore creativo per l'economia inglese¹⁵, della necessità di salvaguardare l'innovazione che ne è il motore imprescindibile e dei rapidissimi mutamenti tecnologici che lo stravolgono di continuo. In questo quadro, il contributo richiesto dagli ISP è stato ritenuto opportuno.

¹⁴ Tali azioni procurano un danno all'economia stimato in oltre 400 milioni di sterline all'anno (v. House of Commons Library, *Digital Economy Bill [HL]: Bill 89 of 2009-10, Research Paper 10/30* del 29 marzo 2010, 17). MANSSELL e STEINMUELLER (*op. cit.*, 10 ss.) contestano, però, le modalità di calcolo delle cifre, delle statistiche e degli studi in generale intrapresi nel contesto della pirateria informatica.

¹⁵ Il settore delle comunicazioni è uno dei tre maggiori settori dell'economia del Regno Unito: rappresenta, infatti, circa il 10% del PIL nazionale (v. House of Commons Library, *cit.*, 2).

L'Act definisce le procedure che potranno essere esperite da un titolare di diritti d'autore che sia in possesso di prove che un utente di un servizio di accesso ad *Internet* abbia violato il diritto d'autore in questione per mezzo dello stesso servizio, o che abbia permesso ad un altro individuo di utilizzare quel servizio e quell'individuo lo abbia utilizzato per violare il diritto d'autore. In particolare, il titolare potrà inviare un *copyright infringement report* (segnalazione di violazione di diritto d'autore) all'ISP che abbia fornito il servizio di accesso ad *Internet*.

Un ISP che riceva un *copyright infringement report* dovrà notificare all'utente l'avvenuta segnalazione (qualora il c.d. "codice sugli obblighi iniziali" lo richieda). Il c.d. *notification report* dovrà essere inviato all'utente entro un mese a partire dal giorno in cui l'ISP abbia ricevuto la segnalazione. L'avviso dovrà includere: la precisazione relativa al suo invio come conseguente ad un *copyright infringement report*; il nome del titolare del diritto d'autore che abbia fatto la segnalazione; una descrizione dell'apparente violazione; prove della violazione che mostrino l'indirizzo IP dell'utente e l'ora in cui le prove siano state raccolte; informazioni circa le vie di ricorso aperte all'utente e gli elementi in base ai quali queste possano essere esperite; informazioni relative al diritto d'autore ed al suo obiettivo; indicazioni o informazioni che permettano all'utente di ottenere consulenza su come accedere legalmente ad opere tutelate dal diritto d'autore, e sulle misure che un utente potrebbe applicare per proteggere il proprio accesso *Internet* dall'uso non autorizzato; qualsiasi altro elemento sia richiesto dal c.d. codice sugli obblighi iniziali¹⁶.

Se previsto dal codice sugli obblighi iniziali, il titolare dei diritti d'autore potrà richiedere all'ISP un elenco di violazioni del *copyright* che riguardi un determinato periodo di tempo. Ciò consentirà, se del caso, al titolare del diritto d'autore di determinare la gravità della violazione compiuta dall'utente (ad es., se si tratti di una violazione "*una tantum*" o di una violazione reiterata) e così di

¹⁶ In particolare, questi potranno essere mirati ad informare l'utente che: informazioni sulla presunta violazione potrebbero essere trattenute dall'ISP; che il titolare del diritto d'autore potrebbe richiedere all'ISP di rivelare quali *copyright infringement reports* da lui inviati riguardino lo stesso utente; che, in seguito ad una tale divulgazione, il titolare potrebbe ricorrere in giudizio per conoscere l'identità dell'utente e potrebbe intentare un ricorso in sede giurisdizionale contro lo stesso per violazione di *copyright*; e, che, là dove l'obbligo per l'ISP di inviare la notifica insorgesse in parte a causa di una relazione che fosse già stata oggetto di notifica, il numero di *copyright infringement reports* che riguardassero lo stesso utente potrebbe essere preso in considerazione relativamente alle eventuali misure tecniche che potrebbero essere imposte nei suoi confronti.

decidere se procedere o meno con un ricorso in sede giudiziale, oneroso in termini di tempo e di risorse pecuniarie¹⁷.

L'insieme delle previsioni relative alla disciplina delle violazioni del diritto d'autore hanno suscitato notevoli controversie, soprattutto presso associazioni di utenti di *Internet* e ISP. Durante la discussione del disegno di legge in Parlamento, l'Open Rights Group¹⁸ ha affermato che la legge “avrebbe distrutto il Wi-Fi libero, danneggiato aziende e biblioteche e punito gli innocenti”¹⁹. L'*Internet Services Providers' Association* si è opposta fortemente ad alcuni aspetti dell'allora disegno di legge, ritenendo che le misure impeditive siano essenzialmente inutili e che la loro approvazione sarebbe stata indebitamente accelerata dal Governo: per venire incontro alla volontà di accedere al materiale in questione ed allo stesso tempo assicurarsi che ciò avvenisse in maniera conforme alla legge, sarebbe stata preferibile, infatti, una riforma del sistema di concessione delle licenze d'uso da parte dei detentori del diritto d'autore.

I sostenitori della legge (tra cui figure di vertice del British Phonographic Industry o BPI, che rappresenta l'industria discografica nel Regno Unito, e del Creative Coalition Campaign) hanno invece sottolineato l'urgente bisogno di misure di contrasto dello scambio illegale di *files* ed altri prodotti creativi in rete, ed hanno osservato come la stesura della legge sia stata accompagnata da un approfondito procedimento di consultazione e di dibattito in sede parlamentare²⁰.

6.2. Il c.d. “codice sugli obblighi iniziali”

Al momento della redazione del *Digital Economy Act 2010*, il Governo auspicava che il c.d. “codice sugli obblighi iniziali” sarebbe stato redatto con la partecipazione dei principali soggetti del settore delle comunicazioni e

¹⁷ MANSELL e STEINMUELLER (*op. cit.*, 2) hanno, non a caso, sottolineato che le leggi di questo genere siano mirate più alla deterrenza che alla garanzia della loro osservanza.

¹⁸ Un gruppo impegnato nella lotta a favore dell'*Internet* libero, governato dalla legge e libero dalla sorveglianza sproporzionata e senza responsabilità, in cui l'informazione può circolare liberamente ed in cui gli utenti possono controllare i propri dati (<https://www.openrightsgroup.org/>).

¹⁹ Si è rilevato che le connessioni *wireless* costituiscono un ben più importante campo delle sfide tecniche che devono essere affrontate: ad esempio, se locali di ristorazione dovessero offrire l'accesso gratuito ad una rete *wi-fi* ai propri clienti, questi ultimi potrebbero accedervi utilizzando apparecchi portatili non registrati, ma anche nel caso in cui fosse obbligatoria la registrazione, questa potrebbe essere facilmente vanificata mediante l'uso di dati falsi.

²⁰ House of Commons Library, *cit.*, 21-22.

dell'industria creativa. Per questo motivo, si è stabilito²¹ che qualsiasi soggetto interessato potesse sottoporre una bozza di codice all'Ofcom. L'autorità avrebbe potuto così approvare o respingere il codice per mezzo di un *order*, stabilendo nello stesso atto, se del caso, la data di entrata in vigore del codice. Si è previsto che non potessero essere in vigore più codici nello stesso momento.

Il codice approvato avrebbe dovuto precisare le condizioni che dovevano essere soddisfatte affinché i diritti e gli obblighi derivanti dalle previsioni sulla violazione del diritto d'autore o il codice stesso si potessero applicare nei singoli casi. In particolare, il codice avrebbe potuto stabilire che determinati diritti od obblighi non si sarebbero potuti applicare a meno che il titolare di diritti d'autore non avesse già un accordo con un ISP sul numero di *copyright infringement reports* che lo stesso titolare potesse inviare all'ISP in un determinato periodo di tempo. Il codice avrebbe anche potuto richiedere che il titolare effettuasse un pagamento anticipato come contributo ai costi che sarebbero stati sostenuti dall'ISP per le azioni che avrebbe adottato nei riguardi dell'utente.

Per essere approvato, il codice doveva:

- (i) precisare la previsione richiesta sui *copyright infringement reports* e quella sulla notifica agli utenti;
- (ii) fissare la soglia applicabile per determinare chi fosse un c.d. "utente pertinente" ai fini della normativa (*relevant subscriber*);
- (iii) stabilire le modalità con cui gli ISP avrebbero dovuto mantenere le informazioni sugli utenti ed il periodo di tempo per il quale avrebbero potuto conservare queste informazioni;
- (iv) precisare qualsiasi previsione relativa al contributo alle spese;
- (v) soddisfare l'Ofcom circa il fatto che il codice fosse conforme agli obblighi sull'amministrazione e sulla validità delle previsioni;
- (vi) adempiere ai criteri relativi ai ricorsi per gli utenti;
- (vii) assicurarsi che le previsioni del codice fossero oggettivamente giustificabili con riguardo alle questioni che trattava e che quelle previsioni non fossero tali da discriminare indebitamente contro determinate persone o determinate categorie di persone; che fossero proporzionate rispetto all'obiettivo inteso; e che, avendo riguardo al loro obiettivo, le stesse previsioni fossero trasparenti.

Nel caso in cui gli operatori del settore non fossero stati in grado di produrre un codice, l'Ofcom avrebbe dovuto assumersi l'onere della sua redazione²². Dopo i

²¹ *Digital Economy Act 2010, Section 5.*

²² *Digital Economy Act 2010, Section 6.*

primi sei mesi successivi all'entrata in vigore effettiva delle previsioni pertinenti dell'*Act*, l'Ofcom avrebbe potuto adottare un codice sugli obblighi iniziali di propria iniziativa, a meno che un *order* in senso contrario non fosse stato emesso dal ministro competente. Con evidente ritardo, il 26 giugno 2012, l'Ofcom ha pubblicato una bozza di codice, sottoponendolo a consultazione pubblica; l'adozione di un codice definitivo è attesa per la seconda metà del 2015²³.

Il codice prodotto dall'Ofcom potrà determinare a chi spetta la giurisdizione relativamente a qualsiasi aspetto della materia interessata, eventualmente anche auto-assegnandosela; il codice potrà altresì stabilire che l'Ofcom, nell'esercizio della giurisdizione, abbia la facoltà di disporre risarcimenti o rimborsi delle spese sostenute dalle parti. Il codice potrà anche determinare che l'Ofcom abbia il dovere di far valere, o di contribuire a far valere, qualsiasi assegnazione o qualsiasi indicazione emessa ai sensi del codice, o emettere ulteriori misure per assicurare l'attuazione delle assegnazioni o delle indicazioni. Ancora, il codice potrà istituire una persona giuridica allo scopo di decidere sugli appelli degli utenti, conferendo allo stesso soggetto il potere di dettare la disciplina del proprio funzionamento e della propria procedura; in alternativa, potrà determinare che un soggetto incaricato della decisione degli appelli da parte degli utenti abbia il potere di far valere, o partecipare a far valere, le assegnazioni e le indicazioni dallo stesso emesse.

6.3. La limitazione dell'accesso ad *Internet*

Il ministro competente può, per mezzo di un *order*, imporre un obbligo tecnico (*technical obligation*) nei confronti degli ISP se l'Ofcom lo ritiene opportuno: l'obbligo consiste nel dovere per l'ISP di imporre restrizioni sugli utenti di *Internet* abbonati ai suoi servizi colpevoli di violazioni del diritto d'autore. Il ministro deve tener conto della valutazione dell'autorità di vigilanza e di qualsiasi altra questione che possa essere rilevante. L'*order* può anche precisare i criteri da seguire nel determinare se imporre o meno la misura in questione contro un utente, i passi successivi alla misura, e quando intraprenderli.

Prima di emettere un *order* di questo tipo, il ministro competente deve sottoporre al Parlamento una bozza dell'*order* ed un documento esplicativo; la bozza deve essere approvata da una risoluzione di ciascuna delle due Camere.

²³ BBC News, "UK piracy warning letters delayed until 2015", 6 giugno 2013, <http://www.bbc.com/news/technology-22796723>. La bozza di codice è visionabile al seguente indirizzo *Internet*: <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/online-notice/summary/notice.pdf>

Per sessanta giorni a partire dalla data in cui è stato depositato il documento, non è possibile emettere altri *orders* che impongano un termine per dare attuazione agli obblighi in questione. Alla scadenza di questo periodo, nella preparazione di una bozza di *order* che dia efficacia alla proposta, il ministro competente deve aver riguardo a qualsiasi indicazione o raccomandazione di una commissione di una delle Camere del Parlamento incaricata di redigere una relazione sulla bozza di *order*. Quando la bozza di *order* che dia effetto alla proposta (con o senza modifiche) viene sottoposta al vaglio parlamentare, il ministro deve anche depositare un documento che spieghi le eventuali modifiche fatte alla proposta.

Nessun *order* potrà essere emesso nei primi dodici mesi a partire dal primo giorno in cui sarà in vigore un codice sugli obblighi iniziali.

Allorché sia in vigore un tale *order* recante un obbligo tecnico, l'Ofcom deve, per mezzo di un suo *order*, redigere un codice per regolamentare la materia degli obblighi tecnici di cui sopra. Questo codice può essere redatto insieme con o indipendentemente dal codice sugli obblighi iniziali. Alcune condizioni-quadro relative a questioni procedurali e giurisdizionali sono peraltro stabilite nel *Digital Economy Act 2010 (Section 11)*.

Nella redazione di questo codice, l'Ofcom deve assicurarsi che esso:

- soddisfi le previsioni stabilite nell'*Act* per cui le condizioni sull'amministrazione e sulla validità del codice debbono essere rispettate;
- soddisfi i requisiti relativi al diritto di appello degli utenti;
- sia oggettivamente giustificabile, e non sia tale da discriminare indebitamente determinate persone o categorie di persone;
- sia proporzionato, nella sua disciplina, rispetto all'obiettivo che mira a raggiungere;
- in relazione a questi obiettivi, rechi una disciplina trasparente.

Il codice può precisare le condizioni che devono essere soddisfatte affinché si applichino i diritti e gli obblighi derivanti dalle previsioni del *Digital Economy Act 2010* sulla violazione del diritto d'autore in un determinato caso, e può richiedere ai titolari di diritti d'autore o agli ISP di fornire qualsiasi informazione o assistenza che sia ragionevolmente necessaria per determinare se queste condizioni siano state soddisfatte o meno. A questo riguardo, il codice può precisare che un diritto o un obbligo non si applica nei confronti di un titolare di diritti d'autore a meno che lo stesso non abbia già un accordo con un ISP sul numero di *copyright infringement reports* che il titolare può inviare all'ISP in un

determinato periodo di tempo; il codice può anche disporre il pagamento anticipato di un contributo alle spese sostenute dall'ISP.

Il codice può conferire la giurisdizione relativa a qualsiasi altra questione (oltre alla giurisdizione per trattare gli appelli degli utenti) nei confronti dello stesso Ofcom e stabilire che l'Ofcom, nell'esercizio di questa giurisdizione, possa assegnare risarcimenti o rimborsi delle spese. Il codice può stabilire che l'Ofcom debba far valere, o contribuire a far valere, qualsiasi assegnazione o indicazione emesse ai sensi del codice o emettere altri provvedimenti per far valere tali assegnazioni o indicazioni.

La *Section 14* dell'*Act* elenca le penalità che possono essere imposte agli ISP che contravvengono agli obblighi iniziali o agli obblighi di imporre misure tecniche, ovvero ad un ISP o ad un titolare del diritto d'autore per la contravvenzione dell'obbligo di fornire assistenza all'Ofcom. La sanzione pecuniaria è soggetta ad un tetto massimo di £250.000, cifra che può però essere incrementata dal ministro competente mediante l'emanazione di un *order* che deve essere approvato da entrambe le camere del Parlamento.

6.4. I ricorsi degli utenti

La *Section 11* del *Digital Economy Act 2010* richiede che il codice sugli obblighi iniziali conferisca agli utenti di *Internet* il diritto di ricorrere in appello e, per quanto riguarda il codice sugli obblighi tecnici, un ulteriore diritto di ricorso presso il *First-tier Tribunal*²⁴. È necessario incaricare un soggetto della funzione di decidere i ricorsi promossi dagli utenti, soggetto che deve essere indipendente dagli ISP, dai titolari di diritti d'autore e dall'Ofcom. I codici devono anche includere previsioni che riguardino i costi sostenuti da questo soggetto nella decisione dei ricorsi. La legge prevede, altresì, che le motivazioni in base alle quali possono essere presentati i ricorsi debbano includere il fatto che l'apparente violazione oggetto del *report* non costituisse, in realtà, una violazione del diritto d'autore, e che il *report* non riguardasse l'indirizzo IP dell'utente al momento dell'asserita violazione.

²⁴ Trattasi di un organo appartenente al sistema giudiziario del Regno Unito e suddiviso in sette *Chambers*, o sezioni: *General Regulatory Chamber*, *Social Entitlement Chamber*, *Health, Education and Social Care Chamber*, *Tax Chamber*, *War Pensions and Armed Forces Compensation Chamber*, e *Immigration and Asylum Chamber*. Nella maggior parte dei casi, è previsto il ricorso dal *First-tier Tribunal* all'*Upper Tribunal*, ma solamente su permesso di uno di questi due organi.

6.5. L'oscuramento dei siti *Internet*

Il disegno di legge originalmente proposto dal Governo conferiva, al ministro competente, il potere di modificare il *Copyright, Designs and Patents Act 1988* attraverso atti di normazione secondaria, per poter far fronte in maniera rapida ed incisiva alle violazioni del diritto d'autore divenute possibili a causa delle innovazioni tecnologiche non ancora previste o prevedibili al momento della redazione del *Digital Economy Act 2010*. Tuttavia, durante il dibattito nella *House of Lords*, la previsione ha ingenerato forti contrasti ed è stata rimossa: il potere era, sì, limitato alla sfera di *Internet*, ma a causa della crescente rilevanza della rete e dell'assenza di un controllo parlamentare sugli atti normativi di rango secondario, la commissione speciale della *House of Lords* incaricata di esaminare il disegno di legge ha definito la previsione "costituzionalmente inopportuna" e "sorprendente nella sua potenziale portata"²⁵. Al suo posto, è stata inserita una previsione diversa, che conferisce ai titolari di diritti d'autore la facoltà di richiedere un'ingiunzione giudiziale che obblighi gli ISP a bloccare l'accesso ai siti responsabili della violazione del diritto d'autore. La nuova previsione²⁶ permette l'oscuramento di siti ed altri percorsi *Internet* che ospitano quantità notevoli di contenuto che viola il *copyright*. In particolare, la legge inserisce nel *Copyright, Designs and Patents Act 1988* una previsione secondo cui "[l]a *High Court* [...] ha il potere di concedere un'ingiunzione contro un fornitore di servizi [*Internet*] con cui gli imponga di impedire l'accesso a siti *on line* precisati nell'ordinanza della Corte al fine di prevenire la violazione *on line* del diritto d'autore".

Si elencano, poi, le questioni cui la *High Court* deve far riferimento nello stabilire se concedere o meno l'ingiunzione; in proposito, si deve tener conto, tra l'altro, del fatto se l'ISP abbia già "preso misure ragionevoli per impedire l'accesso al percorso *on line* precisato" e se il titolare del diritto d'autore abbia adottato misure ragionevoli per facilitare l'accesso al contenuto protetto in maniera legale. L'emanazione dell'ingiunzione deve essere portata a conoscenza dell'operatore del sito in questione. Il Parlamento stesso, tuttavia, ha ammesso che "è concepibile che siti che violano il *copyright* su scala ridotta potrebbero apparire e scomparire con una celerità che renderebbe possibile evitare il procedimento legale"²⁷.

²⁵ House of Commons Library, cit., 22.

²⁶ Lord Clement-Jones (Partito Liberaldemocratico) col sostegno di Lord De Mauley (rappresentante dell'Opposizione).

²⁷ House of Commons Library, cit., 22.

Dissensi nei confronti di questa disciplina sono giunti da colossi del settore dell'informatica (quali ad esempio Facebook e Google), nonché da ISP, gruppi di consumatori, onorevoli ed esponenti del mondo accademico; le critiche si sono incentrate soprattutto sul fatto che la procedura per richiedere un'ingiunzione nell'ordinamento britannico viene alterata in maniera significativa, e che si avrebbe “un aumento degli [ISP] che bloccano siti *web* accusati di avere illegalmente [fornito servizi di] *hosting* materiale tutelato da diritto d'autore senza nemmeno che i casi [giungessero] dinanzi ad un giudice”. In effetti, “la modifica tenta di risolvere le preoccupazioni legittime dei titolari dei diritti, ma [avrà] conseguenze non [previste] che [supereranno] di gran lunga i vantaggi che [potrà] arrecare”. In sintesi, “impedire l'accesso nelle modalità previste da questa disposizione [perturberà] *Internet* nel Regno Unito ed altrove, minacciando la libertà di espressione e l'*Internet* libero, senza diminuire la violazione del diritto d'autore come auspicato. Far avanzare in maniera così rapida una proposta controversa alla fine di un Parlamento, senza alcuna consultazione con i consumatori o con il settore, costituisce un esempio di legiferazione di qualità scarsissima”²⁸.

Il Governo Cameron ora in carica ha manifestato il proprio disaccordo con la previsione sin dalla sua introduzione, asserendo la sua incompatibilità con la Direttiva 83/139/CEE²⁹ sulle procedure d'informazione e registrando anche le preoccupazioni espresse dagli esponenti dei settori coinvolti e dal pubblico. La previsione è stata modificata nella versione ufficiale della legge, e prevede la possibilità per il ministro competente di emanare norme secondarie che disciplinino le modalità con cui le corti possono emettere una tale ingiunzione. Tuttavia, il Governo ha affermato che al momento non intende avvalersi di questa facoltà. Ciò anche in base al parere dell'Ofcom. Secondo tale autorità, infatti, il meccanismo previsto non è adatto a realizzare l'obiettivo di impedire l'accesso ai siti, poiché la tempistica necessaria per l'ottenimento dell'ordinanza è tale da rendere possibile lo spostamento del sito in questione su un *server* diverso; inoltre, la *Section 97A* del *Copyrights Act* prevede già un adeguato rimedio giurisdizionale per i privati titolari di *copyright* nei confronti dei violatori.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Direttiva 83/189/CEE del Consiglio del 28 marzo 1983 che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche.

7. Il controllo giurisdizionale del *Digital Economy Act 2010*

Nel caso *R (on the application of British Telecommunications and others) v BPI (British Recorded Music Industry) Ltd and others*³⁰, le società di telecomunicazioni BT e TalkTalk avevano adito la *High Court* per il controllo giurisdizionale del *Digital Economy Act 2010*. Tra le molteplici motivazioni addotte, particolarmente pertinente era quella secondo cui le previsioni avevano un impatto sproporzionato sugli ISP, sui consumatori, sugli utenti commerciali e sugli intermediari pubblici. Ad avviso dei ricorrenti, la legge doveva essere calibrata in relazione alla libera circolazione dei servizi, al diritto alla *privacy*, al diritto alla libertà di espressione o comunicare e ricevere informazioni; ciò in base a molteplici fonti, tra cui gli artt. 7, 8, 11 e 52 della Carta europea dei diritti fondamentali, nonché i principi generali del diritto europeo, ai sensi dell'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea, oltre allo *Human Rights Act 1998* ed agli artt. 8 e/o 10 CEDU.

Per la *High Court*, “sussistono buoni motivi nella specie per prestare ossequio all'equilibrio raggiunto dal decisore, ovvero il Parlamento. Primo, vi è nella giurisprudenza considerevole sostegno alla tesi che le Corti dovrebbero prestare particolare deferenza ai decisori eletti e responsabili là dove la decisione riguardi materie ritenute di specifica competenza dei poteri politici”. Nei precedenti giurisprudenziali, “la prontezza con cui una corte si è discostata dal parere della legislatura dipende dalle circostanze, ‘tra cui la materia della legislazione’. Più la legislazione riguarda questioni di *policy* sociale ampia, meno pronta è la corte ad intervenire”. Nella fattispecie, il Parlamento ha effettivamente trattato una questione importante di *policy* sociale ed economica nella quale sono in gioco interessi rilevanti e contrastanti. Da una parte, vi era l'interesse del settore dei *media*, che soffriva di gravi danni economici e strutturali in conseguenza dell'attività illecita su *Internet*; dall'altra, gli ISP erano strutturati in modo tale da essere essenzialmente “condotte” per il flusso di informazioni, e l'efficienza e la competitività della loro attività dipendeva da una interferenza minima con quel flusso di informazioni. Parimenti, gli utenti che usufruivano dei servizi degli ISP e di *Internet* erano ben consapevoli che la tecnologia era uno degli strumenti più prodigiosi per la trasmissione e lo scambio di informazioni. Inoltre, l'informazione era anche un bene pubblico, e l'interferenza con l'accesso all'informazione ed alla sua pubblicazione poteva avere un impatto negativo sul

³⁰ [2011] EWHC 1021 (Admin).

benessere in generale. Per la corte, dunque, il bilanciamento di questi interessi era “una delle classiche mansioni legislative”, di talché “la corte dovrebbe essere effettivamente molto cauta prima di annullare, come sproporzionato, il preciso equilibrio individuato per legge dal Parlamento”.

In ragione di questa argomentazione, la *High Court* ha respinto la richiesta dei ricorrenti. L’impugnazione della sentenza dinanzi alla *Court of Appeal*³¹, promossa da parte delle società di telecomunicazioni, non ha riguardato questa parte.

³¹ *R (on the application of British Telecommunications plc. and another) v Secretary of State for Culture, Olympics, Media and Sport* [2012] EWCA Civ 232.

SPAGNA

a cura di Carmen Guerrero Picó

1. Introduzione

Tradizionalmente, in Spagna la tutela in concreto dei diritti di proprietà intellettuale era stata affidata ai soli organi giudiziari¹. Tuttavia, la crescita esponenziale del fenomeno della pirateria *on line* ha fatto sì che, nel 2011, con la legge c.d. *Sinde* (sulla quale v. *infra*) si provvedesse all'istituzione di un organo amministrativo a tutela dei diritti di proprietà intellettuale in rete: la Sezione seconda della Commissione sulla proprietà intellettuale² (d'ora in avanti, Sezione seconda).

La Sezione seconda può richiedere ai prestatori di servizi della società dell'informazione³ che forniscano i dati identificativi del possibile trasgressore, se questi non siano già noti. Alla Sezione viene affidato il c.d. 'procedimento per il ristabilimento della legalità', che, nonostante privilegi l'adempimento volontario delle richieste di porre fine alla violazione dei diritti, prevede la possibilità di adottare misure restrittive quali l'interruzione del servizio o il ritiro dei contenuti

¹ L'origine di questo sistema di tutela risale almeno alle *Cortes* di Cadice. Il decreto CCLXV del 10 giugno 1813, sanciva le regole per far conservare agli scrittori la proprietà delle loro opere. Una volta riconosciuta agli scrittori la proprietà delle loro opere ed il diritto esclusivo spettante a loro, ai loro rappresentanti e, successivamente, agli eredi, di stamparle quante volte volessero (regola I), la regola VI stabiliva che se qualcuno avesse violato tali disposizioni, l'interessato avrebbe potuto denunciarlo dinanzi al giudice, il quale avrebbe giudicato conformemente alle leggi in vigore sull'usurpazione della proprietà altrui. V., per tutti, M. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, *Administración pública, propiedad intelectual e internet*, in *Periférica: Revista para el análisis de la cultura y el territorio*, n. 15, 2014, 344, studio approfondito in *La tutela administrativa de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, Iustel, Madrid, 2013, 13-37.

² La Commissione sulla proprietà intellettuale esisteva in precedenza. Con la riforma si è scissa in due sezioni: la Sezione prima si occupa delle tradizionali funzioni di mediazione ed arbitrato in materia di diritti di proprietà intellettuale (cui si è aggiunta di recente la funzione di determinazione delle tariffe per lo sfruttamento dei diritti di gestione collettiva), mentre le funzioni della Sezione seconda sono state create *ex novo*.

³ Si noti che, a differenza di quanto deciso in altri paesi, il legislatore spagnolo ha compiuto la scelta di non perseguire gli utenti dei servizi della rete, responsabili ultimi e diretti della violazione massiccia dei diritti di proprietà intellettuale nell'ambiente digitale. V. F. CARBAJO CASCÓN, *Aspectos sustantivos del procedimiento administrativo para la salvaguarda de derechos de propiedad intelectual en internet*, in *IDP (Revista de Internet, Derecho y Política)*, n. 15, novembre 2012, 8.

diffusi illegalmente. È previsto l'intervento – seppur limitato – degli organi giudiziari.

Il sistema introdotto dalla legge Sinde ha suscitato non poche perplessità in dottrina, e non solo. L'Asociación de Internautas e la Red de Empresas de *Internet*⁴ presentarono due ricorsi dinanzi al Tribunale supremo avverso il regolamento di esecuzione della legge asserendo che questo modello di tutela si poneva in contrasto con l'art. 117 Cost., che sancisce il principio di riserva di giurisdizione; la loro tesi è stata però respinta. Solo un paragrafo del regolamento sul funzionamento della Commissione sulla proprietà intellettuale è stato annullato, ma semplicemente perché eccedeva i limiti della potestà regolamentare.

Nei fatti, l'efficacia dell'azione amministrativa nella lotta contro le violazioni dei diritti di autore in *Internet* si è rivelata modesta. I dati forniti dai diversi osservatori della rete continuano ad evidenziare che le violazioni non si sono ridotte, ma anzi continuano a crescere⁵. È ovvio che questo dipende anche da fattori esterni, come la conformazione stessa della rete, i continui sviluppi di *software* che permettono di aggirare le protezioni dei contenuti digitali o la mancanza di uniformità delle strategie di difesa dei diritti di *copyright* a livello mondiale. Cionondimeno, nell'ultimo anno la normativa in materia di proprietà intellettuale è stata sottoposta ad una profonda riforma⁶ che, tra le altre cose, ha

⁴ Trattasi, rispettivamente, di un'associazione di utenti della rete e di un'organizzazione che rappresenta imprese che sviluppano la maggior parte delle loro attività in *Internet*.

⁵ In un comunicato stampa del Ministero dell'istruzione, della cultura e dello sport, pubblicato il 24 luglio 2015, si rendeva pubblico che, dall'entrata in funzionamento della Sezione seconda (nel mese di marzo 2012), il 98 per cento delle pagine *web* interessate (247 in totale) avrebbe ritirato i contenuti illegali. Solo 31 *webs* avrebbero cessato completamente nelle loro attività. Fonte: <http://www.mecd.gob.es/prensa-mecd/actualidad/2015/07/20150724-balance.html>.

I dati non si rivelano troppo ottimistici se messi in relazione, ad esempio, con l'*Observatorio de la piratería 2014*, rapporto preparato dall'associazione Coalición de Creadores e Industrias de Contenidos, in cui si stima che l'88 per cento dei contenuti culturali consumati *on line* nel 2014 erano illegali. Più concretamente, si sarebbero registrati 4 miliardi e 455 milioni di accessi illegali, per un valore di mercato di 23 miliardi e 265 milioni di euro. L'informazione può essere consultata alla pagina *web* <http://lacoalicion.es/observatorio-de-la-pirateria/observatorio-de-la-pirateria-2014/>; per un riassunto in lingua italiana, v. *Spagna, l'Internet illegale vale 23 miliardi*, in *La Repubblica*, 11 marzo 2015, http://www.repubblica.it/economia/2015/03/11/news/spagna_l_inter_net_illegale_vale_23_miliardi-109277526/.

⁶ La legge n. 21/2014, del 4 novembre, ha modificato la legge sulla proprietà intellettuale e la legge processuale civile (legge n. 1/2000, del 7 gennaio). Cionondimeno, è prevista una revisione integrale della materia entro il mese di gennaio 2016. Inoltre, i reati contro la proprietà intellettuale sono stati novellati con l'approvazione della legge organica n. 1/2015, del 30 marzo, che modifica il codice penale (v. in particolare gli artt. 270, 271 e 274 c.p.). La legge organica è entrata in vigore il 1° luglio 2015.

rafforzato il ruolo della Sezione seconda, dotandola di meccanismi più efficaci di reazione, ampliando il suo ambito di intervento ed apportando alcuni miglioramenti tecnici per correggere alcuni problemi che la prassi ha evidenziato.

A questi aspetti saranno dedicati i paragrafi seguenti, precisando sin d'ora che il Tribunale costituzionale non ha, per il momento, avuto modo di pronunciarsi sulla legittimità delle funzioni di tutela affidate alla Sezione seconda.

2. La tutela amministrativa contro le violazioni dei diritti di proprietà intellettuale nell'ambito digitale

L'introduzione della tutela amministrativa dei diritti di proprietà intellettuale nell'ambiente digitale è avvenuta attraverso la c.d. 'legge Sinde'⁷, che in realtà non è una legge, ma la disposizione finale 43^a della legge n. 2/2011, del 4 marzo, sull'economia sostenibile. Per approntare questa forma di tutela, il legislatore ha agito su tre fronti, novellando: (a) la legge n. 34/2002, dell'11 luglio, sui servizi della società dell'informazione e sul commercio elettronico (d'ora in avanti, LSSICE); (b) il regio decreto-legislativo n. 1/1996, del 12 aprile, con cui si approva il *texto refundido* della legge sulla proprietà intellettuale⁸ (d'ora in avanti, LPI); e (c) la legge n. 29/1998, del 13 luglio, di disciplina della giurisdizione contenzioso-amministrativa (d'ora in avanti, LGCA).

(a) La LSSICE riteneva giustificato stabilire restrizioni ai servizi della società dell'informazione⁹ nel caso si violassero – o si potessero violare – alcuni principi

Tutta la legislazione citata può essere consultata alla pagina *web* del Bollettino ufficiale dello Stato: <http://www.boe.es/legislacion/legislacion.php>.

⁷ Angeles González-Sinde, allora Ministro della cultura, era la promotrice della riforma.

⁸ La maggior parte degli autori inquadra i diritti di proprietà intellettuale nel diritto di proprietà sancito dall'art. 33 Cost. e non tra le libertà di creazione e produzione intellettuale dell'art. 20, comma 1, lettera b), Cost., nonostante le loro evidenti connessioni. Ciò implica che il loro esercizio debba essere attuato attraverso la legge e nel rispetto del loro contenuto essenziale, *ex art.* 53, comma 1, Cost., ma non da una legge organica.

⁹ La LPI si rifà alle definizioni contenute nell'allegato della LSSICE. Così, ad esempio, per "servizi della società dell'informazione" si intende ogni servizio prestato normalmente a titolo oneroso, a distanza, per via elettronica e su richiesta individuale del destinatario; sono da considerarsi inclusi i servizi non pagati dai destinatari se costituiscono un'attività economica per il prestatore di servizi. "Servizio di intermediazione" è il servizio della società dell'informazione che facilita l'accesso all'informazione o la prestazione od utilizzo di altri servizi (ad es., fornisce l'accesso a *Internet* – è il caso degli ISP –, trasmette i dati attraverso le reti di telecomunicazioni – servizio di *routing* –, realizza una copia temporanea dei dati di traffico e navigazione degli utenti – servizio di *system caching* –, alloca dati nei propri *server* – servizio di *hosting* –, oppure offre strumenti di ricerca, accesso a dati o *links* – servizi di *searching* e *linking*). "Prestatore di servizi" è la persona fisica o morale che svolge un servizio della società dell'informazione.

o interessi pubblici: l'ordine pubblico, le indagini penali, la pubblica sicurezza, la difesa nazionale, la salute pubblica o dei consumatori, la dignità umana ed il principio di non discriminazione, la tutela della gioventù e dell'infanzia (art. 8, comma 1). Con la legge Sinde si inserisce in questo elenco la salvaguarda dei diritti di proprietà intellettuale, per garantire l'intervento della Sezione seconda.

L'art. 8, comma 1, LSSICE autorizza gli organi competenti per la tutela degli anzidetti principi ad adottare le misure necessarie per interrompere la prestazione del servizio o per ritirare i dati in questione, nel rispetto delle garanzie poste dall'ordinamento a tutela dei diritti all'intimità, della protezione dei dati personali e della libertà d'informazione, se fossero coinvolti. Qualora lo richiedano la Costituzione o le leggi sull'esercizio dei diritti e delle libertà, le misure restrittive dovranno essere adottate solo dall'autorità giudiziaria, quale garante del diritto alla libertà di espressione, del diritto di produzione e creazione letteraria, artistica, scientifica e tecnica, della libertà d'insegnamento e del diritto all'informazione.

Date le difficoltà che possono esistere per identificare i responsabili di un determinato servizio della società dell'informazione, l'art. 8, comma 2, LSSICE prevede che gli organi competenti all'adozione delle misure restrittive possano richiedere ai prestatori di servizi la cessione dei dati riguardanti il presunto trasgressore, previa autorizzazione giudiziaria.

(b) Il nuovo art. 158 LPI crea la Sezione seconda della Commissione sulla proprietà intellettuale, organo collegiale facente capo al Ministero della cultura (oggi Ministero dell'istruzione, della cultura e dello sport)¹⁰. Ad essa, come accennato, è affidata la tutela dei diritti di proprietà intellettuale nei confronti di violazioni perpetrate in rete.

La Sezione seconda può disporre le misure necessarie per interrompere la prestazione di un servizio della società dell'informazione¹¹ (ad es., in casi gravi,

¹⁰ Nel testo della LPI del 2011, si prevedeva che la Seconda sezione fosse composta da membri nominati da diversi ministeri, senza però porre alcun requisito riguardante la loro formazione. Con la riforma della LPI del 2014, si esige che i membri siano in possesso di un titolo di studio superiore e che abbiano conoscenze in materia di proprietà intellettuale, valutandosi positivamente anche la loro formazione in materia di processo contenzioso-amministrativo ed in materia di comunicazioni elettroniche (v. il nuovo art. 158, comma 4, LPI).

¹¹ La sentenza della *sala* contenzioso-amministrativa dell'Udienza nazionale del 22 luglio 2014, che ha giudicato il ricorso n. 155/2013, ha stabilito che il procedimento di cui all'art. 158, comma 4, LPI non può dirigersi esclusivamente contro un prestatore di servizi di intermediazione, come era invece avvenuto nel caso di specie. La Sezione seconda era intervenuta contro il responsabile della pagina *www.quedelibros.com*, contenente una raccolta di indirizzi dove trovare libri *on line*, tra cui "L'ombra del vento" dello scrittore Carlos Ruiz Zafón, opera protetta dal diritto d'autore. L'Udienza nazionale ha dichiarato che "i prestatori di servizi di intermediazione non sono quelli che realizzano la condotta che viola i corrispondenti diritti di proprietà

può decidere il blocco di una pagina *web*), oppure per rimuovere i contenuti che violano i diritti di autore. Per farlo, è necessario che il prestatore di servizi trasgressore abbia agito, direttamente o indirettamente, con scopo di lucro oppure in forma tale da causare o da poter causare un danno patrimoniale.

L'operato della Sezione seconda deve ispirarsi ai principi di obiettività e proporzionalità e non è previsto che possa agire di ufficio.

Il procedimento delineato dal legislatore prevede che, una volta pervenuta la 'richiesta formale'¹² del titolare dei diritti (o del suo rappresentante), la Sezione seconda chieda al prestatore del servizio di rimuovere di propria iniziativa i contenuti denunciati entro quarantotto ore. Se il prestatore si adegua, il procedimento ha termine. In alternativa, deve fornire allegazioni e proporre le prove che ritenga opportune sull'esistenza di un qualche limite alla proprietà intellettuale che giustifichi il suo rifiuto. Se del caso, possono acquisirsi i mezzi di prova entro due giorni e gli interessati possono formulare le proprie conclusioni entro cinque giorni. La Sezione seconda deve determinarsi entro i tre giorni successivi e, in caso di silenzio, la richiesta del titolare del diritto di proprietà intellettuale deve ritenersi respinta.

L'esecuzione delle eventuali misure decise dalla Sezione seconda richiede la previa autorizzazione del giudice amministrativo. Inoltre, le decisioni possono essere oggetto di ricorso in via giudiziaria e non precludono altre eventuali azioni civili, penali e contenzioso-amministrative che possano risultare pertinenti¹³.

(c) Con la riforma della LGCA si è chiarito a quali organi debba rivolgersi la Sezione seconda per ottenere le autorizzazioni giudiziarie previste nelle diverse fasi del procedimento.

intellettuale, giacché non mettono a disposizione del pubblico le opere protette, né le riproducono, copiano, ecc. La condotta illecita viene commessa dalle persone fisiche o giuridiche che forniscono un servizio della società dell'informazione, certamente servendosi in maggiore o minore misura dei corrispondenti servizi di intermediazione" (*Fundamento de Derecho* – FD – 5).

Le decisioni dell'Udienza nazionale si possono consultare alla pagina *web* <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp?org=an&comunidad=13>.

¹² Espressione, questa, che non viene ritenuta coerente da un punto di vista tecnico con le norme riguardanti l'inizio del procedimento contenute nella legge n. 30/1992, sul regime giuridico delle pubbliche amministrazioni e sul procedimento amministrativo comune (v. gli artt. 42, comma 3, e 68).

¹³ *Scil.*, se una parte ritiene che la violazione non sia avvenuta o che la misura voluta dalla Sezione seconda difetti di proporzionalità, può sempre ricorrere alla tutela giurisdizionale ordinaria.

Spetta ai *Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo* autorizzare la richiesta di collaborazione ai prestatori di servizi per identificare il trasgressore ai sensi dell'art. 8, comma 2, LSSICE. Il procedimento per ottenere quest'autorizzazione è disciplinato dall'art. 122 *bis*, comma 1, LGCA. La Sezione seconda deve esporre nella sua richiesta le ragioni che la giustificano, e corredarla della documentazione pertinente. Il giudice, previa consultazione del pubblico ministero, decide entro ventiquattro ore, autorizzando la richiesta a meno che non siano interessati i commi 1 e 3 dell'art. 18 Cost., che sanciscono, rispettivamente, i diritti all'intimità, all'onore ed alla propria immagine, ed il segreto delle comunicazioni. Dunque, il giudice non deve decidere se esiste o meno una violazione dei diritti di proprietà intellettuale, ma solo se la cessione dei dati che porterà all'identificazione da parte del prestatore di servizi violi gli anzidetti diritti fondamentali.

Spetta, del pari, ai *Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo* autorizzare l'esecuzione degli atti adottati dalla Sezione seconda per interrompere la prestazione dei servizi della società dell'informazione o per ritirare i contenuti che violano i diritti di autore (art. 9, comma 2, LGCA). Il procedimento è disciplinato dall'art. 122 *bis*, comma 2, LGCA: accordata la misura dalla Sezione seconda, essa richiede al giudice competente l'autorizzazione per l'esecuzione, riferita al possibile coinvolgimento dei diritti garantiti dall'art. 20 Cost., riguardanti le libertà di espressione e di informazione¹⁴. Entro il termine

¹⁴ L'art. 20 Cost. così recita: "1. Si riconoscono e tutelano i diritti: a) a esprimere e diffondere liberamente il pensiero, le idee e le opinioni per mezzo della parola, degli scritti o con qualunque altro mezzo di riproduzione; b) alla produzione e creazione letteraria, artistica, scientifica e tecnica; c) alla libertà di insegnamento; d) a comunicare o ricevere liberamente informazioni veritiere attraverso qualsiasi mezzo di diffusione [...]. – 2. L'esercizio di questi diritti non può essere limitato da nessun tipo di censura *preventiva*. – 3. [...]. – 4. Queste libertà hanno i loro limiti nel rispetto dei diritti riconosciuti in questo titolo, nei precetti delle leggi che lo attuano, e specialmente nel diritto all'onore, all'intimità, alla propria immagine e alla protezione della gioventù e dell'infanzia. – 5. Il sequestro di pubblicazioni, registrazioni e altri mezzi d'informazione potrà essere concesso soltanto con autorizzazione giudiziaria" (il corsivo è aggiunto).

Dall'art. 122 *bis*, comma 1, LGCA sembra desumersi che il legislatore tema che qualsiasi misura di sospensione dei servizi della società dell'informazione possa interessare le libertà di espressione e di informazione. Ad ogni modo, non sembra che possa parlarsi di censura preventiva quando la Sezione seconda decide di ritirare contenuti o interrompere la prestazione di un servizio: ciò in quanto, semplicemente, agisce *a posteriori*. Inoltre, le libertà di cui all'art. 20 Cost. devono rispettare i diritti sanciti al Titolo I, tra cui il diritto di proprietà (art. 33 Cost.) e anche la libertà di impresa (art. 38 Cost.). Tuttavia, alcuni autori sostengono che l'interruzione di un servizio o il ritiro di un contenuto possano rappresentare una gravissima ingerenza nella libertà d'informazione, pari al sequestro di una pubblicazione, motivo per cui gli organi giurisdizionali dovrebbero essere gli unici a risolvere eventuali conflitti tra queste libertà ed altri diritti come la proprietà intellettuale, che non è un diritto fondamentale. Inoltre, il Tribunale costituzionale ha riconosciuto

improrogabile di due giorni dall'avvenuta notifica, sono convocati in udienza i rappresentanti legali dell'amministrazione, il pubblico ministero ed i titolari dei diritti coinvolti (o i loro rappresentanti), affinché, nel rispetto del contraddittorio, il giudice possa ascoltare tutte le parti¹⁵. La decisione deve essere resa, con ordinanza, entro il termine improrogabile di due giorni. I suoi contenuti sono prefissati, ponendosi l'alternativa tra l'autorizzazione o il diniego della misura¹⁶.

Spetta, infine, alla *sala* contenzioso-amministrativa dell'Udienza nazionale giudicare in unica istanza i ricorsi presentati nei confronti delle decisioni della Sezione seconda (quarta disposizione aggiuntiva, comma 5, LGCA).

che è legittimo l'intervento amministrativo sui contenuti mediatici, purché esista un controllo giudiziario, tranne che nel caso di sequestro di pubblicazioni (STC 52/1995, del 23 febbraio, FJ 5). Cfr. M. J. GARCÍA MORALES, *La prohibición de la censura en la era digital*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 31, 2013, 254-255.

¹⁵ Nonostante la legge non dica alcunché sulla possibilità di produrre prove durante quest'udienza, la sentenza del 7 gennaio 2015 della *sala* contenzioso-amministrativa dell'Udienza nazionale ha accettato la deduzione (v., in particolare, il FD 4 della decisione).

¹⁶ Alcuni giudici hanno cercato di attuare un controllo più ampio, presumibilmente facendo leva sull'art. 117 Cost. La pagina *web goear.com*, di proprietà di PC Irudia S.L., era stata denunciata dall'Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) per violazione dei diritti di autore. Tra le altre cose, la pagina *web* ospitava – senza licenza – 6833 *files* contenenti opere di titolarità dei soci AGEDI. La Sezione seconda aveva chiesto a PC Irudia S.L. di ritirare questi contenuti entro 24 ore. Se non lo avesse fatto, avrebbe chiesto a Cogent Comunicacions España S.L., responsabile del servizio di intermediazione di direccionamento IP della pagina *web*, di sospendere il servizio che le prestava, impossibilitando l'accesso alla pagina. Dal controllo della Sezione seconda era emerso che su 39 opere specificamente controllate solo 5 erano state ritirate, per cui questa si era rivolta al giudice perché autorizzasse la sospensione dei servizi. Il *Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo*, con ordinanza del 20 marzo 2014, aveva tuttavia respinto la misura, ritenendola sproporzionata, in relazione al fatto che, tra gli oltre 4 milioni di *files* audio ospitati nella pagina *web*, solo uno 0,001% (il 0,5% se considerato il totale dei *files* dei soci di AGEDI) era privo di licenza.

La *sala* contenzioso-amministrativa dell'Udienza nazionale, con sentenza del 7 gennaio 2015, ha annullato la decisione del *Juzgado Central*, accogliendo il ricorso d'appello presentato dall'avvocato dello Stato e AGEDI (ric. n. 7/2014). PC Irudia S.L. riteneva che la chiusura della pagina *web* con oltre 4 milioni di *files* di contenuto molto eterogeneo non fosse proporzionata e quindi era lesiva della libertà di espressione e d'informazione. L'Udienza nazionale ha ribadito che nel procedimento speciale delineato dall'art. 122 *bis*, comma 2, LGCA non si debba accertare la violazione dei diritti di proprietà da parte del prestatore dei servizi, ma solo se siano coinvolti i diritti di cui all'art. 20 Cost. Considerando che PC Irudia S.L. non aveva ritirato volontariamente i contenuti non autorizzati, la chiusura era l'unico strumento per adempire alla decisione della Sezione seconda. In questo caso, la risoluzione del conflitto tra, da una parte, la libertà di espressione e informazione di cui all'art. 20 Cost. e la libertà d'informazione degli utenti di *Internet* di cui all'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, e, dall'altra, i diritti di autore ed altri diritti affini, tutelati anche dall'art. 17, comma 2, della Carta, è stata dunque considerata proporzionata. Quasi tutti i *files* offerti dalla pagina *web*, del resto, erano di musica e la pagina non forniva notizie, articoli di opinione né opere letterarie, per cui la chiusura non interessava in maniera prevalente l'art. 20 Cost. (FD 6).

3. Le sentenze del Tribunale supremo del 31 maggio 2013

Come si è appena visto, l'art. 158 LPI traccia le linee essenziali di quello che è stato chiamato il 'procedimento per il ristabilimento della legalità', rinviando all'attuazione successiva ad opera di un regolamento, il regio decreto n. 1889/2011, del 30 dicembre, che disciplina il funzionamento della Commissione sulla proprietà intellettuale (d'ora in avanti, RCPI). Il capitolo VI del regolamento¹⁷ riguarda, in particolare, le funzioni e la composizione della Sezione seconda.

Contro il RCPI sono stati presentati due ricorsi dinanzi al Tribunale supremo. L'Asociación de Internautas (ric. n. 48/2012) impugnava l'intero regolamento e, sussidiariamente, gli artt. 13, 15, 20, 22 e 24; mentre la Red de Empresas de Internet (ric. n. 185/2012) denunciava il capitolo VI e sussidiariamente alcuni paragrafi degli artt. 20 e 22. La sezione quarta della *sala* contenzioso-amministrativa del Tribunale supremo ha respinto le tesi dei ricorrenti con due sentenze del 31 maggio 2013¹⁸ e, solo nel caso del ricorso della Red de Empresas de Internet, è giunto ad una dichiarazione di annullamento, riguardante un paragrafo dell'art. 20, comma 2, RCPI¹⁹.

L'Asociación de Internautas ha presentato un ricorso di *amparo* contro la sentenza di rigetto, ma il Tribunale costituzionale lo ha dichiarato inammissibile. Alla base della decisione, è stata posta la manifesta inesistenza di violazione di diritti fondamentali tutelabili attraverso il ricorso di *amparo*²⁰.

3.1. Il rifiuto del Tribunale supremo di adire il Tribunale costituzionale in via incidentale

Entrambi i ricorrenti avevano chiesto al Tribunale supremo di adire il Tribunale costituzionale riguardo alla denunciata illegittimità delle competenze attribuite alla Sezione seconda per violazione del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva

¹⁷ V. gli artt. 13- 24.

¹⁸ Le decisioni del Tribunale supremo possono essere consultate alla pagina *web* <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>.

¹⁹ Data la similitudine tra le due sentenze, che hanno lo stesso relatore, in questi paragrafi verranno citati solo i passi della sentenza *Red de Empresas de Internet*, la prima ad essere stata emanata.

²⁰ Il testo del ricorso (n. 4467-2013-C) può essere consultato alla pagina *web* http://www.internautas.org/archivos/Recurso_de_Amparo_Rgltto_Sinde.pdf. Si veda anche la *providencia* del Tribunale costituzionale del 19 maggio 2015.

(art. 24, comma 1, Cost.), dei principi del diritto sanzionatorio amministrativo (art. 25 Cost.), della libertà di espressione (art. 20, comma 1, Cost.), del divieto di arbitrio da parte dei pubblici poteri (art. 9, comma 3, Cost.) e dei limiti della potestà regolamentare (art. 97 Cost.)²¹.

Il Tribunale supremo ha ritenuto che, in entrambi i casi, le richieste fossero state formulate in termini generici ed imprecisi, ma il fattore decisivo per giungere al suo rifiuto è che non si riteneva sussistente alcun dubbio circa la legittimità costituzionale dell'art. 158 LPI, base legale del regolamento (FD 3, sentenza *Red de Empresas de Internet*).

Per quanto attiene alla libertà di espressione e di comunicazione, il Tribunale supremo ha rilevato che, posto che gli organi amministrativi non possono decretare il sequestro dei mezzi di informazione, per porre in essere le misure di interruzione del servizio e di ritiro dei contenuti decise dalla Sezione seconda è comunque necessario ottenere la previa autorizzazione giudiziaria, nel rispetto delle garanzie richieste *ex art. 20, comma 5, Cost.*

Inoltre, “risulta difficile violare o restringere la libertà di espressione quando si difendono proprio i creatori dei contenuti, in definitiva, i titolari del diritto di proprietà intellettuale, se si tiene conto che questo tipo di proprietà è integrato da diritti di natura personale e patrimoniale, che attribuiscono all'autore la piena disposizione ed il diritto esclusivo di sfruttamento dell'opera, senza altre limitazioni che quelle sancite dalla legge (art. 2 LPI). Si ricordi che il diritto alla produzione, creazione artistica, scientifica e tecnica, sancito e protetto dall'art. 20, comma 1, lettera *b*), Cost., non è altro che una «concretizzazione del diritto – sancito e tutelato al paragrafo *a*) – ad esprimere e diffondere liberamente pensamenti, idee e opinioni” (STC 153/1985, del 26 novembre).

In definitiva, per adempire alla finalità affidata alla Sezione seconda in ordine alla salvaguarda della proprietà intellettuale, di fronte a violazioni perpetrate dai responsabili dei servizi della società dell'informazione, risulta essenziale

²¹ Cfr. il FD 4 della sentenza *Asociación de Internautas*. Ad avviso di ARMENGOT VILLAPLANA, *El cierre de páginas web y la retirada de contenidos ilícitos por la Comisión de Propiedad Intelectual (A propósito de las SSTs, Sala 3ª, de 31 de mayo de 2013)*, in *Pe. i. revista de propiedad intelectual*, n. 46, gennaio-aprile 2014, 16, la carente formulazione dei ricorsi ha fatto sì che si perdesse un'eccellente opportunità per sollecitare il Tribunale supremo ad adire il Tribunale costituzionale. Oltre ad avere omissso il giudizio di rilevanza richiesto *ex art. 35, comma 2, LOTC*, i ricorrenti, con riguardo esclusivamente all'istanza volta alla presentazione della questione di legittimità costituzionale, si sono concentrati su norme costituzionali che potrebbero non essere la chiave dei dubbi di legittimità del sistema creato dalla legge Sinde: non sono state citate, in effetti, altre norme di particolare rilevanza, come l'art. 117 (principio di riserva di giurisdizione) e l'art. 103, comma 1, Cost. (funzioni della pubblica amministrazione).

difendere al contempo la libertà di espressione, senza che tale difesa possa concretizzarsi, nell'ambiente digitale in cui ci si trova, in un arricchimento ed in uno sfruttamento commerciale che escluda il titolare del diritto di proprietà intellettuale” (FD 4, sentenza *Red de Empresas de Internet*).

3.2. La compatibilità del nuovo sistema amministrativo di tutela con il principio della separazione dei poteri e con la c.d. riserva di giurisdizione

Nei ricorsi presentati si sosteneva che le funzioni attribuite alla Sezione seconda fossero incompatibili con il principio della separazione dei poteri e con il principio di riserva di giurisdizione²² di cui all'art. 117, comma 3, Cost., secondo cui “l'esercizio della potestà giurisdizionale in ogni tipo di processo, giudicando e facendo eseguire il giudicato, spetta esclusivamente ai giudici ed ai tribunali determinati dalle leggi, secondo le norme riguardanti la competenza e il procedimento che le stesse stabiliscano”.

Secondo il Tribunale supremo, le misure dell'interruzione del servizio e di ritiro dei contenuti non invadono né interferiscono sull'esercizio della potestà giurisdizionale. “Tradizionalmente, e detto in estrema sintesi, il concetto di giurisdizione proprio della nostra attività giurisdizionale [...] *si collega alla funzione di determinare il diritto [applicabile] in un caso concreto, riguardo a persone determinate e su atti determinati*. E, [inoltre], la differenziazione tra l'attività amministrativa e [l'attività] giurisdizionale *si basa sul criterio dell'irrevocabilità [del decisum]*²³, nonostante [a rigore] gli atti amministrativi [siano irrevocabili quando sono] definitivi, e nonostante [possano aversi] ricorsi [che revochino decisioni adottate] in sede giurisdizionale.

“Orbene, la caratterizzazione legale e regolamentare delle funzioni della Sezione seconda non è quella propria di una funzione giurisdizionale, né tantomeno presuppone una sostituzione né l'usurpazione della funzione che costituzionalmente si attribuisce, in regime di esclusività, a giudici e magistrati.

“In questo senso, l'attribuzione alla Sezione seconda delle misure dell'interruzione della prestazione di un servizio o di ritiro dei contenuti che

²² In collegamento con questo argomento, si sosteneva la violazione del diritto alla tutela giurisdizionale; la prospettazione è stata disattesa dal Tribunale supremo sull'assunto che le decisioni della Sezione seconda sono oggetto di controllo giudiziario (FD 6, sentenza *Red de empresas de Internet*).

²³ Il corsivo è aggiunto.

vulnerino tali diritti non è espressione dell'esercizio della funzione giurisdizionale. Semplicemente, si configura un organo amministrativo specifico, concepito con la finalità di salvaguardare i diritti di proprietà intellettuale, di fronte alla loro trasgressione da parte dei responsabili dei servizi dei professionisti della società dell'informazione; al contempo, si disegna, a tale fine, un procedimento retto dalla [caratteristica della] celerità, per la natura stessa dell'attività cui si riferisce". Inoltre, con la riforma operata dalla c.d. legge Sinde, la LGCA ha introdotto un riferimento esplicito alla Sezione seconda, attribuendo la competenza a giudicare i ricorsi riguardanti le sue decisioni all'Udienza nazionale; l'esecuzione delle misure di cui all'art. 158 LPI richiede la previa autorizzazione giudiziaria e l'intervento della Sezione seconda non preclude altre azioni civili, penali e amministrative che siano esperibili nelle singole fattispecie" (FD 6, sentenza *Red de Empresas de Internet*).

"È certo che sono in gioco diritti fondamentali, [...] essenzialmente la libertà di espressione e d'informazione. Orbene, la rilevanza di questi diritti e la loro natura di elementi indispensabili per formare un'opinione pubblica libera e plurale, e la loro proiezione nell'ambito di *Internet* come un meccanismo straordinario per dare alla società dinamismo nei suoi ambiti culturali, di *divertissement*, di comunicazione e commerciale, non impediscono l'intervento amministrativo in questo ambito, [intervento] che già è [divenuto] tradizionale in materia di telecomunicazioni e nel settore audiovisivo.

"In effetti, questi diritti fondamentali, che non sono illimitati, non impediscono l'istituzione di un organo amministrativo, né l'adozione di misure per ristabilire la legalità nella rete, purché si rispettino le garanzie stabilite dalla Costituzione e dalla legge, in particolare che l'operato amministrativo possa essere controllato dai giudici e tribunali, in attuazione della funzione che la Costituzione attribuisce loro di controllo della legalità degli atti e disposizioni amministrativi, *ex art. 106, comma 1, Cost.*, affinché [il diritto fondamentale al]la tutela giurisdizionale non ne risenta" (FD 7, sentenza *Red de Empresas de Internet*). Ponderando i differenti diritti ed interessi in gioco, la legge prevede sia l'adozione di misure restrittive dei servizi della società dell'informazione, sia il necessario intervento degli organi giudiziari.

La conferma della legalità del sistema disciplinato dall'art. 158 LPI e dal RCPI da parte del Tribunale supremo ha contribuito a sopire le critiche mosse dalla dottrina al sistema di tutela amministrativa creato dalla legge Sinde, ma non ha cancellato completamente i dubbi di legittimità riguardanti la violazione degli artt. 117 e 103 Cost.

Per ARMENGOT VILAPLANA, non si può respingere senza ulteriori motivazioni la tesi secondo cui ad un organo amministrativo come la Seconda sezione sono state attribuite funzioni giurisdizionali. Quando la Sezione seconda ordina la cessazione di un'attività che viola i diritti di proprietà intellettuale sta applicando il diritto oggettivo (la LPI), in una situazione di conflitto tra due parti private (i titolari dei diritti ed il prestatore dei servizi trasgressore), anzi sta verificando se il richiedente delle misure restrittive è il titolare dei diritti o un suo legittimo rappresentante, se si sta producendo una violazione degli anzidetti diritti perché lo sfruttamento non ha un titolo che lo giustifichi e se tale attuazione è imputabile ad un altro soggetto: aspetti, questi, che sono gli stessi che di solito esamina il giudice civile quando giudica un 'processo-tipo' su diritti di autore.

Inoltre, l'art. 103, comma 1, Cost. sancisce che "la pubblica amministrazione serve con obiettività gli interessi generali e agisce in conformità ai principi di efficienza, gerarchia, decentramento, delega e coordinamento, con piena sottoposizione alla legge ed al diritto". Tuttavia, in questo caso, l'amministrazione è un terzo imparziale in una situazione che le è estranea, non è una delle parti coinvolte in questo conflitto tra diritti e non ci sono in gioco interessi generali, ma gli interessi di un determinato collettivo²⁴.

RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, pur criticando la motivazione del Tribunale supremo riguardante i tratti distintivi della giurisdizione, che ritiene poco precisa – e, a tratti, perfino pericolosa –, condivide la conclusione secondo cui il modello di tutela amministrativa creato dalla legge Sinde non è in contrasto con l'art. 117 Cost.²⁵. Egli ritiene che il tratto distintivo della giurisdizione sia il c.d.

²⁴ Perfino se si accettasse – come propongono alcuni autori – che in certi settori della proprietà intellettuale siamo davanti alla tutela di interessi collettivi, si potrebbe articolare un nuovo sistema più rispettoso dei dettami costituzionali, ad esempio, e sulla falsariga del modello francese, un sistema che autorizzasse un qualche organo amministrativo ad individuare infrazioni di questo tipo e gli riconoscesse la legittimazione a promuovere le corrispondenti azioni giudiziarie a difesa di quell'interesse collettivo (v. *El cierre de páginas web y la retirada de contenidos ilícitos por la Comisión de Propiedad Intelectual*, cit., 26-27). Tra i fautori di un controllo esclusivamente giudiziario, in prevalenza civile, a tutela dei diritti di autore in rete, v. anche, A. MONTESINOS GARCÍA, *El protagonismo de la Comisión de la Propiedad Intelectual, a la luz de la reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual*, in n. *InDret*, n. 4/2014, ottobre 2014.

²⁵ Cfr. M. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, *Reserva de jurisdicción, potestad reglamentaria y propiedad intelectual. En torno a las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2013, sobre la denominada «Ley Sinde»*, in *Revista de Administración Pública*, n. 192, settembre-dicembre 2013, 239-249.

Di recente, considerate le riforme civili e penali che si stanno attuando, l'autore ha dichiarato che l'attribuzione di questa potestà amministrativa di tutela potrebbe essere incorsa in una sorta di 'incostituzionalità sopravvenuta'. Se i nuovi strumenti penali e processuali civili, adattati alle singolarità di *Internet*, risultassero efficaci per tutelare i diritti di proprietà in quest'ambito, non

‘disinteresse oggettivo’. La questione consiste, quindi, nel determinare se la potestà amministrativa di cui all’art. 158 LPI è ordinata all’interesse generale, perché se la risposta a questo interrogativo fosse negativa, non solo si starebbe violando l’art. 103 Cost., ma anche la riserva di giurisdizione dell’art. 117 Cost.

Nel caso di specie, con la riforma dell’art. 8, comma 1, LSSICE si opera una vera e propria dichiarazione formale dell’interesse generale dei diritti di proprietà intellettuale. Inoltre, la c.d. legge Sinde rispetta altre esigenze derivate dal divieto di arbitrio da parte dei pubblici poteri (art. 9, comma 3, Cost.). Si tratta di una misura razionale, per una triplice motivazione: per la natura dei diritti tutelati, per lo speciale dovere di protezione dei diritti che hanno i pubblici poteri e per la situazione di debolezza in cui si trovano i diritti di autore nel nuovo scenario tecnologico di *Internet*. Tra l’altro, le misure previste sono anche proporzionate e ragionevoli, perché i poteri dell’amministrazione sono delimitati e tassativi, si producono successivamente alla violazione dei diritti e sono sottoposti a scrutinio giudiziario.

3.3. Il rispetto dei limiti della potestà regolamentare

Un’altra delle illegittimità che venivano denunciate dai ricorrenti consisteva nell’asserita violazione, da parte del RCPI, dell’art. 97 Cost., che riconosce al Governo la potestà regolamentare, nel rispetto della Costituzione e delle leggi. Il Tribunale supremo ha constatato che le doglianze, riferite al regolamento, riguardavano, in realtà, aspetti che erano già stati espressamente presi in considerazione dall’art. 158 LPI.

“I ricorrenti partono da una [loro] idea generale, ovvero che il sistema [di tutela] che si doveva adottare [...] avrebbe dovuto essere un altro, in cui gli organi giurisdizionali si incaricassero, direttamente, del controllo della legalità in *Internet* per la protezione della proprietà intellettuale. A loro avviso, questo sarebbe stato più garantista. [...]. [Ma questa] è un’opzione, legittima quanto può esserla qualsiasi altra, tra le molte possibili. Ebbene, un siffatto dibattito non può essere suscitato nell’ambito di questo ricorso, perché è stato già risolto dalla legge, che segue un disegno diverso da quello postulato dai ricorrenti, ed è per

sembrerebbe compatibile con il disegno costituzionale di separazione dei poteri continuare ad attribuire all’amministrazione poteri per risolvere controversie su diritti di titolarità privata che possono essere giudicati efficacemente (ed in modo più garantista) dai giudici e tribunali: cfr. M. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, *Administración pública, propiedad intelectual e internet*, cit., 350 ss.

questo motivo che non risulta solo coerente ma anche obbligato²⁶ che sia stato attuato via regolamento [...], come richiede il principio di gerarchia normativa (art. 9, comma 3, Cost.)” (FD 8 sentenza *Red de Empresas de Internet*).

In questo ambito, “la confluenza dei diritti alla libertà di espressione [...] e di informazione [...], e, specificamente, del diritto alla produzione letteraria, artistica, scientifica e tecnica [...], insieme con altri, come l’intimità personale e familiare [...], la protezione dei dati personali [...] e anche l’accesso alla cultura, tra gli altri, [...] determinano la necessità di adottare misure che delimitino i loro rispettivi ambiti e che rendano equilibrati i collegamenti tra di loro. [Nel caso di specie,] la disciplina regolamentare non risulta sproporzionata, né presuppone una restrizione indebita dei diritti dei cittadini, né tantomeno la disciplina prevista nell’art. 158 LPI suscita in questa *sala* dubbi sulla sua costituzionalità” (FD 9, sentenza *Red de Empresas de Internet*).

Prosegue il Tribunale supremo: “non siamo [...] dinanzi ad una disciplina propria del diritto sanzionatorio, ma si tratta unicamente del ristabilimento della legalità in *Internet* di fronte a minacce contro la proprietà intellettuale. Non si tratta, quindi, dell’esercizio dello *ius puniendi* dello Stato, ma di ripristinare un assetto delle cose conforme a diritto, quando questa legalità è stata infranta dai responsabili dei servizi della società dell’informazione. Non si tratta, dunque, [dell’introduzione] di una disciplina di natura sanzionatoria e [per questo motivo] non si può invocare l’osservanza dei principi e delle garanzie di cui al titolo IX della legge n. 30/1992”, regolatrice del procedimento amministrativo comune, come richiedevano i ricorrenti (FD 10, sentenza *Red de Empresas de Internet*).

In ragione di queste argomentazioni, si è esclusa la nullità dell’intero capitolo VII del RCPI.

3.4. L’annullamento *in parte qua* dell’art. 20, comma 2, del regolamento sul funzionamento della Commissione sulla proprietà intellettuale

L’art. 20, comma 2, RCPI disponeva che, se una volta intimato dalla Sezione seconda, il prestatore di servizi avesse optato per l’interruzione volontaria del servizio o per il ritiro dei contenuti ritenuti in contrasto con i diritti di proprietà intellettuale, il procedimento sarebbe stato archiviato, dandosi a questa condotta “valore di riconoscimento implicito della avvenuta violazione” di questi diritti.

²⁶ Per questo stesso motivo, il Tribunale supremo non riscontra alcuna violazione del divieto di arbitrio da parte dei pubblici poteri (FD 10, sentenza *Red de Empresas de Internet*).

Questa presunzione è stata ritenuta dal Tribunale supremo esorbitante rispetto ai contenuti possibili di una norma del regolamento.

“Le misure per ristabilire la legalità hanno senso se attraverso di loro si può raggiungere la finalità per la quale sono state concepite, cioè riportare lo stato delle cose ad un assetto conforme a diritto. Quando la legalità è già stata ristabilita, per il ritiro volontario del contenuto o l’interruzione del servizio, non ha più senso [...] operare alcun riconoscimento dell’illegalità, né stabilire presunzioni al riguardo. A meno che ciò che si pretende sia che l’anzidetto riconoscimento della violazione produca effetti in un altro procedimento, diverso da quello in questione, [...] circostanza che senz’alcun dubbio non è stata prevista dalla legge né si può desumere dalla sua disciplina.

“L’art. 158, comma 4, paragrafo terzo, LPI non fa allusione [...] al contenuto della risoluzione [della Sezione seconda]; dichiara semplicemente che la Commissione [sulla proprietà intellettuale], entro il termine massimo di tre giorni, emetterà una risoluzione. E la disciplina su questo punto non rivela nemmeno il più piccolo indizio affinché possano stabilirsi, per via regolamentare, presunzioni sulla violazione del diritto di proprietà intellettuale quando la lesione di cui era stata informata la Commissione ha cessato, senza [che vi sia] necessità di adottare le misure di ristabilimento della legalità.

“[...] Segnala [in contrario] l’avvocato dello Stato che il ritiro del contenuto [in contrasto con i diritti di proprietà intellettuale] da parte del prestatore dei servizi non può determinare che «resti irrisolto» il procedimento per il ristabilimento della legalità instaurato, e che [di fatto] al ritiro volontario di un contenuto viene dato valore di riconoscimento implicito di una violazione. Tuttavia, dato che il procedimento amministrativo previsto non ha lo scopo di chiarire responsabilità amministrative, né si tratta di un procedimento sanzionatorio, perché il suo oggetto consiste unicamente nel ristabilire la legalità quando questa sia stata infranta, risulta ovvio che non vi è alcuna violazione, perché il contenuto è stato ritirato, e diventa superfluo riferirsi a riconoscimenti impliciti di [alcuna] violazione.

“Inoltre, [va segnalato che] l’adempimento alla richiesta [della Sezione seconda] con il ritiro del contenuto o con l’interruzione del servizio, può obbedire alle più diverse ragioni, incompatibili con il riconoscimento [*tout court*] della violazione. Detto in altri termini, [non è da escludere che nei singoli casi] eventuali allegazioni del prestatore dei servizi possano portare alla decisione [della Sezione seconda] di non adottare le misure dell’interruzione volontaria del servizio o del ritiro di contenuti, oppure può darsi che il prestatore dei servizi

abbia deciso di adempiere alla richiesta semplicemente per evitare procedure che consideri fastidiose e nonostante ritenga di non essere incorso in alcuna violazione alla proprietà intellettuale” (FD 14, sentenza *Red de Empresas de Internet*).

RODRÍGUEZ PORTUGUÉS sostiene, invece, che stabilire, come faceva l’art. 20 RCPI, una presunzione con effetti giuridico-processuali o civili estranei all’esercizio della potestà amministrativa esercitata dalla Sezione seconda, in realtà presupponesse un’attuazione non dell’art. 158, comma 4, LPI, ma degli artt. 138 ss. della stessa legge, riguardanti le azioni civili di cessazione e di risarcimento e le misure cautelari, che non spettano all’amministrazione ma al potere giudiziario²⁷.

4. Il rafforzamento del ruolo della Sezione seconda della Commissione sulla proprietà intellettuale nella c.d. ‘legge Lassalle’

La legge n. 21/2014, del 4 novembre, più nota come ‘legge Lassalle’²⁸, ha novellato la LPI e la legge processuale civile. Il nuovo (ed assai articolato) art. 158 *ter* LPI introduce rilevanti novità riguardanti la funzione di salvaguarda dei diritti nell’ambiente digitale. La norma è in vigore dal 5 gennaio 2015.

Onde potenziare l’efficacia del sistema amministrativo di tutela creato dalla c.d. legge Sinde, il legislatore ha ampliato i possibili destinatari del procedimento. Interessa, in generale, i prestatori di servizi della società dell’informazione che violino diritti di proprietà intellettuale. Per decidere se iniziare il procedimento o meno, la Sezione seconda valuterà il loro livello di *audience* in Spagna, ed il numero di opere e di prestazioni asseritamente non autorizzate cui è possibile accedere. Tuttavia, si specifica che sarà applicabile anche ai prestatori di servizi che agevolano la descrizione o la localizzazione di opere e prestazioni protette, svolgendo un ruolo attivo e non neutrale, non circoscritto ad un’attività di semplice intermediazione tecnica. Il riferimento è, ad esempio, a quei prestatori che offrano elenchi ordinati e classificati di *links* a queste opere e prestazioni, a prescindere dal fatto che i *links* possano essere stati forniti inizialmente dai destinatari del servizio (art. 158 *ter*, comma 2, LPI)²⁹.

²⁷ Cfr. M. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, *Reserva de jurisdicción, potestad reglamentaria y propiedad intelectual*, cit., 254.

²⁸ Il Segretario di Stato alla cultura, José Maria Lassalle Ruiz, era il promotore della legge.

²⁹ In precedenza erano da ritenersi esclusi dal procedimento di ristabilimento della legalità i prestatori di servizi di intermediazione (in particolare i responsabili delle pagine *web* che

Il procedimento per il ristabilimento della legalità ora può iniziare d'ufficio o, come prima, previa denuncia del titolare dei diritti di proprietà intellettuali o del suo rappresentante (ad es., un ente di gestione). La denuncia deve essere accompagnata da una prova ragionevole che dimostri che si è previamente esperito un tentativo, infruttuoso, di far cessare la violazione. Si ritiene sufficiente l'invio di un'*email* all'indirizzo di posta elettronica del prestatore di servizi³⁰, nel caso l'avesse fornito (altrimenti non sarà necessaria alcuna preventiva richiesta). Il tentativo si considererà infruttuoso se il prestatore non avrà risposto o se, pure rispondendo, non avrà ritirato i contenuti entro tre giorni dall'invio della comunicazione (art. 158 *ter*, comma 3, LPI).

Il legislatore ha specificato che sono applicabili i diritti di difesa previsti dall'art. 135 della legge n. 30/1992, del 26 novembre, sul regime giuridico delle pubbliche amministrazioni e sul procedimento amministrativo comune, e che se la Sezione seconda non decide entro i termini fissati, ciò comporta la caducità del procedimento (art. 158 *ter*, comma 3, LPI).

Il procedimento per adottare le misure restrittive ed i termini per intervenire sono gli stessi previsti dalla c.d. legge Sinde (v. *supra*, par. 2). La Sezione seconda, però, adesso può chiedere l'adozione di misure tecniche e può richiedere il rispetto di specifici doveri di diligenza da parte del prestatore perché si assicuri del venir meno della violazione e del fatto che questa non possa ripresentarsi in futuro. Non è più necessario che il titolare dei diritti denunci la violazione di ogni singola opera, potendo chiedere il ritiro di un intero catalogo. Ma il cambiamento più rilevante è che l'interruzione volontaria della prestazione o il ritiro volontario dei contenuti da parte del prestatore di servizio avrà il valore di riconoscimento implicito della violazione dei diritti di proprietà intellettuale (art. 158 *ter*, comma 4, LPI). Si è, così, dato rango legislativo alla norma del RCPI dichiarata nulla dal Tribunale supremo; i dubbi riguardanti l'effetto dissuasivo di questa presunzione, tuttavia, persistono.

La strategia del legislatore nei confronti dei prestatori di servizi che si rifiutano di porre fine alle violazioni denunciate è mutata.

approntavano i *links* ai contenuti illegali), perché *a rigori* non commettevano la violazione dei diritti di proprietà intellettuale. Naturalmente, questo non escludeva che di fatto alcuni di loro avessero un ruolo attivo nel favorire la violazione dei diritti di autore da parte dei loro utenti (v. F. CARBAJO CASCÓN, *Aspectos sustantivos del procedimiento administrativo para la salvaguarda de derechos de propiedad intelectual en internet*, cit., 11).

³⁰ Questa richiesta va collegata agli artt. 16 e 17 LSSICE, che escludono la responsabilità dei prestatori dei servizi di *hosting* o che forniscano *links* a contenuti o strumenti di ricerca, qualora non abbiano "conoscenza effettiva" del fatto che i dati stoccati o l'informazione cui rinviano causano violazione di diritti. La richiesta è atta a generare l'anzidetta consapevolezza.

In primo luogo, si cerca di agire sulle loro fonti del loro finanziamento³¹. In questo senso, si prevede che la Sezione seconda possa chiedere ai *Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo* che i prestatori dei servizi d'intermediazione, di pagamenti elettronici e di pubblicità di cui si servono smettano di prestare loro questi servizi (art. 158 *ter*, comma 5, LPI)³². Quando si chiedi il blocco del servizio ai fornitori di accesso ad *Internet*, dovrà motivarsi adeguatamente la proporzionalità della misura e, nel caso si presti il servizio utilizzando un nome di dominio sotto il codice paese corrispondente alla Spagna (.es) o un altro dominio di primo livello il cui registro sia stabilito in Spagna, la Sezione seconda notificherà i fatti all'autorità del registro perché cancelli il nome di dominio, che non potrà essere nuovamente assegnato per un periodo di almeno sei mesi. La mancata collaborazione dei prestatori di servizi di intermediazione, dei servizi di pagamenti elettronici o di pubblicità si considererà un'infrazione ai sensi dell'art. 11 LSSICE, punita con una multa tra 150.001 e 600.000 euro, perché ritenuta molto grave (art. 39, in relazione all'art. 38, comma 2, lettera *b*, LSSICE).

In secondo luogo, si è posto rimedio ad una delle principali falle del sistema precedente, ovvero il non aver previsto alcuna sanzione per il prestatore dei servizi che non avesse adempiuto alle misure richieste dalla Sezione seconda, a differenza di quanto accadeva con i prestatori di servizi di intermediazione (la LSSICE sanzionava già come infrazione molto grave l'inadempimento all'obbligo di sospendere i servizi ordinato dagli organi amministrativi competenti). Si è introdotta ora la possibilità di sanzionare il prestatore di servizi che non adempia per due o più volte alle richieste di ritiro dei contenuti illegali o di sospensione del servizio. L'inadempimento reiterato³³ sarà costitutivo di un'infrazione amministrativa molto grave, sanzionata con multa tra 150.001 e 600.000 euro. In aggiunta, quando lo giustifichino la gravità e le ripercussioni sociali della trasgressione, l'infrazione potrà comportare le seguenti conseguenze:

a) la pubblicazione della risoluzione sanzionatrice definitiva, a spese del sanzionato, nel Bollettino ufficiale dello Stato, in due giornali nazionali o nell'*home page* della pagina *web* del prestatore;

³¹ Nella maggior parte dei casi, questi ottengono entrate derivate dall'inserzione di annunci pubblicitari o dalla commercializzazione degli indirizzi di posta elettronica degli utenti registrati.

³² L'art. 158 *ter*, comma 8, LPI prevede che questi prestatori possano adottare codici di condotta riguardanti il modo di mettere in pratica le misure di collaborazione richieste.

³³ S'intenderà che sia ripresa l'attività illecita se lo stesso responsabile (anche se utilizza persone fisiche o morali interposte) sfrutta di nuovo opere o prestazioni del medesimo titolare, anche se non si tratta esattamente di quelle violate prima.

b) la cessazione delle attività dichiarate illegali del prestatore di servizi per un periodo massimo di un anno.

Quando le infrazioni siano commesse da prestatori di servizi stabiliti in Stati che non siano membri dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo, ma i cui servizi sono indirizzati specificamente al territorio spagnolo, l'organo che abbia imposto la sanzione potrà ordinare ai prestatori di servizi di intermediazione che adottino le misure necessarie per impedire l'accesso dalla Spagna agli anzidetti servizi, per un periodo massimo di un anno.

L'irrogazione di sanzioni spetta al Segretario di Stato alla cultura, e l'esercizio della potestà sanzionatrice seguirà la procedura istituita nel titolo IX della legge n. 30/1992, del 26 novembre, sul regime giuridico delle pubbliche amministrazioni e sul procedimento amministrativo comune (art. 158 *ter*, comma 5, LPI).

APPENDICE

Cenni sull'*Online Copyright Infringement Liability Limitation Act* statunitense

a cura di Paolo Passaglia

1. Premessa

La normativa statunitense che tutela il diritto d'autore in ambito informatico è contenuta nel *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA), dell'ottobre 1998, adottato in attuazione dei trattati della *World Intellectual Property Organization* del 1996. La legge federale punisce: la produzione e la diffusione di tecnologia, strumenti o servizi diretti ad eludere i limiti ed i controlli all'accesso ad opere coperte da *copyright*; le condotte elusive dei controlli a tutela del diritto d'autore, a prescindere dalla circostanza che le condotte si siano risolte in una effettiva lesione di diritti d'autore.

Per quanto specificamente attiene ad *Internet*, la legge si segnala perché reca l'esclusione della responsabilità diretta o indiretta degli *Internet Service Providers* e di altri intermediari in caso di violazione del *copyright*. Al riguardo, è il Titolo II della legge, il c.d. *Online Copyright Infringement Liability Limitation Act* (OCILLA) a venire in rilievo.

La normativa, trasfusa nella *Section 512 (Limitations on liability relating to material online)* del *Title 17* dello *United States Code*¹, si pone in parziale controtendenza rispetto al resto del *Digital Millennium Copyright Act*, giacché, se quest'ultimo ha avuto l'obiettivo di bilanciare il diritto di accesso alle opere ed alle informazioni, da un lato, e la tutela del diritto d'autore, dall'altro, con riferimento ad *Internet* è emerso un orientamento volto principalmente a proteggere una parte dei soggetti potenzialmente idonei a porre in essere condotte lesive nei confronti del diritto d'autore. I *service providers*, infatti, si sono visti riconoscere una immunità nei riguardi di responsabilità per violazioni del *copyright* derivanti, non solo da condotte dei propri utenti, ma anche da condotte a loro direttamente imputabili.

¹ Il testo della *Section* è consultabile *on line* alla pagina www.law.cornell.edu/uscode/text/17/512.

2. L'immunità dei *service providers*

Ai termini della *Section 512(k)(1)(A)*, per *service provider* deve intendersi qualunque soggetto che offra la trasmissione, l'instradamento o il collegamento per comunicazioni digitali *on line*, tra due o più punti individuati dagli utenti, di materiale selezionato dagli utenti, senza intervenire nel senso di modificare il contenuto del materiale inviato o ricevuto.

Non tutti i *service providers* sono destinatari della disciplina di favore, giacché essa si applica – secondo quanto stabilito dalla *Section 512(i)(1)* – soltanto a quei *providers* che, in primo luogo, abbiano attuato ragionevolmente, dandone informazione agli interessati, la *policy* sulla terminazione del servizio, in determinate circostanze, per i sottoscrittori e per i titolari di *account* che violino il diritto d'autore ripetutamente, e che, in secondo luogo, si limitino ad ospitare materiali digitali, senza interferire con quegli strumenti tecnici che i titolari di diritti d'autore utilizzano per identificare o proteggere le opere².

In particolare, sono coperte da immunità quattro tipologie di attività.

2.1. Le comunicazioni transitorie

La *Section 512(a)* limita la responsabilità dei *service providers* nei casi in cui questi agiscano semplicemente come trasportatori di dati, trasmettendo informazioni digitali da un punto ad un altro della rete, in risposta alla richiesta proveniente da terzi. L'esclusione della responsabilità si applica agli atti di trasmissione, di instradamento, di creazione di collegamenti per le informazioni digitali e per le copie intermedie che vengano generate automaticamente.

Affinché il *service provider* possa fruire dell'esclusione da questo tipo di responsabilità è necessario che la trasmissione sia avvenuta su impulso di una persona diversa dal *provider*; il *provider* non deve aver provveduto ad alcun tipo di selezione delle informazioni oggetto di trasferimento e non deve aver stabilito il destinatario delle informazioni. Ancora, le informazioni devono essere state trasmesse senza alcuna alterazione da un punto di vista contenutistico. Infine,

² Una particolare tutela è offerta dalla *Section 512(e)* agli istituti di istruzione non aventi fini di lucro in relazione alle condotte di docenti e studenti che mettano *on line* materiale lesivo del diritto d'autore. L'esclusione di responsabilità non vale, tuttavia, per i materiali inseriti in programmi d'esame e viene meno se all'istituzione sono stati notificate almeno due violazioni da parte dello stesso individuo negli ultimi tre anni.

qualunque copia intermedia delle informazioni non deve essere ordinariamente accessibile da parte di soggetti altri rispetto ai destinatari e non deve essere conservata oltre il tempo ragionevolmente necessario.

2.2. La creazione di copie *cache*

La *Section 512(b)* attiene alla conservazione di copie (c.d. *cache*), per un periodo limitato, di materiale che sia stato reso disponibile *on line* da parte del *provider* o da parte di un terzo, e che sia stato trasmesso ad un utente su sua richiesta. In ragione dell'esistenza di questa copia, alle richieste successive si può corrispondere trasmettendo la copia, piuttosto che recuperando il materiale dalla posizione originale, con conseguente riduzione di tempi e di traffico dati, anche se – in contropartita – questo sistema comporta il rischio che la copia *cache* non sia aggiornata.

Il *service provider* non è responsabile della conservazione temporanea della copia, quando tale conservazione è operata attraverso un processo automatico finalizzato a renderla disponibile per coloro che la richiedono. Affinché la responsabilità non sussista, è però necessario che il contenuto del materiale detenuto dal *provider* non sia soggetto a modifiche, salvo quelle – necessarie – derivanti dal rispetto delle regole che impongono l'aggiornamento del materiale (*ergo*, la sostituzione delle copie *cache* con altre più recenti). Il *provider* non deve, poi, interferire in alcun modo con la tecnologia che consente a chi ha messo in rete le informazioni oggetto di copia *cache* di mantenere il controllo sulle informazioni originali. Se chi ha messo in rete le informazioni ha posto condizioni per l'accesso alle stesse, il *provider* deve garantire che le condizioni siano effettivamente applicate. Infine, per qualunque informazione o materiale messo *on line* senza l'autorizzazione del titolare del *copyright*, la copia *cache* deve essere prontamente rimossa o bloccata, non appena il *provider* abbia ricevuto la notifica dell'avvenuta rimozione o dell'avvenuto blocco dell'informazione o del materiale nel sito di origine.

2.3. I materiali ospitati sui propri *servers*

I *service providers* godono di una esclusione della responsabilità per il materiale che violi il diritto d'autore contenuto in siti *web* da essi ospitati, ed ivi inseriti da parte di un utente. A questi fini, per un verso, se il *provider* ha il diritto e la possibilità di controllare l'attività lesiva del *copyright*, non deve ricevere alcun tipo di beneficio finanziario direttamente riconducibile all'attività lesiva; per

altro verso, se il *provider* riceve una notifica della violazione del diritto d'autore, deve senza ritardo procedere alla rimozione o al blocco dell'accesso al materiale lesivo.

Perché tale esclusione di responsabilità possa avere effetti, il *provider* non deve avere una sufficiente informazione circa il verificarsi della violazione del diritto d'autore. Ciò si verifica se il *provider* non ha una informazione effettiva della violazione, non è a conoscenza di fatti o circostanze dai quali risulti evidente l'attività lesiva oppure, se acquisisce tale conoscenza, procede senza ritardo a rimuovere il materiale o a bloccare l'accesso ad esso.

2.4. Gli strumenti di ricerca delle informazioni

L'esclusione di responsabilità, ai termini della *Section 512(d)*, riguarda anche la creazione di *links* e strumenti di ricerca. Il mettere in collegamento gli utenti con siti contenenti materiali lesivi del diritto d'autore non implica responsabilità per il *service provider*, se questi non aveva una sufficiente informazione circa la lesività del materiale oggetto di collegamento. A definire la sufficienza *de quo*, valgono, nella sostanza, le stesse condizioni poste in relazione ai materiali ospitati sui propri *servers*.

3. La *notice and takedown procedure*

Ai fini della presente trattazione, più che l'immunità dei *service providers*, appare centrale la tematica della loro conoscenza dell'avvenuta violazione dei diritti d'autore e degli obblighi che da essa discendono.

Se è vero che i *service providers* non hanno l'obbligo attivo di controllare l'attività dei loro utenti ai fini di prevenire e/o di riparare alla eventuale violazione dei diritti d'autore, obblighi attivi possono scaturire dall'avviso ad essi pervenuto da parte del titolare del *copyright*.

Secondo quanto stabilito dalla *Section 512(c)*, l'avviso (*notice*) da parte del soggetto danneggiato deve essere scritto e deve essere diretto al soggetto espressamente designato dal *service provider* come competente a riceverlo. I contenuti necessari dell'avviso sono i seguenti (*Section 512(c)(3)(A)*):

(i) una firma fisica o elettronica della persona autorizzata ad agire per conto del titolare di un diritto esclusivo che si ritiene violato;

(ii) l'identificazione dell'opera protetta dal *copyright* che si asserisce violato o, in caso di molteplici opere protette contenute in un unico sito, di un elenco indicativo di queste opere;

(iii) l'identificazione del materiale che si asserisce lesivo o soggetto ad attività lesiva, e che deve essere rimosso o cui deve essere impedito l'accesso, nonché informazioni ragionevolmente sufficienti a consentire al *service provider* di individuare il materiale;

(iv) informazioni ragionevolmente sufficienti a consentire al *service provider* di contattare il denunciante, come un indirizzo, un numero telefonico e, se disponibile, un indirizzo *email* cui possa essere contattato;

(v) l'affermazione che il denunciante ritiene in buona fede che l'utilizzo fatto del materiale non sia stato autorizzato dal titolare del diritto d'autore, dal suo rappresentante o dalla legge;

(vi) l'affermazione che le informazioni contenute nell'avviso sono accurate, a pena di spergiuro, e che il denunciante è autorizzato ad agire per conto del titolare esclusivo del diritto che si afferma violato.

Se l'avviso contiene tutti questi elementi, il *service provider* deve sollecitamente (*expeditiously*) procedere alla rimozione del materiale o alla disabilitazione dell'accesso ad esso. Al contempo, deve assumere l'iniziativa per avvisare prontamente il soggetto la cui condotta è stata denunciata. Se questi presenta a sua volta osservazioni, il *service provider* è tenuto a rispondervi in maniera adeguata.

Questa procedura, c.d. di "*notice and takedown*", avviene completamente al di fuori del canale giudiziario, ed è stata, in effetti, concepita in alternativa al radicamento di un'azione volta al riconoscimento giudiziale della violazione del diritto d'autore, con i conseguenti rimedi concreti. Ovviamente, la procedura tra privati non è ostativa di un successivo ricorso al giudice, che può essere operato, ad esempio, nel caso in cui il *service provider* non adempia o non adempia sollecitamente alla rimozione del materiale lesivo del diritto d'autore ovvero nel caso in cui si sia proceduto a rimuovere materiale che, nonostante quanto sostenuto dal denunciante, non poteva ritenersi lesivo.

4. Il *red flag test*

Si è rilevato che il *service provider* non è tenuto a controllare ed a ricercare attivamente contenuti lesivi del diritto d'autore. Ciò nondimeno, se, svolgendo la

propria attività ordinaria, riscontra un'attività che *appare* lesiva del diritto di autore, allora spetta autonomamente al *service provider* procedere alla rimozione del materiale, salvo incorrere in responsabilità.

Questa particolare fattispecie si caratterizza per il c.d. *red flag test* (il “*test della bandiera rossa*”), per il quale si tende ad adottare la dimensione oggettiva dell'ordinario osservatore. In concreto, una siffatta previsione è stata progressivamente privata di efficacia, per il carattere necessariamente episodico con cui un *service provider*, non tenuto al controllo dei contenuti, può imbattersi in una violazione tanto patente da rivelarsi anche a prescindere da qualunque tipo di contestazione da parte del titolare del diritto d'autore. In fondo, però, a determinare l'insuccesso del *red flag test* sembra che sia stata soprattutto la facilità con cui i diretti interessati possono ottenere soddisfazione, per il tramite di un semplice avviso e della conseguente instaurazione della *notice and takedown procedure*.