

Attenzione: il presente testo è una bozza dell'articolo omonimo pubblicato nella versione cartacea della Rivista Scientifica "Ciberspazio e Diritto" (<http://www.ciberspazioediritto.org>). Si tratta di una BOZZA: può quindi contenere differenze e, soprattutto, imprecisioni, inesattezze o refusi che sono stati poi corretti all'atto della correzione delle bozze e della messa in stampa dell'articolo. Si consiglia, pertanto, di riferirsi, nelle citazioni, esclusivamente all'articolo pubblicato a stampa. Il riferimento dell'articolo che segue è Il multimedia nel sistema di copyright statunitense e la responsabilità degli intermediari online nella distribuzione di opere protette, Sarah Mosole, in Ciberspazio e Diritto, Volume I, Numero II, pp. 17-51. Articolo tratto dal sito <http://www.ciberspazioediritto.org>

## Il multimedia nel sistema di *copyright* statunitense e la responsabilità degli intermediari *online* nella distribuzione di opere protette.

Sarah Mosole

### *1. Premessa.*

Lo scopo del presente lavoro consiste nel tracciare un breve quadro del sistema di *copyright* statunitense mediante un approccio volto ad evidenziare i punti in cui l'assetto normativo fatica a fornire una risposta adeguata alle problematiche connesse con l'avvento della c.d. *information society*. In particolare, non si intende in questa sede effettuare un'analisi completa ed esaustiva della normativa in questione, quanto focalizzare l'attenzione sull'esame di alcuni dei fenomeni che si ritengono più significativamente connessi con lo sviluppo della c. d. società dell'informazione, ossia il fenomeno della multimedialità e quello della diffusione telematica dei beni culturali. Per quanto riguarda in particolare l'opera multimediale, essa, da un lato è la risultante di un processo di aggregazione e rielaborazione di materiali preesistenti, in genere oggetto di privativa e in relazione ai quali si determina la necessità di individuare adeguate forme di negoziazione dei diritti su di essi insistenti; dall'altro, costituisce una nuova tipologia di opera dell'ingegno, espressione di una peculiare forma di creatività, che necessita in quanto tale di adeguata protezione giuridica.

Strettamente connessa al tema della multimedialità, pur se ad essa non esclusiva, è poi l'ampia serie di problematiche sollevate dal processo di digitalizzazione dei dati: la possibilità di una diffusione *online* dell'opera dell'ingegno con il conseguente fenomeno di dematerializzazione delle transazioni comporta infatti la necessità di una delicata attività ermeneutica volta a reinterpretare l'insieme dei tradizionali diritti di *copyright*, nati ed evoluti in un contesto analogico, pensati e strutturati per disciplinare la creazione, la distribuzione e la vendita di beni certamente immateriali, ma incorporati in un *corpus mechanicum*, copia fisica, tangibile, dell'opera.

### *2. Oggetto della protezione.*

Il testo normativo di riferimento in materia di diritto d'autore negli Stati Uniti è il *Copyright Act* del 1976, legge federale entrata in vigore il primo gennaio 1978<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Pub. L. 94-553, Oct, 19, 1976.

Attenzione: il presente testo è una bozza dell'articolo omonimo pubblicato nella versione cartacea della Rivista Scientifica "Ciberspazio e Diritto" (<http://www.ciberspazioediritto.org>). Si tratta di una BOZZA: può quindi contenere differenze e, soprattutto, imprecisioni, inesattezze o refusi che sono stati poi corretti all'atto della correzione delle bozze e della messa in stampa dell'articolo. Si consiglia, pertanto, di riferirsi, nelle citazioni, esclusivamente all'articolo pubblicato a stampa. Il riferimento dell'articolo che segue è Il multimedia nel sistema di copyright statunitense e la responsabilità degli intermediari online nella distribuzione di opere protette, Sarah Mosole, in Ciberspazio e Diritto, Volume I, Numero II, pp. 17-51. Articolo tratto dal sito <http://www.ciberspazioediritto.org>

Il *Copyright Act* definisce l'oggetto della protezione d'autore in termini sufficientemente elastici da evitare una tendenziale obsolescenza della norma dovuta al progresso tecnologico; sono protetti infatti «all original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device»<sup>2</sup>.

La prassi giurisprudenziale ha estrapolato da tale definizione tre requisiti che sono considerati imprescindibili per la qualificazione di un *work of authorship*: originalità, creatività, fissazione.

Per quanto riguarda i requisiti di creatività e originalità è importante sottolineare come non sia richiesta alcuna verifica dell'intrinseco valore artistico dell'opera. Si ritiene quindi sufficiente un modesto livello di creatività che, in sostanza, si identifica con il concetto stesso di paternità, venendo ad escludere dall'ambito della protezione la mera attività di copiatura di opera altrui. Significativa in proposito una famosa pronuncia relativa alla tutelabilità dei database come *work of authorship* (*Feist Publication, Inc rural Tele serv. Cō.*), in cui si afferma che nonostante debba sussistere un certo livello di creatività, «even a slight amount will suffice [...] vast majority of works make the grade quite easily, as they possess some creativity spark».

Per quanto riguarda il requisito dell'incorporazione in un *corpus mechanicum*, «tangible medium of expression», la protezione sorge non appena l'atto creativo viene fissato in modo sufficientemente stabile, rimanendo del tutto irrilevante la forma e il modo della fissazione. Potrà certamente trattarsi di *copies* o *phonorecords* (i due tipi di fissazione espressamente contemplati dalla legge) ma potrà trattarsi anche di nuovi *media* tecnologicamente sconosciuti al tempo della redazione della legge, ossia CD-Rom, CD-Is o altri tipi di supporti di memorizzazione. Quello che invece rimane ancora da chiarire è se la pura trasmissione telematica concreti un'ipotesi di fissazione anche quando manchi una memorizzazione precedente o quanto meno simultanea alla trasmissione stessa<sup>4</sup>.

Caratteristica essenziale della fissazione consiste infatti nell'assicurare un grado sufficiente di stabilità dell'opera, tale da permetterne la fruizione, la riproduzione, o la comunicazione per un periodo superiore alla rappresentazione estemporanea della stessa<sup>5</sup>. Requisito che assume evidentemente un'importanza considerevole in caso di trasmissione telematica dell'opera dell'ingegno e dal quale sembra ragionevole indurre l'esclusione, dal novero delle fissazioni tutelabili, della mera memorizzazione in Ram.

---

<sup>2</sup> 17 U.S.C.§102 (a).

<sup>3</sup> 499 U.S.340,345 (1991), anche in «Foro Italiano», IV,1992, con nota di A. ZOPPINI.

<sup>4</sup> Si tenga presente che in materia di trasmissioni radiotelevisive negli U.S.A, si ritiene che la pura trasmissione non costituisca fissazione e che pertanto, mancando uno dei requisiti fondamentali per la qualifica di *'work of authorship'*, essa esuli dall'ambito della protezione del diritto d'autore.

<sup>5</sup> 17 U.S.C.§ 101.

Attenzione: il presente testo è una bozza dell'articolo omonimo pubblicato nella versione cartacea della Rivista Scientifica "Ciberspazio e Diritto" (<http://www.ciberspazioediritto.org>). Si tratta di una BOZZA: può quindi contenere differenze e, soprattutto, imprecisioni, inesattezze o refusi che sono stati poi corretti all'atto della correzione delle bozze e della messa in stampa dell'articolo. Si consiglia, pertanto, di riferirsi, nelle citazioni, esclusivamente all'articolo pubblicato a stampa. Il riferimento dell'articolo che segue è Il multimedia nel sistema di copyright statunitense e la responsabilità degli intermediari online nella distribuzione di opere protette, Sarah Mosole, in Ciberspazio e Diritto, Volume I, Numero II, pp. 17-51. Articolo tratto dal sito <http://www.ciberspazioediritto.org>

La questione è tuttavia abbastanza controversa: mentre dagli atti preparatori al *Copyright Act*<sup>6</sup>, emerge che il requisito della *fixation* esclude dall'ambito della tutela le riproduzioni effimere, la giurisprudenza, in *Mai System corp. V. Peak computer, Inc*<sup>7</sup>, ha affermato che la riproduzione in Ram a scopi di manutenzione da parte di *unlicensed third party*, costituisce copia illegale del programma; nello stesso senso si sono pronunciate le Corti in *Triad System. V. Southeaster Express Co.*<sup>8</sup>, nonché in *Advanced computer Services of Mmichigan inc v. MAI system corp*<sup>9</sup>, benché in quest'ultimo caso la Corte abbia riconosciuto la necessità di una stabilità minima della fissazione nella misura di alcuni minuti.

L'estrinsecazione dell'atto creativo nei termini sopra descritti costituisce il requisito necessario e sufficiente al sorgere del diritto, non essendo più richiesto l'espletamento di alcuna formalità di registrazione. Con l'adesione degli Stati Uniti alla Convenzione di Berna nel 1989<sup>10</sup> si è iniziato, infatti, un progressivo avvicinamento del sistema di *copyright* a quello continentale europeo di matrice francese, con l'assunzione nel primo del principio secondo il quale il godimento e l'esercizio del diritto d'autore non sono soggetti ad alcuna formalità, essendo l'estrinsecazione dell'atto creativo titolo autonomo e sufficiente al sorgere del diritto<sup>11</sup>.

Al termine di questa breve disamina dell'oggetto della protezione d'autore, è importante ricordare come anche nel sistema di *copyright* statunitense sia esclusa la protezione di semplici idee, concetti, principi matematici: è la c.d. *idea-expression dichotomy* per cui la protezione d'autore si limita alla tutela dell'espressione e non del concetto o dell'idea espressa, al fine di evitare l'affermarsi di un'intollerabile logica proprietaria nel patrimonio scientifico e culturale<sup>12</sup>.

---

<sup>6</sup> H. R. Rep. No. 94-1476, at 53 (1976), ristampa in U.S.C.C.A.N. 5659, 5666.

<sup>7</sup> 991 F. 2d 511 (9<sup>th</sup> Cir.1993), cert. Dismissed, 114 S. Ct.672 (1984).

<sup>8</sup> 64 F 3d 1330 (9<sup>th</sup> Cir.1995), cert. Denied, 116 S.Ct.1015 (1996).

<sup>9</sup> 845 F. Supp. 356, (E.D. Va. 1994).

<sup>10</sup> *Berne Convention Implementation Act*, pub. L. No. 100-568, 102 Stat. 2853-61 (1988), efficace dal primo marzo 1989.

<sup>11</sup> L'apposizione della *notice of copyright* è ora discrezionale e vale solo ad escludere *l'innocent infringement* con conseguente riduzione del danno risarcibile. La registrazione presso il *Copyright Office* come condizione necessaria alla tutela giurisdizionale del diritto è ora esclusa per i *Berne Convention works* il cui paese d'origine non siano gli U.S.A., mentre per le opere statunitensi la formalità della registrazione continua ad essere richiesta come condizione dell'azione per *infringement*. Si veda *Conan Properties, Inc. v. Mattel, Inc.*, 601 F. Supp. 1179, 1182 (S.D.N.Y. 1984), «although recitation of the fact that copyrights have been registered appears to be a mere technicality, it is a prerequisite to this court's jurisdiction».

<sup>12</sup> 17 U.S.C. sez. 102 (b) in cui si esclude dall'ambito della protezione «any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle or discovery».

Attenzione: il presente testo è una bozza dell'articolo omonimo pubblicato nella versione cartacea della Rivista Scientifica "Ciberspazio e Diritto" (<http://www.ciberspazioediritto.org>). Si tratta di una BOZZA: può quindi contenere differenze e, soprattutto, imprecisioni, inesattezze o refusi che sono stati poi corretti all'atto della correzione delle bozze e della messa in stampa dell'articolo. Si consiglia, pertanto, di riferirsi, nelle citazioni, esclusivamente all'articolo pubblicato a stampa. Il riferimento dell'articolo che segue è Il multimedia nel sistema di copyright statunitense e la responsabilità degli intermediari online nella distribuzione di opere protette, Sarah Mosole, in Ciberspazio e Diritto, Volume I, Numero II, pp. 17-51. Articolo tratto dal sito <http://www.ciberspazioediritto.org>

### 3. Tipologie di opere protette.

Il *Copyright Act* enumera otto categorie di opere dell'ingegno, quale possibile oggetto di protezione: opere letterarie; opere musicali, incluse le parole di accompagnamento; opere drammatiche, inclusa la musica di accompagnamento; pantomime e opere coreografiche; opere pittoriche, grafiche o plastiche; opere cinematografiche o audiovisive; registrazioni sonore; opere architettoniche.

Tralasciando una disamina analitica in relazione a ciascuna delle categorie di opere enumerate dal legislatore, fondamentalmente simili a quelle riconosciute in ambito nazionale e dei paesi aderenti alla convenzione di Berna, basti dire che anche negli Stati Uniti, l'evoluzione tecnologica nel campo delle telecomunicazioni e dell'informatica, ha comportato la necessità di adattare la tradizionale classificazione delle opere tutelabili, in modo tale da poter fornire protezione giuridica a nuove forme di creatività, come nel caso del *software*, attualmente tutelato come *literary work* o dei *database*.

Limitando l'analisi al fenomeno multimediale, si constata che la classificazione di tale nuova tipologia di opera dell'ingegno all'interno delle tassonomie tradizionali al sistema di *copyright*, costituisce, così come avviene nel sistema di *droit d'auteur*, un'importante sfida per l'interprete, non esistendo allo stato attuale una disciplina specifica cui rifarsi, né nel sistema delle privative intellettuali di *common law*, né nel sistema di *civil law*.

Pur mancando quindi nel *Copyright Act* un'esplicita classificazione dell'opera multimediale, e pur non essendo essa sussumibile in nessuna delle summenzionate categorie di opere, rimane il fatto che una classificazione all'interno dell'una o dell'altra tipologia non riveste un carattere puramente dogmatico ma comporta delle conseguenze pratiche notevoli.

Per esempio, alcuni diritti esclusivi (*public performance e public display*) non sorgono in capo agli autori di tutte le tipologie di opere e lo stesso può dirsi in merito ad alcune limitazioni ai diritti esclusivi contenute nelle sezioni da 108 a 120 del titolo 17 U.S.C.; senza dire delle conseguenze in relazione alla titolarità dei diritti e al loro trasferimento<sup>13</sup>.

Allo stato, l'ipotesi maggiormente accreditata dalla dottrina statunitense è costituita dall'assimilazione del *multimedia* all'opera audiovisiva o cinematografica.

Nell'impostazione del *Copyright Act* l'opera cinematografica non costituisce che una sottocategoria del genere audiovisivo. Gli *'audiovisual work'* sono definiti come un insieme di immagini e suoni correlati, destinati ad essere fruiti per mezzo di un'adeguata strumentazione tecnologica, senza alcuna considerazione relativa all'oggetto materiale in cui l'opera è incorporata, sia essa, per esempio, una pellicola o

---

<sup>13</sup> V *sub* punto 4, Titolarità dei diritti.

Attenzione: il presente testo è una bozza dell'articolo omonimo pubblicato nella versione cartacea della Rivista Scientifica "Ciberspazio e Diritto" (<http://www.ciberspazioediritto.org>). Si tratta di una BOZZA: può quindi contenere differenze e, soprattutto, imprecisioni, inesattezze o refusi che sono stati poi corretti all'atto della correzione delle bozze e della messa in stampa dell'articolo. Si consiglia, pertanto, di riferirsi, nelle citazioni, esclusivamente all'articolo pubblicato a stampa. Il riferimento dell'articolo che segue è Il multimedia nel sistema di copyright statunitense e la responsabilità degli intermediari online nella distribuzione di opere protette, Sarah Mosole, in Ciberspazio e Diritto, Volume I, Numero II, pp. 17-51. Articolo tratto dal sito <http://www.ciberspazioediritto.org>

una cassetta<sup>14</sup>. L'opera cinematografica<sup>15</sup> è definita come opera audiovisiva consistente in una serie di immagini correlate che, una volta mostrate in successione, diano l'impressione del movimento. Essa costituisce notoriamente il paradigma della multimedialità analogica: attraverso la compenetrazione e la coesistenza di diversi mezzi espressivi, il film rappresenta, nel senso comune del termine, un tipico prodotto multimediale.

Tuttavia, lo sviluppo crescente delle tecnologie informatiche, e in particolare dei processi di digitalizzazione delle informazioni, hanno determinato l'avvento di una diversa concezione della multimedialità. In un'accezione di stampo tecnico-giuridico, il termine *multimedia* designa un prodotto in cui la compresenza di diversi mezzi espressivi all'interno di un unico *medium* avviene tramite la gestione contestuale e interattiva degli stessi da parte di un apposito programma per elaboratore, il c.d. *software* gestionale, che rappresenta pertanto una componente imprescindibile per la creazione e la fruizione dei nuovi beni culturali multimediali.

Tale tipologia di opera dell'ingegno incorpora, quindi, almeno due o più dei seguenti elementi: testo (opera letteraria), *software* (opera letteraria), musica (*sound recording*), immagini fisse (opera grafica o pittorica) e immagini in movimento (opera audiovisiva). Ebbene, rispetto a tali tipologie di opere, il contesto normativo statunitense consente di individuare un'unica categoria che risulta in qualche modo assorbente rispetto alle altre, quella appunto di opera audiovisiva.

La sezione 101 del titolo 17 U.S.C., nella definizione di *literary work* recita «works, other than audiovisual work ...»: tale punto normativo sembra rendere ermeneuticamente plausibile l'ipotesi interpretativa che, ove testo e software, che sarebbero altrimenti considerati quali opere letterarie, siano incorporati in un'opera audiovisiva, debbono essere considerati solo come componenti dell'audiovisivo in sé. In questo senso, sembra orientarsi anche il *Working Group on Intellectual Property Rights*<sup>16</sup>. Lo stesso si deve dire dei *sound recording*: un video musicale non è considerato sia *sound recording* che opera audiovisiva ma semplicemente come opera audiovisiva<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> 17 U.S.C. sez.101.

<sup>15</sup> 17 U.S.C. sez. 101.

<sup>16</sup> B. A. LEHMAN, *Intellectual Property and the National Infrastructure, The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights*, Washington, DC, september 1995 in cui «a reasonable interpretation may be that text and computer programs [...] that would otherwise be categorized as a literary works may be considered part of an audiovisual work if included in a work of that type [...] Therefore, in many instances, a multimedia work may be considered - as a whole- an audiovisual work», nello stesso senso, C. SAEZ, *Enforcing Copyright in The Age of Multimedia*, in «Rutgers Computer & Technology Law Journal» 1995, 2, p. 351 ss., nonché E. SCHLACHTER, *Intellectual Property Protection Regimes in The Age of Internet*, Palo alto, CA, 1995.

<sup>17</sup> Tuttavia, in relazione alla qualifica dei video musicali si dovranno tenere in considerazione, secondo i più recenti orientamenti in materia negli U.S.A., i canali di diffusione utilizzati, che

Attenzione: il presente testo è una bozza dell'articolo omonimo pubblicato nella versione cartacea della Rivista Scientifica "Ciberspazio e Diritto" (<http://www.ciberspazioediritto.org>). Si tratta di una BOZZA: può quindi contenere differenze e, soprattutto, imprecisioni, inesattezze o refusi che sono stati poi corretti all'atto della correzione delle bozze e della messa in stampa dell'articolo. Si consiglia, pertanto, di riferirsi, nelle citazioni, esclusivamente all'articolo pubblicato a stampa. Il riferimento dell'articolo che segue è Il multimedia nel sistema di copyright statunitense e la responsabilità degli intermediari online nella distribuzione di opere protette, Sarah Mosole, in Ciberspazio e Diritto, Volume I, Numero II, pp. 17-51. Articolo tratto dal sito <http://www.ciberspazioediritto.org>

Sembra pertanto possibile rilevare un certo assorbimento nella categoria dell'opera audiovisiva che, in sostanza, finisce per inglobare la specificità delle sue componenti. Una seconda ipotesi interpretativa riguarda la configurabilità del *multimedia* come compilazione di dati o come opera derivata.

Una compilazione è un'opera formata dalla collazione di materiali preesistenti o di dati selezionati e coordinati in modo tale che ne risulti un *original work of authorship*<sup>18</sup>; un'opera derivata è la risultante del processo di rielaborazione e adattamento, (che può consistere nella traduzione, nella trasformazione da un genere artistico ad un altro *etc.*) di opere preesistenti<sup>19</sup>.

Il *Copyright Act* chiarisce che l'elencazione contenuta nella sezione 102 include le compilazioni e le opere derivate<sup>20</sup>, tuttavia i diritti di *copyright* ad esse relativi coprono solo l'apporto personale dell'autore dell'opera derivata o della compilazione, senza alcun riconoscimento, in capo allo stesso, di un qualche diritto relativo al materiale preesistente impiegato per la compilazione o la rielaborazione e sul quale, invece, insistono gli originari diritti di *copyright*, rendendo pertanto insufficiente tale ipotesi di tutela.

#### 4. Titolarità dei diritti.

La titolarità dei diritti di *copyright* sorge generalmente in capo all'autore dell'opera stessa, tuttavia il sistema di *copyright* statunitense riconosce un'importante eccezione a questo principio generale con la c.d. *works made for hire doctrine*.

Accade infatti che in certe circostanze la titolarità dei diritti sorga originariamente in capo a persona diversa dall'autore, ossia il committente dell'opera o il datore di lavoro.

Ai sensi della sezione 101 del *Copyright Act* è possibile definire un'opera come *work made for hire* in due casi. La prima ipotesi si ha qualora l'opera sia creata dal lavoratore dipendente nell'ordinario svolgimento delle sue mansioni: in tal caso, salvo diversa pattuizione fra le parti, la titolarità dei diritti esclusivi sorge originariamente in capo al datore di lavoro<sup>21</sup>. La seconda ipotesi è invece configurabile qualora manchi un

---

in sostanza finiscono per rivestire un peso determinante nella classificazione dell'opera all'interno delle tipologie previste dal legislatore.

<sup>18</sup> 17 U.S.C. sez. 101, «a collective work which is one kind of compilation is a work such as periodical issue, anthology, or encyclopedia, in which a number of contributions constituting separate and independent works in themselves, are assembled into a collective whole».

<sup>19</sup> 17 U.S.C. sez. 101.

<sup>20</sup> 17 U.S.C. sez.103 (a).

<sup>21</sup>I criteri determinanti ai fini della valutazione della sussistenza di un rapporto di lavoro dipendente si ritrovano in *Community for Creative Non Violence v. Reid*, 490 U.S. 730 (1989), in cui la Suprema Corte enumera una serie di fattori di rilievo per la sussistenza di un rapporto

Attenzione: il presente testo è una bozza dell'articolo omonimo pubblicato nella versione cartacea della Rivista Scientifica "Cyberspazio e Diritto" (<http://www.cyberspazioediritto.org>). Si tratta di una BOZZA: può quindi contenere differenze e, soprattutto, imprecisioni, inesattezze o refusi che sono stati poi corretti all'atto della correzione delle bozze e della messa in stampa dell'articolo. Si consiglia, pertanto, di riferirsi, nelle citazioni, esclusivamente all'articolo pubblicato a stampa. Il riferimento dell'articolo che segue è Il multimedia nel sistema di copyright statunitense e la responsabilità degli intermediari online nella distribuzione di opere protette, Sarah Mosole, in *Cyberspazio e Diritto*, Volume I, Numero II, pp. 17-51. Articolo tratto dal sito <http://www.cyberspazioediritto.org>

rapporto di lavoro dipendente ma sussista comunque un rapporto di commissione: in questo caso il committente acquista i diritti sull'opera a titolo originario solo nell'eventualità in cui l'opera realizzata ricada in una delle specifiche categorie previste dal legislatore e sussista un accordo scritto fra le parti nel considerare tale creazione *work made for hire*<sup>22</sup>.

In relazione a tale seconda eventualità, di particolare interesse risulta l'ipotesi in cui l'opera commissionata rappresenti «a part of a motion picture». Se si conviene infatti con la qualificazione dell'opera multimediale in termini di opera audiovisiva/cinematografica, avviene che, qualora nella realizzazione della stessa non si intenda utilizzare materiale preesistente, ma si preferisca commissionare la realizzazione di contributi *ad hoc* la titolarità dei diritti sui contributi sorgerà *ab origine* in capo al committente o produttore del *multimedia*<sup>23</sup>.

Ciò può essere particolarmente rilevante per la componente *software* del *multimedia*: non rientrando il *software* in alcuna delle categorie enumerate dal legislatore, non si potrebbe parlare di *work made for hire* nel caso di sviluppo del *software* da parte di un programmatore indipendente, tuttavia se si dà credito all'ipotesi interpretativa di considerare il *multimedia* come audiovisivo, anche la componente *software* potrebbe qualificarsi *work made for hire*.

Per quanto riguarda il trasferimento dei diritti, importanti questioni sorgono in relazione alla negoziazione delle nuove forme di sfruttamento del bene culturale legate allo sviluppo delle tecnologie informatiche e telematiche: diventa cioè problematico valutare se, e in che misura, tali forme di utilizzo (si pensi per esempio al *public display* su BBS) siano state contemplate o meno nelle licenze stipulate anteriormente all'insorgere di tali nuove tecnologie.

Le pronunce giurisprudenziali in merito riguardano prevalentemente la diffusione televisiva o il noleggio di videocassette piuttosto che i nuovi *electronic rights* in senso stretto, tuttavia dall'insieme di tali pronunce è possibile estrapolare alcuni criteri guida. Per esempio, in una datata ma significativa sentenza, *Bartsch v. Metro -Goldwin-Mayer, Inc*<sup>24</sup>, si assume l'orientamento per cui il contratto di licenza dovrebbe comprendere «any uses which may reasonably be said to fall within the medium as described in the licence».

---

di subordinazione quali, il metodo di pagamento, il luogo di svolgimento della prestazione, la durata del rapporto, *etc.*

<sup>22</sup> V. 17 U.S.C. § 101, in cui sono enumerate nove categorie di opere: «a contribution to a collective work, a part of a motion picture or audiovisual work, a translation, a supplementary work, a compilation, an instructional text, a test, answer materials for a test, or an atlas».

<sup>23</sup> Cfr. C. SAEZ, *Enforcing Copyright in the Age of Multimedia*, in «Rutgers computer & Technology law Journal», vol. 21 p. 351 ss.

<sup>24</sup> 391 F. 2d 150 (2d Cir), cert. Denied, 393 U.S. 826 (1968).

Attenzione: il presente testo è una bozza dell'articolo omonimo pubblicato nella versione cartacea della Rivista Scientifica "Ciberspazio e Diritto" (<http://www.ciberspazioediritto.org>). Si tratta di una BOZZA: può quindi contenere differenze e, soprattutto, imprecisioni, inesattezze o refusi che sono stati poi corretti all'atto della correzione delle bozze e della messa in stampa dell'articolo. Si consiglia, pertanto, di riferirsi, nelle citazioni, esclusivamente all'articolo pubblicato a stampa. Il riferimento dell'articolo che segue è Il multimedia nel sistema di copyright statunitense e la responsabilità degli intermediari online nella distribuzione di opere protette, Sarah Mosole, in Ciberspazio e Diritto, Volume I, Numero II, pp. 17-51. Articolo tratto dal sito <http://www.ciberspazioediritto.org>

Si tratta in ogni caso di problematiche legate prevalentemente alla *contract law* piuttosto che al *copyright* in senso stretto, per cui si richiede una particolare attenzione nella redazione dei contratti di licenza relativi ai nuovi beni, quali il *multimedia*, suscettibili di uno sfruttamento commerciale al di fuori dei tradizionali canali distributivi<sup>25</sup>.

##### 5. Diritti esclusivi.

Il *Copyright Act* riconosce in capo al titolare dei diritti un insieme di prerogative esclusive che consistono: nel diritto di riproduzione in copie; nel diritto di elaborazione; nel diritto di distribuzione al pubblico mediante vendita o altro tipo di trasferimento, noleggio o prestito; nel diritto di pubblica rappresentazione nel caso di opere letterarie, musicali, drammatiche, coreografiche, pantomimiche e audiovisive, comprese le opere cinematografiche; nel diritto di *public display* nel caso di opere letterarie, musicali, drammatiche, coreografiche, pantomimiche, pittoriche, grafiche, plastiche, incluse le singole immagini di un'opera cinematografica o audiovisiva.

La precisa configurazione di tali prerogative in caso di immissione dell'opera in rete costituisce uno dei nodi più problematici per il sistema delle privative intellettuali, non solo statunitense.

Il diritto di riproduzione in copie, per esempio, è intrinsecamente implicato in innumerevoli operazioni tecniche che si svolgono in rete, dal semplice *browsing* al vero e proprio *download*; il diritto di elaborazione rischia di venire fortemente pregiudicato dalla possibilità di una fruizione interattiva dell'opera, insieme con la fluidità estrema del dato digitale, modificabile all'infinito; lo stesso diritto di distribuzione in copie perde di significato con la dematerializzazione delle transazioni e, con esso, la *first sale doctrine*, per cui il primo atto di esercizio del diritto di distribuzione determina l'esaurimento dello stesso con perdita della facoltà di esercitare un controllo sull'ulteriore distribuzione dell'opera.

A tale ultimo riguardo, è evidente che la qualificazione della diffusione *online* come distribuzione piuttosto che come riproduzione assume delle conseguenze ben rilevanti, in quanto solo nel primo caso opererà l'esaurimento, non nel secondo.

L'orientamento giurisprudenziale in proposito tradisce l'evidente imbarazzo di attribuire un significato univoco ad una classificazione dei diritti, quella contenuta appunto nella sezione 106 del titolo 17 U.S.C., che mal si attaglia al nuovo contesto tecnologico. Il *copyright*, o diritto di copia, presuppone infatti la riproducibilità in copie

---

<sup>25</sup> Per esempio, la classificazione del *multimedia* come audiovisivo comporta che la cessione degli *audiovisual rights* relativi ad una determinata opera, potrebbe essere utilizzata per lo sfruttamento multimediale dell'opera, pur in assenza di specifica previsione contrattuale relativa all'uso multimediale della stessa.

Attenzione: il presente testo è una bozza dell'articolo omonimo pubblicato nella versione cartacea della Rivista Scientifica "Ciberspazio e Diritto" (<http://www.ciberspazioediritto.org>). Si tratta di una BOZZA: può quindi contenere differenze e, soprattutto, imprecisioni, inesattezze o refusi che sono stati poi corretti all'atto della correzione delle bozze e della messa in stampa dell'articolo. Si consiglia, pertanto, di riferirsi, nelle citazioni, esclusivamente all'articolo pubblicato a stampa. Il riferimento dell'articolo che segue è Il multimedia nel sistema di copyright statunitense e la responsabilità degli intermediari online nella distribuzione di opere protette, Sarah Mosole, in Ciberspazio e Diritto, Volume I, Numero II, pp. 17-51. Articolo tratto dal sito <http://www.ciberspazioediritto.org>

fisiche dell'opera, e rischia di perdere di significato in un contesto in cui *bits* e computer dematerializzano le transazioni.

Nella nuova *information society*, la definizione dell'esatto ambito dei diritti esclusivi assume importanza capitale in relazione alla attività degli *Internet Service Provider* (ISPs), e degli utenti *online*. In particolare le maggiori difficoltà sorgono in relazione alla precisa configurazione dell'ambito del diritto di riproduzione e di distribuzione al pubblico.

Per quanto riguarda il diritto di riproduzione, ci si deve chiedere innanzitutto qual è lo *status* giuridico da attribuire alla *c.d. transmission copy* che si crea nel corso dell'attività di trasmissione dell'informazione da un nodo all'altro della rete; in secondo luogo qual'è lo *status* giuridico della copia effimera che si crea nella memoria Ram dell'*hard disk* del computer ricevente, finalizzata alla fruizione dell'informazione.

Per ciò che concerne la *transmission copy*, già il *White Paper*<sup>26</sup> rilevava che «a *transmission*, in and of itself, is not a fixation» e proponeva di riconoscere esplicitamente che la distribuzione di copie attraverso trasmissione telematica costituisce esercizio del diritto di distribuzione. La questione dello *status* della *transmission copy* appare tuttavia in qualche modo superata, pur senza una presa di posizione di carattere generale, dalle specifiche previsioni del *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA)<sup>27</sup> relative alla responsabilità del *provider* che agisca quale mero 'conduttore di dati'.

Per ciò che concerne invece lo *status* delle copie effimere in Ram, il nodo da sciogliere consiste nello stabilire se tali riproduzioni siano sufficientemente stabili per potersi parlare di copia ai fini del *copyright*. Come sopra accennato, dai lavori preparatori al *Copyright Act* si evince che con il requisito della *fixation* il legislatore abbia voluto escludere le riproduzioni evanescenti e temporanee, tra le quali anche quelle «momentarily captured in the memory of a computer», ma l'orientamento giurisprudenziale a riguardo è alquanto contrastato. Il *leading case* in materia, *Mai System Corp v. Peak computer Inc*<sup>28</sup>, ha riconosciuto come fissazione idonea la copia riprodotta in Ram<sup>29</sup>, altre pronunce tuttavia si sono discostate da tale impostazione<sup>30</sup>. Anche i recenti Trattati Wipo<sup>31</sup>, nonché la corrispondente legislazione di implementazione contenuta nel titolo I del DMCA, risultano alquanto vaghi in

---

<sup>26</sup> *Information Infrastructure Task force, Intellectual Property and the National Information Infrastructure: The report of the Working Group on Intellectual Property Rights*, Appendix 1, 1995, in cui «to transmit a reproduction is to distribute it by any device or process whereby a copy or phonorecord of the work is fixed beyond the place from which it was sent».

<sup>27</sup> *Digital Millenium Copyright Act*, Pub. L. N. 105-304, 112 Stat. 2860 (1998).

<sup>28</sup> 991 F. 2d 511 (9th Cir. 1993).

<sup>29</sup> Nello stesso senso, *Stenograph L.L.C. v. Bossard Assocs.*, 144 F.3d 96 (D.C. Cir. 1998).

<sup>30</sup> *NLFC, Inc. v. Devcom Mid - Am., Inc* 45 F.3d 231 (7th Cir. 1995).

<sup>31</sup> I Trattati Wipo sono stati adottati nell'ambito della conferenza diplomatica sul *copyright* e diritti connessi della *World Intellectual Property Organization*, Ginevra, 2 - 20 dicembre 1996. La conferenza mirava dichiaratamente ad adeguare l'esistente legislazione in materia alle

Attenzione: il presente testo è una bozza dell'articolo omonimo pubblicato nella versione cartacea della Rivista Scientifica "Ciberspazio e Diritto" (<http://www.ciberspazioediritto.org>). Si tratta di una BOZZA: può quindi contenere differenze e, soprattutto, imprecisioni, inesattezze o refusi che sono stati poi corretti all'atto della correzione delle bozze e della messa in stampa dell'articolo. Si consiglia, pertanto, di riferirsi, nelle citazioni, esclusivamente all'articolo pubblicato a stampa. Il riferimento dell'articolo che segue è Il multimedia nel sistema di copyright statunitense e la responsabilità degli intermediari online nella distribuzione di opere protette, Sarah Mosole, in Ciberspazio e Diritto, Volume I, Numero II, pp. 17-51. Articolo tratto dal sito <http://www.ciberspazioediritto.org>

proposito, stabilendo laconicamente che il diritto di riproduzione trova piena applicazione anche in ambiente digitale, lasciando però irrisolto il problema dello *status* giuridico della copia effimera.

Per quanto riguarda il diritto di distribuzione al pubblico, come già accennato sopra, è fondamentale stabilire la qualifica giuridica della trasmissione *online*, a cavallo tra distribuzione e riproduzione. Numerose pronunce giurisprudenziali hanno affrontato il problema di stabilire se il semplice caricamento di un'opera in un sito *Web* costituisca di per sé pubblica distribuzione dell'opera: in *Playboy Enterprises, Inc. v. Frena*<sup>32</sup> la Corte ha riconosciuto la responsabilità del BBS per violazione del diritto di distribuzione al pubblico in relazione a materiale fotografico reso disponibile sul *server* dagli utenti, ma altre pronunce si sono dimostrate di diverso avviso.

Per esempio, in *Religious Technology Center v. Netcom On Line Communication Services*<sup>33</sup>, la Corte ha escluso la responsabilità del BBS per violazione del diritto di pubblica distribuzione, sulla base del fatto che «only the subscriber should be liable for causing the distribution of plaintiffs' work, as the contributing actions of the BBs provider are automatic and indiscriminate».

Lasciando per il momento da parte la questione in merito all'imputabilità della responsabilità per *infringement* in relazione al ruolo svolto dagli ISPs, (questione cui è dedicata una sezione apposita del DMCA, al cui commento si rimanda) rimangono parecchi punti oscuri sulla precisa determinazione dell'ambito del diritto di distribuzione una volta *online*.

La sezione 106 (3) del *Copyright Act* riconosce al titolare dei diritti la privativa in ordine all'attività di distribuzione al pubblico di *copies* o *phonorecords* attraverso vendita, noleggio o prestito. Ciò implica: a) la presenza di una copia fisica da distribuire; b) la direzione al pubblico dell'attività di distribuzione; c) la configurabilità del rapporto in termini di noleggio, vendita, prestito o forme affini di trasferimento della proprietà («other transfer of ownership»).

Stante tale dato normativo, non è affatto chiaro, se nella trasmissione *online* il *download* concreti un'ipotesi di trasferimento di proprietà, o se il *download* di un video *on demand* costituisca noleggio dello stesso pur mancando la possibilità materiale di una restituzione dell'opera 'noleggiata'.

Date tali incertezze il White Paper<sup>34</sup> aveva suggerito di includere esplicitamente la trasmissione nell'ambito del diritto di distribuzione, mentre la posizione assunta in

---

previsioni dei *TRIPS Agreements (Agreements on Trade-Related Aspect of Intellectual Property Rights, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement establishing the World Trade Organization, Annex 1C, Legal Instruments- Results of the Uruguay Round, vol 31; 33 I.L.M.81,1994)*.

<sup>32</sup> 839 F. Supp. 1032, 1039 (S.D.N.Y. 1996).

<sup>33</sup> 907 F. Supp. 1361, 1372 (N.D. cal 1995).

<sup>34</sup> *The report of the Working Group on Intellectual Property Rights, cit., Appendix 1, 1995, in cui «to transmit a reproduction is to distribute it by any device or process whereby a copy or phonorecord of the work is fixed beyond the place from which it was sent».*

Attenzione: il presente testo è una bozza dell'articolo omonimo pubblicato nella versione cartacea della Rivista Scientifica "Ciberspazio e Diritto" (<http://www.ciberspazioediritto.org>). Si tratta di una BOZZA: può quindi contenere differenze e, soprattutto, imprecisioni, inesattezze o refusi che sono stati poi corretti all'atto della correzione delle bozze e della messa in stampa dell'articolo. Si consiglia, pertanto, di riferirsi, nelle citazioni, esclusivamente all'articolo pubblicato a stampa. Il riferimento dell'articolo che segue è Il multimedia nel sistema di copyright statunitense e la responsabilità degli intermediari online nella distribuzione di opere protette, Sarah Mosole, in Ciberspazio e Diritto, Volume I, Numero II, pp. 17-51. Articolo tratto dal sito <http://www.ciberspazioediritto.org>

sede internazionale nell'ambito dei Trattati Wipo conclude per il riconoscimento di un distinto e autonomo diritto di messa a disposizione del pubblico<sup>35</sup>.

Ad ogni modo, la legislazione di implementazione dei Trattati, contenuta nel DMCA, non contiene alcuna previsione a riguardo, implicitamente affermandosi in tal modo, l'equivalenza tra il *making available to the public right* e il *distribution right*.

Tale approccio implementativo minimalista risulta ancor meno giustificabile nel caso del nuovo diritto di comunicazione al pubblico riconosciuto dagli art. 8 del *Wipo Copyright Treaty* e 10 e 14 del *Wipo Performances and Phonogram Treaty*<sup>36</sup>.

Il nuovo diritto di comunicazione al pubblico sembra sostanzialmente più ampio dei diritti di riproduzione, di distribuzione, di *display* e *performance* attualmente riconosciuti dal *Copyright Act*: si riconosce infatti con esso il diritto di autorizzare la comunicazione al pubblico delle opere, attraverso mezzi di trasmissione *wire* o *wireless*, compresa la messa a disposizione al pubblico in modo tale che singoli membri del pubblico vi accedano nel luogo e nel tempo da essi predeterminato<sup>37</sup>.

Il nuovo diritto di comunicazione al pubblico pare innovativo in molteplici sensi: innanzitutto non è richiesta la presenza di una copia fisica dell'opera (come per il diritto di riproduzione o distribuzione); in secondo luogo l'espressa inclusione di *wire or wireless means* sembra chiaramente applicabile al caso di trasmissioni in forma elettronica, dando corpo ad un peculiare diritto di trasmissione (per cui si avrebbe *infringement* già al momento dell'invio a prescindere dalla ricezione della stessa tramite riproduzione in Ram o memoria fissa); in terzo luogo, con esso si riconosce il diritto all'autorizzazione della comunicazione, cosicché nessuna comunicazione effettiva sembra necessaria ai fini della violazione del diritto; da ultimo, sembra potersi parlare di diritto di accesso all'opera nella misura in cui il titolare dei diritti ha facoltà di autorizzare la messa a disposizione del pubblico della sua opera in modo che i singoli utenti possano accedervi individualmente nel tempo e nel luogo da essi predeterminato<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> Art. 6 *Wipo Copyright Treaty* in cui si riconosce « the exclusive right of authorizing the making available to the public of the original and copies of works through sale or other transfer of ownership», diritto che sembra più ampio del *distribution right* nella misura in cui la «messa a disposizione» si colloca in un momento antecedente alla vera e propria distribuzione.

<sup>36</sup> In quest'ultimo Trattato si parla formalmente di diritto di messa a disposizione del pubblico, ma nella sostanza tale diritto corrisponde al diritto di comunicazione al pubblico, riconosciuto dal *Copyright Treaty*.

<sup>37</sup> V. art. 8 del *Wipo Copyright Treaty*, e artt. 10, 14 del *Wipo Performances and Phonograms Treaty*.

<sup>38</sup> In tal modo si amplierebbe l'ambito della responsabilità di OSPs e BBS, al di là della responsabilità vicaria o sussidiaria per l'attività di *posters* o *end users*, in relazione alla semplice messa a disposizione del pubblico di modo tale che singoli membri dello stesso possano accedere all'opera protetta, ribaltandosi la posizione assunta dalla giurisprudenza nel caso *Netcom (Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services, cit)*.

Attenzione: il presente testo è una bozza dell'articolo omonimo pubblicato nella versione cartacea della Rivista Scientifica "Ciberspazio e Diritto" (<http://www.ciberspazioediritto.org>). Si tratta di una BOZZA: può quindi contenere differenze e, soprattutto, imprecisioni, inesattezze o refusi che sono stati poi corretti all'atto della correzione delle bozze e della messa in stampa dell'articolo. Si consiglia, pertanto, di riferirsi, nelle citazioni, esclusivamente all'articolo pubblicato a stampa. Il riferimento dell'articolo che segue è Il multimedia nel sistema di copyright statunitense e la responsabilità degli intermediari online nella distribuzione di opere protette, Sarah Mosole, in Ciberspazio e Diritto, Volume I, Numero II, pp. 17-51. Articolo tratto dal sito <http://www.ciberspazioediritto.org>

Gli *Agreed Statements*<sup>39</sup> allegati al Trattato hanno cura di precisare tuttavia che la mera fornitura della strumentazione necessaria alla comunicazione non costituisce comunicazione essa stessa.

Ebbene, la legislazione di implementazione dei Trattati Wipo non contiene nessun accenno al nuovo diritto di comunicazione al pubblico; solo per quel che riguarda la trasmissione digitale di *sound recordings* il Digital Performance Right in Sound Recording Act del 1995<sup>40</sup> riconosce tale diritto in relazione alla trasmissione in forma digitale delle fissazioni delle *performances*, ma nulla si dice per le trasmissioni analogiche, così come per opere diverse dai *musical works*.

La giurisprudenza si è comunque mostrata sensibile agli orientamenti emersi in sede internazionale. Recenti pronunce giurisprudenziali sembrano delineare un'interpretazione degli esistenti diritti di *copyright* in senso conforme alla posizione assunta dai trattati Wipo.

Per esempio, in *Marobie-FL, Inc. v. National Association of Fire Equipment Distributors*<sup>41</sup>, la Corte ha riconosciuto che la semplice messa a disposizione di *files* tramite *upload* su *server* collegato alla rete costituisce violazione del diritto di distribuzione in quanto rende astrattamente possibile il *download* da parte degli utenti. Il diritto di distribuzione è stato pertanto costruito in modo tale da comprendervi anche la semplice messa a disposizione del pubblico su *web page*, riconoscendo sussistente il requisito della direzione al pubblico in relazione all'attività di distribuzione e *display online*, pur nel caso di ricezione individuale.

A tal proposito si deve dire che la sovrapposizione dei concetti di riproduzione, distribuzione, esecuzione è ulteriormente acuita dallo sfumare della distinzione pubblico-privato che si determina on line: la nozione di pubblico, una volta in rete, si frammenta in un'inesauribile somma di fruitori singolarmente considerati, dislocati temporalmente e spazialmente in contesti differenti.

A riguardo, il nuovo diritto di comunicazione al pubblico, riconosciuto in sede Wipo, sembra far propria una nozione di pubblico largamente virtuale, nel senso che il requisito della compresenza nello stesso momento di un determinato numero di persone in uno spazio fisico delimitato, viene ad essere sostituito da una compresenza puramente potenziale e virtuale, a nulla rilevando la differente collocazione fisica e temporale degli utenti. Ad ogni modo sul punto la giurisprudenza statunitense si era già mostrata particolarmente sensibile, in *On*

---

<sup>39</sup> L'emanazione dei Trattati Wipo è stata corredata da una serie di dichiarazioni congiunte che ai sensi della convenzione di Vienna (*Vienna Convention on the law of treaties*, May 23, 1969, art 31 (2), 1155 U.N.T.S. 331) costituiscono elementi vincolanti di interpretazione ai fini della determinazione dell'ambito e del significato delle espressioni linguistiche utilizzate nei Trattati.

<sup>40</sup> *Digital Performance Right in Sound Recording Act*, Pub. L. No 104-39, 109 Stat. 336 (1995).

<sup>41</sup> 45 U.S.P.Q.2d 1236 (N.D. Ill. 1997).

Attenzione: il presente testo è una bozza dell'articolo omonimo pubblicato nella versione cartacea della Rivista Scientifica "Ciberspazio e Diritto" (<http://www.ciberspazioediritto.org>). Si tratta di una BOZZA: può quindi contenere differenze e, soprattutto, imprecisioni, inesattezze o refusi che sono stati poi corretti all'atto della correzione delle bozze e della messa in stampa dell'articolo. Si consiglia, pertanto, di riferirsi, nelle citazioni, esclusivamente all'articolo pubblicato a stampa. Il riferimento dell'articolo che segue è Il multimedia nel sistema di copyright statunitense e la responsabilità degli intermediari online nella distribuzione di opere protette, Sarah Mosole, in Ciberspazio e Diritto, Volume I, Numero II, pp. 17-51. Articolo tratto dal sito <http://www.ciberspazioediritto.org>

*Command Video Corp. V. Columbia Picture Industries, Inc.*<sup>42</sup> si riconosceva come non pregiudizievole alla natura pubblica delle esecuzioni la fruizione da parte di singoli utenti, sancendo così l'irrelevanza della mancata contestualità spazio-temporale nell'utenza.

#### 6. *Copyright infringement.*

L'esercizio di uno dei diritti esclusivi riconosciuti dalla legge senza l'autorizzazione del titolare dei diritti, costituisce un'attività illecita che si definisce *copyright infringement*. Si deve notare che ad escludere la responsabilità per *infringement* non vale l'assenza di uno stato soggettivo di colpa o dolo: vige infatti una forma di responsabilità oggettiva, la c.d. *strict liability*, per cui nel caso di *innocent infringement* si avrà solo una diminuzione della misura del danno risarcibile.

La responsabilità sorge anche in assenza di una partecipazione diretta all'*infringing activity*, il *Copyright Act* riconosce infatti al titolare dei diritti non solo il diritto ad un esercizio esclusivo degli stessi ma anche il diritto di autorizzare altri al suddetto esercizio.

Secondo l'*House Report* con ciò si introduce una forma di responsabilità indiretta: il *contributory infringement*, che designa l'attività di chi non viola direttamente i diritti di *copyright* ma autorizza, o permette ad altri, di perpetrare la violazione.

Al di là dello scarno riferimento al summenzionato diritto di autorizzazione, il *Copyright Act* non contiene alcuna definizione di *contributory infringement*, si tratta infatti di una forma di responsabilità che affonda le sue radici nella *tort law* e nella relativa casistica giurisprudenziale.

Sostanzialmente essa implica la sussistenza di una forma di contributo alla violazione, sia esso una forma di induzione o facilitazione dell'attività illecita o anche il solo fatto di rendere materialmente possibile l'altrui *infringement*.

Nell'ipotesi di diffusione *online* di opere protette, il concetto di *contributory infringement* acquista una rilevanza capitale in relazione all'attività degli ISPs.

Le incertezze relative all'inquadramento sistematico dell'attività di tali intermediari sono sfociate di recente in un intervento regolatore *ad hoc* del legislatore statunitense che ha affrontato la questione in un'apposita sezione del DMCA.

Lo stesso si deve dire di un'altra forma di responsabilità, la *vicarious liability*: forma di responsabilità che descrive la violazione di un dovere di diligenza nei casi in cui sussista il diritto e la possibilità materiale di esercitare un controllo sull'attività altrui, associata al diretto vantaggio economico conseguente alla violazione<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> 777 F. Supp. 787 (N.D. Cal. 1991).

<sup>43</sup> Emblematici a tal proposito i c. d. *Dance hall cases* in cui si afferma la responsabilità del gestore della sala per la violazione di *copyright* commessa dai gruppi che nella sala si

Attenzione: il presente testo è una bozza dell'articolo omonimo pubblicato nella versione cartacea della Rivista Scientifica "Ciberspazio e Diritto" (<http://www.ciberspazioediritto.org>). Si tratta di una BOZZA: può quindi contenere differenze e, soprattutto, imprecisioni, inesattezze o refusi che sono stati poi corretti all'atto della correzione delle bozze e della messa in stampa dell'articolo. Si consiglia, pertanto, di riferirsi, nelle citazioni, esclusivamente all'articolo pubblicato a stampa. Il riferimento dell'articolo che segue è Il multimedia nel sistema di copyright statunitense e la responsabilità degli intermediari online nella distribuzione di opere protette, Sarah Mosole, in Ciberspazio e Diritto, Volume I, Numero II, pp. 17-51. Articolo tratto dal sito <http://www.ciberspazioediritto.org>

È interessante rilevare che l'analisi della responsabilità per violazione di *copyright* nel contesto della c. d. *information technology* si è spesso nutrita di concetti nati e cresciuti in ambiente analogico. In particolare, assai diffusi sono i riferimenti a principi inerenti alla *defamation law* e alla responsabilità dell'editore e del rivenditore.

La *defamation law* distingue infatti significativamente fra *primary publishers* (editori) e *secondary publishers* (distributori), esonerando i secondi dalla responsabilità relativa all'illiceità di quanto distribuito, mancando in essi la possibilità di esercitare un controllo editoriale.

La sostanziale identità di funzioni tra l'intermediazione degli ISPs e quella dei rivenditori sembrerebbe quindi giustificare un'applicazione analogica dei summenzionati principi: ad esempio, l'esclusione della responsabilità, nel caso in cui la diffusione di materiale diffamatorio pubblicato da terzi avvenga senza alcuna consapevolezza dell'illiceità di quanto diffuso<sup>44</sup>, (data l'assenza di un dovere di monitoraggio e censura che oltre ad essere difficilmente attuabile a livello pratico solleverebbe pesanti dubbi di legittimità costituzionale in relazione alla libertà di espressione e di informazione) potrebbe portare all'esonero da responsabilità per violazione di *copyright*, in relazione alla diffusione di materiale caricato nel *server* dagli abbonati.

Tuttavia, se un certo grado di colpevolezza, quantomeno nella forma della negligenza è richiesto ai fini della sussistenza della responsabilità nella *defamation law*, non altrettanto avviene per la violazione dei diritti di *copyright* dove vige al contrario una forma di *strict liability*, senza contare che l'esclusione della responsabilità dell'intermediario comporta comunque, nel primo caso, l'imputazione della responsabilità in capo ad un soggetto che è generalmente facilmente identificabile, mentre nel secondo il panorama è tutt'affatto differente, in quanto l'esclusione della responsabilità dell'intermediario finisce per creare una zona grigia di impunità dovuta all'impossibilità di identificare il *direct infringer*.

Per quanto riguarda la responsabilità per *contributory infringement*, si deve sottolineare come essa possa sorgere anche sulla base della semplice fornitura della strumentazione utilizzata per perpetrare la violazione.

Il *leading case* in materia è *Sony Corp. V. Universal City studios, Inc*<sup>45</sup>. In tale sentenza viene elaborato il criterio della *capability of substantial noninfringing uses* ad escludere la responsabilità per *contributory infringement* del produttore di videoregistratori: in sostanza si afferma che qualora la strumentazione utilizzata dal *direct infringer* non sia

---

esibivano. V. *Famous Music Corp. V. Bay State Harness Horse Racing & Breeding Ass'n, Inc.*, 554 F. 2d 1213 ( 1st Cir 1977).

<sup>44</sup> Così in *Cubby Inc v. Compuserve Inc.*, 776, F. Supp. 135 ( S.D.N.Y. 1991), dove il BBs è assimilato al *bookseller*, con esclusione della responsabilità per *defamatory statement*, data l'assenza di colpa.

<sup>45</sup> 464 U.S. 417, 430-31 nn. 11-12, c. d. *Betamax decision*.

Attenzione: il presente testo è una bozza dell'articolo omonimo pubblicato nella versione cartacea della Rivista Scientifica "Ciberspazio e Diritto" (<http://www.ciberspazioediritto.org>). Si tratta di una BOZZA: può quindi contenere differenze e, soprattutto, imprecisioni, inesattezze o refusi che sono stati poi corretti all'atto della correzione delle bozze e della messa in stampa dell'articolo. Si consiglia, pertanto, di riferirsi, nelle citazioni, esclusivamente all'articolo pubblicato a stampa. Il riferimento dell'articolo che segue è Il multimedia nel sistema di copyright statunitense e la responsabilità degli intermediari online nella distribuzione di opere protette, Sarah Mosole, in Ciberspazio e Diritto, Volume I, Numero II, pp. 17-51. Articolo tratto dal sito <http://www.ciberspazioediritto.org>

prodotta e commercializzata al solo ed unico scopo di consentire l'*infringement*, la responsabilità del produttore è da escludere.

Si tratta di un'applicazione nell'ambito del sistema di *copyright* di un principio vigente in materia di *patent law* noto come '*staple article of commerce doctrine*', applicazione fortemente criticata nella *dissenting opinion* del giudice Blackmun<sup>46</sup> ma che oggi appare in qualche misura codificata nel DMCA in relazione alla disciplina della produzione e commercializzazione di strumentazioni tecnologiche in grado di eludere i sistemi di protezione tecnologica dei diritti. Il titolo I del DMCA, sancisce infatti l'illiceità dell'attività di produzione e commercializzazione di tali strumentazioni solo nel caso in cui le stesse non abbiano altro scopo commercialmente rilevante al di fuori di quello di permettere l'elusione dei sistemi tecnologici di protezione dei diritti di *copyright*. Si ha in tal modo una sostanziale codifica della «*staple article of commerce doctrine*» propria del sistema brevettuale e già mutuata dalla giurisprudenza come compatibile con il sistema di *copyright* nella predetta *Betamax decision*.

#### 7. La responsabilità del provider.

Il legislatore statunitense, di concerto con le principali associazioni di produttori di beni di intrattenimento, di distributori via Internet, e di consumatori *online*, si è impegnato a risolvere uno dei nodi fondamentali sviluppatosi nell'era digitale, ossia come sanzionare il comportamento di quanti sono indirettamente coinvolti nell'attività non autorizzata di diffusione *online* di opere tutelate da *copyright*.

In un contesto digitale, la trasmissione dell'informazione<sup>47</sup> su rete telematica avviene raramente in modo diretto: di norma l'informazione, prima di essere fruita dall'utente, incontra una serie di figure intermedie che si interpongono tra colui che immette l'informazione in rete (*content provider*) e l'utente stesso; in particolare nel caso della rete delle reti, Internet, tali figure si identificano con *hosting service provider*, *network provider* e *access provider*<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> In cui si rileva che mentre nel *Copyright Act* manca un espresso riconoscimento di responsabilità per il fatto del terzo, il *Patent Act* riconosce al contrario che «*whoever actively induces infringement of a patent shall be liable as an infringer*» (35 U.S.C. § 271 (b)) e ancora, «*whoever sells a component of a patented machine, manufacture, combination or composition, or a material or apparatus for use in practicing a patented process, constituting a material part of the invention, knowing the same to be especially made or especially adapted for use in an infringement of such patent, and not a staple article or commodity of commerce suitable for substantial noninfringing use, shall be liable as a contributory infringer*» (35 U.S.C. § 271 (c)).

<sup>47</sup> Con il termine 'informazione' si intende, nel presente articolo, qualsiasi dato in forma digitale: testo, musica, immagine, nonché la loro combinazione in forma multimediale.

<sup>48</sup> Per *hosting service provider* si intende colui che mette a disposizione degli abbonati lo spazio/memoria del *server* in modo da consentire loro di disporre del proprio *website*,

Attenzione: il presente testo è una bozza dell'articolo omonimo pubblicato nella versione cartacea della Rivista Scientifica "Ciberspazio e Diritto" (<http://www.ciberspazioediritto.org>). Si tratta di una BOZZA: può quindi contenere differenze e, soprattutto, imprecisioni, inesattezze o refusi che sono stati poi corretti all'atto della correzione delle bozze e della messa in stampa dell'articolo. Si consiglia, pertanto, di riferirsi, nelle citazioni, esclusivamente all'articolo pubblicato a stampa. Il riferimento dell'articolo che segue è Il multimedia nel sistema di copyright statunitense e la responsabilità degli intermediari online nella distribuzione di opere protette, Sarah Mosole, in Ciberspazio e Diritto, Volume I, Numero II, pp. 17-51. Articolo tratto dal sito <http://www.ciberspazioediritto.org>

Internet rappresenta una pericolosa sfida al sistema di *copyright*, innanzitutto in quanto nuova forma di distribuzione e diffusione dell'informazione, in secondo luogo per la modalità tecnica attraverso cui tale distribuzione viene attuata, ossia mediante riproduzioni successive dell'informazione originaria.

È evidente allora che diventa di primaria importanza stabilire in che modo i tradizionali diritti di *copyright* possano attagliarsi a questa nuova forma di distribuzione dell'informazione, sia dal punto di vista del diritto esclusivo di comunicazione al pubblico, sia da quello del diritto di riproduzione in copie.

La centralità della problematica sopra accennata è testimoniata dal fervente dibattito che si sta svolgendo in sede internazionale: gli *Agreed Statements* allegati ai trattati WIPO<sup>49</sup> propongono una definizione di 'comunicazione al pubblico' che esclude la mera fornitura delle infrastrutture o degli strumenti tecnici che permettono la comunicazione; la direttiva europea sul *copyright*<sup>50</sup> si occupa del diritto di riproduzione, con particolare riguardo alle copie temporanee e alle *cache copies*.

Il DMCA approccia la tematica con un taglio nettamente pratico, evita prese di posizione di carattere generale occupandosi esclusivamente di stabilire con chiarezza in quali casi il *provider* può essere ritenuto responsabile per violazione di *copyright*.

Al fine di meglio comprendere il significato delle previsioni legislative del titolo in esame sembra opportuno un breve *excursus* sulla tipologia di responsabilità configurabile in caso di violazione di *copyright*.

Un primo tipo di responsabilità è la c.d. *strict liability for direct infringement*<sup>51</sup>: in seguito alla violazione di norme poste a tutela dei diritti esclusivi, il titolare del *copyright* ha diritto ad ottenere tanto un ordine giudiziale di cessazione del comportamento illegittimo (*injunctive relief*) quanto il risarcimento dei danni patrimoniali subiti, a prescindere dalla sussistenza di un particolare elemento psicologico in capo al soggetto agente, essendo sufficiente a tal fine l'oggettiva violazione della norma imperativa di legge.

---

accessibile in rete da chiunque; per *access provider* si intende colui che consente l'accesso alle rete e ai suoi contenuti; per *network provider* infine, si intende colui che fornisce l'infrastruttura tecnologica e assicura la trasmissione del segnale.

<sup>49</sup> *Wipo Copyright Treaty* e *Wipo Performances and Phonograms Treaty*, adottati nell'ambito della conferenza diplomatica sul *copyright* e diritti connessi della *World Intellectual Property Organization*, Ginevra, 2-20 dicembre 1996. L'emanazione dei Trattati è stata corredata da una serie di dichiarazioni congiunte che ai sensi della convenzione di Vienna (*Vienna Convention on the law of treaties*, May 23, 1969, art 31 (2), 1155 U.N.T.S. 331) costituiscono elementi vincolanti di interpretazione ai fini della determinazione dell'ambito e del significato delle espressioni linguistiche utilizzate nei Trattati.

<sup>50</sup> Proposta di direttiva COM (97) 625 def. del 21 gennaio 1998, su taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione (G.U.C.E. n. C 108 del 7 aprile 1998).

<sup>51</sup> United States Code, titolo 17, sezione 501 a).

Attenzione: il presente testo è una bozza dell'articolo omonimo pubblicato nella versione cartacea della Rivista Scientifica "Cyberspazio e Diritto" (<http://www.cyberspazioediritto.org>). Si tratta di una BOZZA: può quindi contenere differenze e, soprattutto, imprecisioni, inesattezze o refusi che sono stati poi corretti all'atto della correzione delle bozze e della messa in stampa dell'articolo. Si consiglia, pertanto, di riferirsi, nelle citazioni, esclusivamente all'articolo pubblicato a stampa. Il riferimento dell'articolo che segue è Il multimedia nel sistema di copyright statunitense e la responsabilità degli intermediari online nella distribuzione di opere protette, Sarah Mosole, in *Cyberspazio e Diritto*, Volume I, Numero II, pp. 17-51. Articolo tratto dal sito <http://www.cyberspazioediritto.org>

Questo tipo di responsabilità, assimilabile alle forme di responsabilità oggettiva disciplinate in ambito nazionale, è normalmente configurabile nel caso di comportamento di utenti *online* laddove essi, senza autorizzazione del titolare dei diritti, pongano in circolazione in Internet materiali protetti. Ciò che appare invece più problematico è la configurabilità di una tale forma di responsabilità in capo al *service provider* che si limiti a svolgere un'attività intermediatrice fra *content provider* e *end users*, garantendo l'accesso alla rete, fornendo la connessione, o agendo quale *hosting server*.

L'evoluzione giurisprudenziale degli ultimi anni, in seguito recepita nel c. d. libro bianco<sup>52</sup>, si è mostrata particolarmente incline all'estensione della suddetta forma di responsabilità nei confronti del *service provider*, si è suggerita infatti una ridefinizione del concetto di 'distribuzione' in modo da comprendervi anche l'attività di trasmissione (testualmente: «trasmettere una riproduzione di opera dell'ingegno umano significa distribuire tale copia tramite ogni processo o tecnologia che ne consenta la fissazione oltre il luogo dal quale è stata inviata») con il risultato di rendere sostanzialmente illecita l'attività di BBs e OSPs in relazione a materiale protetto reso disponibile sul loro *server* dagli abbonati.

Non si può tuttavia dimenticare che l'attività di distribuzione e di esibizione di materiale *online* agli utenti, consentita dai sistemi tecnologici che attivano un BBS, è sempre meccanica e si svolge automaticamente e indiscriminatamente ogniqualvolta un abbonato decida di esporre su tale BBS un messaggio o quant'altro.

Il riconoscimento di una forma di responsabilità in capo a tali figure non potrebbe prescindere pertanto dalla violazione di un dovere di diligenza, nella misura in cui l'intermediario venga meno ad un generico dovere di controllo e monitoraggio di ciò che viene diffuso suo tramite. Tuttavia, appare condivisibile la preoccupazione di chi ritiene che esigere un'attività di monitoraggio del materiale *online* da parte del *service provider*, pena una sanzione a titolo di responsabilità diretta, potrebbe letteralmente congelare lo sviluppo della rete o accrescere oltremodo le tariffe di abbonamento agli *online service provider*.

Altri tipi di responsabilità sono costituiti dalle forme di responsabilità per il fatto del terzo che vanno sotto il nome di '*vicarious liability*' e di '*contributory liability*'.

Quanto alla prima, la dottrina della *vicarious liability* è stata sviluppata dalla giurisprudenza sulla base del principio del '*respondeat superior*' e prevede che il terzo risponda degli illeciti commessi dal soggetto agente nei limiti in cui lo stesso eserciti un potere di controllo sull'attività dell'agente, qualora da tale attività egli tragga un vantaggio economico diretto<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> *Information Infrastructure Task force, Intellectual Property and the National Information Infrastructure: The report of the Working Group on Intellectual Property Rights*

<sup>53</sup> Si veda in proposito il caso *Cubby Inc. v Compuserve Inc.* 776, F, Supp.135 (SDNY 1991).

Attenzione: il presente testo è una bozza dell'articolo omonimo pubblicato nella versione cartacea della Rivista Scientifica "Cyberspazio e Diritto" (<http://www.cyberspazioediritto.org>). Si tratta di una BOZZA: può quindi contenere differenze e, soprattutto, imprecisioni, inesattezze o refusi che sono stati poi corretti all'atto della correzione delle bozze e della messa in stampa dell'articolo. Si consiglia, pertanto, di riferirsi, nelle citazioni, esclusivamente all'articolo pubblicato a stampa. Il riferimento dell'articolo che segue è Il multimedia nel sistema di copyright statunitense e la responsabilità degli intermediari online nella distribuzione di opere protette, Sarah Mosole, in *Cyberspazio e Diritto*, Volume I, Numero II, pp. 17-51. Articolo tratto dal sito <http://www.cyberspazioediritto.org>

La seconda forma di responsabilità indiretta, anch'essa di creazione giurisprudenziale, garantisce invece ai titolari dei diritti una difesa contro quei soggetti terzi, i quali consapevoli dell'attività illecita effettuata dal soggetto agente inducano, causino, o contribuiscano materialmente al compimento dell'altrui condotta illecita. Si richiede cioè una *substantial participation* alla violazione, inquadrabile nel concetto di concorso di colpa<sup>54</sup>.

Presupposto fondamentale delle forme di responsabilità indiretta è quindi la possibilità di una forma di controllo sull'attività *online* dell'utente, controllo che a sua volta presuppone la possibilità di conoscenza e consapevolezza dell'attività illecita intrapresa dagli utenti, risultato questo cui il legislatore statunitense mira, attraverso le previsioni relative alla notifica di presunta violazione, così come di seguito specificata.

Nell'analisi della disciplina dettata dal titolo in esame si deve tenere presente che la soluzione legislativa alle problematiche connesse con l'uso della rete Internet è stata oggetto di un acceso dibattito in seno al Congresso, alimentato soprattutto dai timori contrastanti sollevati dalle grosse industrie del settore delle comunicazioni e dagli *Internet service provider* da un lato, con la richiesta di un'espressa previsione di esonero da responsabilità per la loro attività di intermediazione e le c. d. *content industries* dall'altra (case editrici, di produzione cinematografica, discografica, multimediale), contrarie invece a qualsiasi previsione del genere.

Il DMCA rappresenta pertanto una sorta di compromesso tra questi due nuclei di interessi contrapposti. L'atto in esame delinea così quattro ipotesi di limitazione della responsabilità per *server provider* che rispondano a determinati requisiti, sostanzialmente richiamando i presupposti individuati dalle dottrine della *vicarious liability* e del *contributory infringement*.

Preliminare appare innanzitutto la definizione legislativa di *service provider*, ai fini della prima limitazione di responsabilità, relativa alle comunicazioni di transito, per *service provider* si intende *ex sez. 512 k 1 A*, un'entità che fornisca la trasmissione, il *routing* o la connessione relativa a comunicazioni digitali *online* fra due o più punti specificati dall'utente, in relazione a materiale scelto dall'utente stesso, senza alcuna modifica del contenuto del materiale spedito o ricevuto.

Ai fini dell'applicabilità delle rimanenti limitazioni di responsabilità il *service provider* è definito in via più generale come «fornitore di servizi *online* o di accesso alla rete».

Inoltre, per poter godere delle limitazioni di responsabilità in esame, il *provider* deve soddisfare due ulteriori condizioni di carattere generale: è obbligato ad oscurare i siti di abbonati che abbiano ripetutamente violato la legge e deve conformarsi all'adozione di misure tecniche standard di sicurezza, intendendo con tale espressione

---

<sup>54</sup> Significativo a tal proposito il caso *Religious Technology Center v Netcom On Line Communication Services Inc.*; 907, F, Supp 1361 ( N D Cal. 1995).

Attenzione: il presente testo è una bozza dell'articolo omonimo pubblicato nella versione cartacea della Rivista Scientifica "Cyberspazio e Diritto" (<http://www.cyberspazioediritto.org>). Si tratta di una BOZZA: può quindi contenere differenze e, soprattutto, imprecisioni, inesattezze o refusi che sono stati poi corretti all'atto della correzione delle bozze e della messa in stampa dell'articolo. Si consiglia, pertanto, di riferirsi, nelle citazioni, esclusivamente all'articolo pubblicato a stampa. Il riferimento dell'articolo che segue è Il multimedia nel sistema di copyright statunitense e la responsabilità degli intermediari online nella distribuzione di opere protette, Sarah Mosole, in *Cyberspazio e Diritto*, Volume I, Numero II, pp. 17-51. Articolo tratto dal sito <http://www.cyberspazioediritto.org>

l'insieme delle misure che i titolari dei diritti utilizzano per identificare e proteggere le loro opere (si vedano in proposito le considerazioni conclusive).

Per quanto riguarda invece l'ampiezza delle suddette limitazioni di responsabilità, se l'attività del *service provider*, come sopra identificato, risponde ai requisiti che saranno di seguito elencati, lo stesso sarà esonerato da ogni responsabilità civile per danni patrimoniali.

Rimane invece ferma la possibilità di essere passibile di '*injunctive relief*' (ordine giudiziale di inibizione dell'attività vietata).

Esaminiamo ora distintamente le quattro ipotesi di limitazione della responsabilità delineate dal DMCA. Tali limitazioni si basano sulle seguenti quattro categorie di condotta del *service provider*:

1. funzioni di mera trasmissione o fornitura d'accesso;
2. *system caching*
3. archiviazione di informazioni su sistemi o reti accessibili al pubblico;
4. strumenti di localizzazione delle risorse.

Il legislatore ha cura di specificare che ognuna delle previsioni in esame è indipendente dalle altre, nel senso che si riferisce a distinte e separate funzioni e, di conseguenza, la valutazione dei requisiti per l'applicabilità dell'una non interferisce sull'applicabilità delle altre.

Si noti altresì come la mancanza dei requisiti previsti ai fini dell'applicabilità delle limitazioni suddette non comporti necessariamente la responsabilità del *service provider*: il titolare dei diritti dovrà infatti dimostrare comunque che il *provider* ha commesso una violazione, rimanendo salva la possibilità di difesa fondata sulle norme di esclusione della responsabilità previste in genere per le violazioni di *copyright*, quali ad esempio il *fair use*.

Di particolare rilievo appare infine la disciplina di una procedura attraverso la quale il titolare dei diritti possa ottenere la citazione in giudizio del *service provider* finalizzata ad ottenere dallo stesso le informazioni che possano servire ad identificare l'abbonato presumibilmente responsabile di attività vietate<sup>55</sup>.

#### 8. *Limitazione di responsabilità per funzioni di mera trasmissione.*

In via del tutto generale, la sezione 512 a) limita la responsabilità del *service provider* che agisca quale mero 'conduttore di dati' (*conduit function*), trasmettendo informazioni digitali da un punto della rete ad un altro sulla base di una richiesta specifica.

La previsione in esame riguarda quindi l'attività di trasmissione, *routing* o fornitura di accesso a materiale protetto, così come la creazione di copie temporanee effettuata automaticamente nello svolgimento delle suddette operazioni.

---

<sup>55</sup> United States Code, titolo 17, Sezione 512 h.

Attenzione: il presente testo è una bozza dell'articolo omonimo pubblicato nella versione cartacea della Rivista Scientifica "Cyberspazio e Diritto" (<http://www.cyberspazioediritto.org>). Si tratta di una BOZZA: può quindi contenere differenze e, soprattutto, imprecisioni, inesattezze o refusi che sono stati poi corretti all'atto della correzione delle bozze e della messa in stampa dell'articolo. Si consiglia, pertanto, di riferirsi, nelle citazioni, esclusivamente all'articolo pubblicato a stampa. Il riferimento dell'articolo che segue è Il multimedia nel sistema di copyright statunitense e la responsabilità degli intermediari online nella distribuzione di opere protette, Sarah Mosole, in *Cyberspazio e Diritto*, Volume I, Numero II, pp. 17-51. Articolo tratto dal sito <http://www.cyberspazioediritto.org>

Per godere della limitazione di responsabilità in esame, l'attività del *service provider* deve rispondere ai seguenti requisiti: il *provider* non deve provvedere direttamente a porre il materiale in rete; le attività sopra specificate debbono svolgersi automaticamente senza alcuna attività di selezione del materiale da parte del *provider*; il *provider* non deve selezionare i destinatari del materiale; le copie temporanee effettuate nello svolgimento delle suddette operazioni non debbono essere rese accessibili a persone diverse dai destinatari originari e non debbono essere conservate per un periodo di tempo superiore a quello strettamente necessario; il materiale deve essere trasmesso senza alcuna alterazione del suo contenuto.

Al ricorrere dei requisiti summenzionati il *provider* è esonerato da responsabilità anche nel caso in cui sia effettivamente a conoscenza dell'illiceità di quanto trasmesso, purché non interferisca con il contenuto della trasmissione (i requisiti di cui ai punti 1, 2, 3, 5 evidenziano proprio la mancanza di qualsiasi tipo di controllo, che è quanto dire l'estraneità del provider rispetto ai contenuti della trasmissione).

Per quanto riguarda invece l'attività di riproduzione temporanea che avviene nel corso della trasmissione, si chiarisce che, qualora tale attività sia finalizzata unicamente alla trasmissione, essa è da considerarsi parte dei servizi di trasmissione o di accesso ed è pertanto irrilevante in relazione al diritto esclusivo di riproduzione.

Si rileva quindi come il legislatore statunitense, invece di stabilire quando una *transmission copy* costituisca riproduzione ai fini del sistema di *copyright*, abbia preferito semplicemente regolare l'aspetto della responsabilità per l'attività di riproduzione temporanea nel corso della trasmissione.

#### 9. Limitazione di responsabilità per l'attività di *c.d. system caching*.

La sezione 512 b) esclude la responsabilità del *service provider* che conservi, per un limitato periodo di tempo, copia del materiale che sia stato reso disponibile *online* da persona diversa dal *provider* stesso, e che sia stato in seguito reso accessibile ad altri utenti.

Anche la copia in *proxy cache* come la *transmission copy* è una copia temporanea, ma a differenza di quella, essa è accessibile anche a persone diverse dal destinatario ed è mantenuta nel sistema per un periodo più lungo di quello strettamente necessario alla trasmissione. La funzione di *system caching* permette infatti di soddisfare eventuali ulteriori richieste relative allo stesso materiale senza che sia necessario reperirlo dalla fonte originaria in rete.

I vantaggi consistono essenzialmente nella riduzione del tempo di attesa per le richieste successive relative allo stesso materiale, con conseguente incremento di appetibilità commerciale del servizio. Per contro, la funzione di *system caching* può comportare l'accesso ad informazioni non aggiornate, nonché la privazione per gli operatori del sito *Web* della possibilità di avere delle informazioni accurate sul numero di richieste relativo a uno specifico tipo di materiale sul *Web* (*hits informations*).

Attenzione: il presente testo è una bozza dell'articolo omonimo pubblicato nella versione cartacea della Rivista Scientifica "Ciberspazio e Diritto" (<http://www.ciberspazioediritto.org>). Si tratta di una BOZZA: può quindi contenere differenze e, soprattutto, imprecisioni, inesattezze o refusi che sono stati poi corretti all'atto della correzione delle bozze e della messa in stampa dell'articolo. Si consiglia, pertanto, di riferirsi, nelle citazioni, esclusivamente all'articolo pubblicato a stampa. Il riferimento dell'articolo che segue è Il multimedia nel sistema di copyright statunitense e la responsabilità degli intermediari online nella distribuzione di opere protette, Sarah Mosole, in Ciberspazio e Diritto, Volume I, Numero II, pp. 17-51. Articolo tratto dal sito <http://www.ciberspazioediritto.org>

Venendo all'analisi delle specifiche previsioni legislative, alla luce delle considerazioni suddette, in via generale si deve dire che l'applicabilità della previsione in esame riguarda l'attività del *provider* che, in qualità di mero intermediario, svolga un'attività di riproduzione temporanea del materiale *online*, a condizione che la stessa sia espletata attraverso un procedimento tecnico automatizzato e sia finalizzata unicamente a rendere disponibile il materiale a richiesta di altri abbonati.

In via più specifica le condizioni per l'applicabilità della previsione sono le seguenti: il contenuto del materiale registrato non deve essere modificato; il *provider* deve adeguarsi alla regolamentazione in materia di *refreshing* sostituendo il materiale registrato con quello reperibile alla fonte originaria; il *provider* non deve interferire con le tecnologie che consentano un riscontro dell'*hit information* alla persona che ha inviato il materiale; il *provider* deve limitare l'accesso al materiale in conformità alle condizioni di accesso (es. *password protection*) previste da chi ha inviato il materiale; qualsiasi tipo di materiale inviato senza l'autorizzazione del titolare dei diritti deve essere rimosso, o deve esserne disabilitato l'accesso, una volta che il *service provider* abbia ricevuto notifica che gli stessi provvedimenti siano stati intrapresi relativamente al sito originario.

In sintesi, il *provider* può incappare in responsabilità solo nel caso in cui abbia conoscenza effettiva del carattere presumibilmente illecito di quanto riprodotto e non si attivi conseguentemente per bloccarne la diffusione.

La conoscenza rilevante a tal fine è tuttavia quella conseguente alla ricezione della notifica di presunta violazione, essendo irrilevante invece quella ottenuta in altro modo, dal che si deduce l'assenza in capo allo stesso di qualsiasi dovere di monitoraggio.

#### 10. Limitazione di responsabilità per hosting service provider.

La sezione 512 c) limita, al ricorrere di determinati requisiti, la responsabilità del *service provider* per violazione dei diritti su materiale protetto reso disponibile su siti *Web* ospitati dal suo *server*.

I requisiti richiesti ai fini dell'applicabilità della previsione sono i seguenti: il *provider* non deve essere a conoscenza del fatto che il materiale in questione violi il *copyright*, né di circostanze da cui potrebbe risultare la violazione (c.d. *knowledge standard*); il *provider* non deve trarre alcun vantaggio patrimoniale direttamente imputabile alla presenza del materiale in questione nel suo sistema<sup>56</sup>; dal momento in cui riceve la

---

<sup>56</sup> Il requisito della diretta attribuibilità di un vantaggio patrimoniale dal materiale illecito è stato ritenuto una soluzione poco felice; considerando che i siti *for profit* richiedono alternativamente due forme di pagamento, la prima relativa all'effettivo valore del materiale che l'utente richiede, la seconda commensurata su tariffa 'a tempo' e pertanto svincolata dal materiale richiesto, tale requisito comporta che, in quest'ultimo caso, i gestori del sito eviterebbero ogni forma di responsabilità indiretta.

Attenzione: il presente testo è una bozza dell'articolo omonimo pubblicato nella versione cartacea della Rivista Scientifica "Cyberspazio e Diritto" (<http://www.cyberspazioediritto.org>). Si tratta di una BOZZA: può quindi contenere differenze e, soprattutto, imprecisioni, inesattezze o refusi che sono stati poi corretti all'atto della correzione delle bozze e della messa in stampa dell'articolo. Si consiglia, pertanto, di riferirsi, nelle citazioni, esclusivamente all'articolo pubblicato a stampa. Il riferimento dell'articolo che segue è Il multimedia nel sistema di copyright statunitense e la responsabilità degli intermediari online nella distribuzione di opere protette, Sarah Mosole, in *Cyberspazio e Diritto*, Volume I, Numero II, pp. 17-51. Articolo tratto dal sito <http://www.cyberspazioediritto.org>

notifica di presunta violazione, così come di seguito descritta, il *provider* deve, senza ritardo, attivarsi per rimuovere o bloccare l'accesso al materiale.

Per poter godere della limitazione di responsabilità in esame la sezione 512 c) richiede inoltre il soddisfacimento di un'ulteriore condizione: il *provider* deve aver designato presso il *Copyright Office* un rappresentante delegato a ricevere la più volte menzionata notifica di presunta violazione<sup>57</sup>. La concreta operatività della previsione in esame si incentra infatti sul concetto di conoscenza o conoscibilità dell'infrazione altrui e sul meccanismo della notifica di presunta violazione.

Tuttavia, in questo caso, tale meccanismo non costituisce l'unica fonte di conoscenza relativa all'illiceità del materiale, potendo ben rilevare anche una conoscenza altrimenti ottenuta: si ritiene infatti che il *provider* abbia l'obbligo di indagare e di disabilitare l'accesso all'*infringing material* tutte le volte in cui abbia motivo di sospettare della sua illiceità.

Il paragrafo 3 della subsezione c) contiene una dettagliata regolamentazione della notifica di presunta violazione, sia in merito al contenuto, sia in merito agli effetti della stessa.

Innanzitutto il titolare dei diritti è tenuto a sottoscrivere una dichiarazione giurata contenente un insieme di informazioni specifiche<sup>58</sup> che deve essere inviata al rappresentante designato del *provider*.

Se nel momento in cui riceve una notifica conforme ai criteri di legge, il *service provider* si attiva per rimuovere il materiale vietato o ne blocca l'accesso, egli sarà esonerato da ogni responsabilità di tipo patrimoniale nei confronti del titolare dei diritti, nonché nei confronti di chiunque avanzi pretese conseguenti alla rimozione del materiale<sup>59</sup>.

Al fine di prevenire la possibilità di erronee o fraudolente notificazioni la sezione 512 contiene delle prescrizioni particolari: la subsezione g) si occupa della possibilità di rispondere alla notifica e alla rimozione del materiale mediante una contronotifica. Una volta ricevuta notifica di presunta violazione il *service provider* deve, infatti, informare prontamente l'abbonato o il suo legale rappresentante che l'accesso al suo sito *Web* è stato disabilitato, ma se il *server provider* riceve una contronotifica conforme

---

<sup>57</sup> A tal fine il *Copyright Office* specifica le informazioni da fornire al momento della designazione, reperibili all'URL [www.loc.gov/copyright//online/sp](http://www.loc.gov/copyright//online/sp), e aggiorna una lista di agenti sul suo sito Web, all'URL [www.loc.gov/copyright/online/list/](http://www.loc.gov/copyright/online/list/).

<sup>58</sup> Elementi identificativi del'opera protetta e del materiale di cui si richiede la rimozione, le informazioni sufficienti a contattare il notificante, l'affermazione che si ha motivo di credere che l'uso del materiale protetto non sia autorizzato, l'affermazione giurata che il notificante è autorizzato ad agire per conto del titolare dei diritti, la firma anche in forma elettronica del notificante. V. U. S. C., titolo 17, sez. 512, c), par. 3.

<sup>59</sup> È la c. d. clausola del buon samaritano, la quale mira ad evitare l'insorgere di responsabilità giuridiche in capo ai *service provider* che in risposta ad una notifica di *claimed infringement* provvedano a cancellare la trasmissione illecita, a prescindere dall'effettivo carattere illecito della stessa.

Attenzione: il presente testo è una bozza dell'articolo omonimo pubblicato nella versione cartacea della Rivista Scientifica "Cyberspazio e Diritto" (<http://www.cyberspazioediritto.org>). Si tratta di una BOZZA: può quindi contenere differenze e, soprattutto, imprecisioni, inesattezze o refusi che sono stati poi corretti all'atto della correzione delle bozze e della messa in stampa dell'articolo. Si consiglia, pertanto, di riferirsi, nelle citazioni, esclusivamente all'articolo pubblicato a stampa. Il riferimento dell'articolo che segue è Il multimedia nel sistema di copyright statunitense e la responsabilità degli intermediari online nella distribuzione di opere protette, Sarah Mosole, in *Cyberspazio e Diritto*, Volume I, Numero II, pp. 17-51. Articolo tratto dal sito <http://www.cyberspazioediritto.org>

ai requisiti di legge, inclusa l'affermazione giurata che il materiale è stato rimosso o l'accesso disabilitato per errore, allora, a meno che il primo notificante non intraprenda un'azione legale contro il responsabile dell'attività che si presume vietata, il *service provider* è tenuto a reinstallare il materiale entro 10 giorni lavorativi dal momento in cui ha ricevuto la contronotifica.

A tutela del corretto funzionamento del meccanismo in esame è prevista la responsabilità civile per ogni danno conseguente a false dichiarazioni in sede di notifica o contronotifica.

#### *11. Limitazione di responsabilità relativa a strumenti di localizzazione delle risorse.*

La sezione 512 d) si occupa infine di quegli strumenti di localizzazione delle risorse in rete quali collegamenti ipertestuali, *directory on line*, motori di ricerca e simili.

Tale sezione configura un'ipotesi di limitazione di responsabilità per l'attività di indirizzamento o di *linking* fornita agli utenti in direzione di siti che contengano materiale in violazione di legge.

I requisiti per l'applicabilità della disposizione sono i seguenti: il *provider* non deve essere a conoscenza del fatto che il materiale in questione violi la legge (c.d. *standard knowledge*); il *provider* non deve ricevere alcun vantaggio patrimoniale direttamente attribuibile all'attività in questione; nel momento in cui riceve notifica di presunta violazione il *provider* deve immediatamente attivarsi per disabilitare l'accesso alla risorsa incriminata.

La sezione in esame richiede quindi la sussistenza dei medesimi requisiti previsti dalla sezione 512 c), salva qualche differenza per quanto riguarda i requisiti della notifica, rimanendo invece applicabili le previsioni finalizzate a prevenire la possibilità di notificazioni erronee o fraudolente così come sopra accennate, nonché quelle a tutela del *provider* contro eventuali pretese avanzate in conseguenza della rimozione del materiale (c. d. clausola del buon samaritano).

Pertanto, come nel caso dell'*hosting service provider*, questo tipo di intermediario per non incorrere in responsabilità, oltre a conformarsi ad un'eventuale notifica di presunta violazione, ha altresì il dovere di indagare sulla liceità delle risorse da esso localizzate, qualora abbia motivo di sospettare del loro carattere illecito.

#### *12. Considerazioni conclusive.*

Dall'analisi delle fattispecie sopra esaminate, emerge che il DMCA non ha imposto alcun reale dovere di monitoraggio in capo alle figure professionali esaminate: risulta infatti che solo nei due casi da ultimo citati il *provider* abbia un limitato *duty of care*, ma unicamente nel caso in cui venga a conoscenza di circostanze dalle quali emerga il sospetto dell'illiceità del materiale.

Attenzione: il presente testo è una bozza dell'articolo omonimo pubblicato nella versione cartacea della Rivista Scientifica "Cyberspazio e Diritto" (<http://www.cyberspazioediritto.org>). Si tratta di una BOZZA: può quindi contenere differenze e, soprattutto, imprecisioni, inesattezze o refusi che sono stati poi corretti all'atto della correzione delle bozze e della messa in stampa dell'articolo. Si consiglia, pertanto, di riferirsi, nelle citazioni, esclusivamente all'articolo pubblicato a stampa. Il riferimento dell'articolo che segue è Il multimedia nel sistema di copyright statunitense e la responsabilità degli intermediari online nella distribuzione di opere protette, Sarah Mosole, in *Cyberspazio e Diritto*, Volume I, Numero II, pp. 17-51. Articolo tratto dal sito <http://www.cyberspazioediritto.org>

Tuttavia tale assunto non appare incontrastato. È stato infatti messo in luce<sup>60</sup> come il requisito generale dell'obbligo di conformarsi alle attuali e future misure tecnologiche utilizzate dai titolari dei diritti per proteggere ed identificare le loro opere possa sfociare in un obbligo di monitoraggio di quanto trasmesso, caricato, riprodotto o localizzato.

D'altro canto è comunque espressamente previsto che l'utilizzo di tali tecnologie debba essere valutato anche in termini di effettiva ragionevolezza per quanto riguarda i costi e gli oneri sostenuti dal *provider* per conformarsi all'obbligo suddetto.

---

<sup>60</sup> V. P. BERN HUGENHOLZ, (edited by), *Copyright And Electronic Commerce*, 2000, p. 34.