

Anno IV - 2019 n. 2

NUOVO DIRITTO CIVILE

DIRETTORI

Roberto Carleo Alberto Maria Gambino Mauro Orlandi

ESTRATTO

ALBERTO MARIA GAMBINO

**PRIVACY, BIG DATA
E DIRITTO D'AUTORE**



Nihil difficile volenti

ANGOLO DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI

ALBERTO MARIA GAMBINO

(Professore ordinario nell'Università Europea di Roma)

PRIVACY, BIG DATA E DIRITTO D'AUTORE*

SOMMARIO: 1. Premessa: privacy e diritto d'autore, intersezioni. – 2. Interventi giurisprudenziali. – 3. Il vento di riforma europeo. – 4. Quali prospettive?

1. Premessa: privacy e diritto d'autore, intersezioni

Negli ultimi anni, il rapporto tra privacy e diritto d'autore ha conosciuto un progressivo ampliamento determinato sia dalle istanze di protezione dei diritti di proprietà intellettuale, che nell'era digitale si rendono sempre più pressanti, sia dalla contemporanea esigenza di garantire una tutela delle posizioni di interesse dei fruitori delle opere dell'ingegno¹.

In chiave classificatoria, la possibilità di comprendere il diritto alla privacy nella categoria dei diritti di proprietà intellettuale ha avuto un certo seguito anche in dottrina, la quale ha fondato tale rapporto sulla struttura duale del diritto alla riservatezza. Questo, composto da una

* Il testo muove dalle relazioni, con corredo di note essenziali, tenute all'Università degli Studi di Napoli "Parthenope" il 19 novembre 2018, al convegno "*La tutela amministrativa del diritto d'autore online*", e presso l'Università degli Studi di Napoli "L'Orientale" il 21 maggio 2019, al convegno "*Dialoghi sulla privacy (a partire dal volume *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 679/2016 e la protezione dei dati personali*, a cura di A. Mantelero e D. Poletti)*".

¹ Cfr. O. POLLICINO, M. BELLEZZA, *Tutela della privacy e protezione dei diritti di proprietà intellettuale in rete*, in O. POLLICINO, A.M. MAZZARO (a cura di), *Tutela del copyright e della privacy sul web: quid iuris?*, Roma, 2012, pp. 13 e ss. Sia consentito il rinvio anche a A.M. GAMBINO, R. PETTI, *Privacy e Proprietà Intellettuale*, in E. TOSI (a cura di), *Privacy digitale*, Milano, 2019, pp. 229 ss.

dimensione indisponibile, può essere ascrivibile ai diritti della personalità; ma, al contempo, strutturato altresì in un'accezione patrimoniale, può qualificarsi in termini quasi proprietari entro il perimetro dello *ius excludendi omnes alios*².

Una prima evidenza riguarda gli interessi della personalità del singolo, che, legati ai suoi dati personali, si collocano in un discorso più vasto che coinvolge l'area dei diritti indisponibili e, quindi, la categoria dei diritti della personalità. Una seconda evidenza riguarda il perimetro di questa area, oggi dilatata a seguito della tendenza definita come “mercificazione” della privacy.

Si delinea, in questo modo, un concetto di protezione del dato provvisto di una componente aggiuntiva, quella del diritto patrimoniale, che riguarda il valore dei dati e la circolazione di essi. La concezione duale consente di attribuire al “titolare” (*rectius*: interessato) un diritto morale a rivendicare le proprie azioni e, quindi, i propri dati, nonché di esercitare il controllo esclusivo dell'utilizzazione di questi. È pertanto percorribile la similitudine con il diritto d'autore, caratterizzato da un'accezione morale (che consente di rivendicare la paternità della propria opera) e da una patrimoniale, di sfruttamento economico.

Sebbene si rinvenga un certo punto di contatto tra i due diritti³, il rapporto tra essi è stato spesso analizzato in contrapposizione⁴, con l'intensificarsi dell'elaborazione pratica di strumenti finalizzati alla protezione del diritto d'autore sulle reti telematiche, propagatrici per eccellenza dei contenuti creativi⁵.

D'altronde, il concetto di dematerializzazione, che ha condotto a una scissione tra contenuti e supporto materiale, contiene *in re ipsa*

² L.C. UBERTAZZI, *Proprietà intellettuale e privacy*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Il regolamento Agcom sul diritto d'autore, Quaderni di AIDA*, n. 25, Torino, 2014, p. 46, rileva la medesima struttura propria dei diritti esclusivi riconducibili alla categoria della proprietà intellettuale.

³ La ricostruzione è operata da L.C. UBERTAZZI L.C., *Proprietà intellettuale e privacy*, cit., pp. 46 e ss.

⁴ Per un'approfondita trattazione sul tema si rinvia a G.M. RICCIO, *Quali equilibri nel complicato rapporto tra privacy e copyright*, in O. POLLICINO, A.M. MAZZARO (a cura di), *Tutela del copyright e della privacy sul web: quid iuris?*, cit., pp. 181 e ss.

⁵ Sul tema si rinvia a G. FLORIDIA, *Internet: trappola o risorsa per la proprietà intellettuale*, in *Dir. ind.*, 2005, 2, pp. 153 ss.; F. MACARIO, *La proprietà intellettuale e la circolazione delle informazioni*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, vol. I, Padova, 1997, pp. 398 e ss.

anche una certa metamorfosi del concetto giuridico di bene. Questo, divenendo immateriale, presenta le peculiarità di un bene informatico, tipicamente dematerializzato. Ecco allora la necessità di una più pregnante tutela che possa contemperare la circolazione delle conoscenze, la tutela dei diritti di privativa e la privacy.

Il bilanciamento, però, si è spesso rivelato arduo, soprattutto quando la tutela del dato personale – utilizzata in modo strumentale – è divenuta un abile clipeo per giustificare le violazioni del diritto d'autore.

Uno scontro in parte sopito dall'intervento legislativo europeo, attraverso la tutela accordata alla proprietà intellettuale nella Carta di Nizza⁶ e da alcuni interventi giurisprudenziali in sede europea. In tale sede si è registrato uno sforzo di armonizzazione degli interessi relativi alla tutela delle opere, l'accesso a Internet e la tutela della privacy⁷. Al contempo, anche in ambito convenzionale-internazionale sono stati predisposti accordi, caratterizzati dall'inserimento di nuove opere nel novero di quelle protette (come ad esempio i software), dal rafforzamento dei diritti di esclusiva e talvolta da limitazioni dei diritti riservati agli utenti⁸.

Proprio nel solco di queste esigenze si pone la riforma europea in materia di protezione dei dati personali, la quale risponde alla necessità di rinnovare il *corpus* normativo in materia, che, risalente alla Direttiva n. 95/46/CE (oggi abrogata), si era dimostrato ormai inadatto di fronte ai nuovi fenomeni della rivoluzione digitale.

2. Interventi giurisprudenziali

Il contesto in cui si colloca la più recente disciplina appare, pertanto, avvantaggiato da un'esperienza ventennale, non solo delle Autorità di

⁶ Privacy e copyright hanno ricevuto una costituzionalizzazione nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (2000/C 364/01) proclamata a Nizza nel dicembre del 2000. Il documento ha introdotto all'art. 7 il rispetto della vita privata e della vita familiare, all'art. 8 la protezione dei dati di carattere personale e infine all'art. 17 il diritto di proprietà, ivi comprendendo anche quella intellettuale.

⁷ Direttive 2000/31/CE, 2001/29/CE, 2004/48/CE, 2009/140/CE e 2009/136/CE.

⁸ Si vedano il Copyright Treaty o il Performances and Phonograms Treaty, adottati nell'ambito della World Intellectual Property Organization (WIPO), nonché l'Anti-counterfeiting Trade Agreement. In questo senso V. DE LUCA, *Diritto d'autore e schema di Regolamento Agcom: il punto*, in *Comp. e dir. civ.*, 2011.

regolazione nazionali, ma anche del Gruppo Articolo 29 (oggi sostituito dal *European Data Protection Board*) al quale si aggiungono gli interventi giurisprudenziali, talvolta chiamati ad anticipare soluzioni in attesa di interventi normativi.

Del resto, l'evoluzione delle tecnologie digitali ha cambiato radicalmente il modo in cui opere e altro materiale protetto vengono creati, prodotti, distribuiti e sfruttati. La conseguenza è che gli utilizzi di tale materiale sono aumentati e, per i consumatori, si sono aperte nuove opportunità di accesso a contenuti protetti dal diritto d'autore⁹: dal *linking*, allo *streaming*, allo scambio *peer to peer* tra utenti di opere musicali e audiovisive. Sistemi di per sé non illegali, ma che hanno posto la questione sul pagamento dei diritti relativi, pur trattandosi di un rapporto interpersonale tra i fruitori.

La particolare esigenza di individuare strumenti efficaci per rendere effettiva, anche in Rete, la tutela del diritto d'autore, si è spesso scontrata con la contestuale necessità di garantire il diritto alla riservatezza dei fruitori delle opere d'ingegno¹⁰.

Le strategie invasive predisposte dai titolari di diritti d'autore nei confronti degli utenti accusati di violare il copyright hanno dato origine a una stagione giurisprudenziale fruttuosa, il cui *trait d'union* ha riguardato le modalità e le regole su cui fondare la tutela del diritto d'autore in Rete.

Essa si è tradotta in un percorso che ha dapprima posto l'accento sul piano tecnico, attraverso l'adozione di strumenti di protezione delle opere particolarmente complessi e articolati, e successivamente ha inteso colpire i c.d. *infringers*, fino a investire gli Internet Service Provider (c.d. ISP).

In tale scenario, le esigenze di tutela della privacy si sono affiancate alle istanze pervenute dai titolari delle opere violate, che hanno sollecitato l'elaborazione di strumenti legislativi più efficaci per combattere

⁹ L'illiceità dello scambio di opere musicali in rete è riconosciuta, secondo la dottrina prevalente, nelle previsioni degli artt. 171, 171-ter e 171-quater l. dir. autore. Cfr. C. DE SAPIA-V. RAGONESI, Sub. artt. 171, 171-bis, 171-ter e 171-quater, in C. GALLI, A.M. GAMBINO (a cura di), *Codice commentato della Proprietà Industriale e Intellettuale*, Torino, 2011, pp. 3562 e ss.; A. SIROTTI GAUDENZI, *Il nuovo diritto d'autore. La tutela della proprietà intellettuale nella società dell'informazione*, Santarcangelo di Romagna, 2012, pp. 167 e ss.

¹⁰ Si rinvia più diffusamente a A.M. GAMBINO, *Cloud, diritto d'autore e nuovi modelli di circolazione*, in AA.VV., *Studi per L.C. Ubertazzi*, Milano, 2019, pp. 347 ss.

il fenomeno, e al ruolo tendenzialmente neutrale degli ISP, effetto del recepimento della direttiva 31/2000/CE.

L'individuazione, tramite sofisticati strumenti tecnologici, dei dati tecnici degli *infringers* ha permesso di indagare più approfonditamente sul rapporto tra privacy e copyright.

Con il noto caso *Peppermint*¹¹, che ha visto l'intervento in giudizio dell'Autorità garante italiana, si è aperto sul tema un significativo ciclo giurisprudenziale, tanto in sede nazionale, quanto sul versante comunitario.

Dalla "storica" sentenza *Promusicae*¹² alla sentenza *LSG*¹³, dal celeberrimo caso *Scarlet vs. Sabam*¹⁴, fino alla discussa sentenza *Bonnier*¹⁵. Solo per citarne alcune.

Il *file sharing* tra *users* ha coinvolto la neutralità degli ISP, ai quali, ritenuti titolari del trattamento, è stato richiesto di fornire i nominativi degli *infringers*.

¹¹ Cfr. Trib. Roma, sez. feriale, ord. 18 agosto 2006; sez. IX, ord. 22 settembre 2006; sez. IX, ord. 5 aprile 2007; sez. IX, ord. 20 aprile 2007; sez. IX, ord. 26 aprile 2007. Per una disamina approfondita si rinvia a C. BLENGINO, M.A. SENOR, *Il caso «Peppermint»: il prevedibile contrasto tra protezione del diritto d'autore e tutela della privacy nelle reti peer-to-peer*, in *Dir. informazione e informatica*, 2007, 4-5, pp. 835 ss.; R. CASO, *Il conflitto tra copyright e privacy nelle reti peer to peer: in margine al caso Peppermint. Profili di diritto comparatore*, in *Diritto dell'internet*, 2007, pp. Ss. 471; M. DE CATA, *Il caso «Peppermint». Ulteriori riflessioni anche alla luce del caso «Promusicae»*, in *Riv. dir. ind.*, 2008, 4-5, pp. 404 e ss.; G. FOGLIA, *La privacy vale più del diritto d'autore: note in materia di filesbaring e di sistemi peer-to-peer*, in *Dir. ind.*, 2007, 6, pp. 585 ss.; M. GAMBINI, *Diritto d'autore e tutela dei dati personali: una difficile convivenza in Rete*, in *Giur. it.*, 2009, 2, pp. 509 ss.; F. GIOVANELLA, *Effects of Culture on Judicial Decisions. Personal Data Protection vs. Copyright Enforcement*, in R. CASO, F. GIOVANELLA (a cura di), *Balancing copyright law in the digital age. Comparative perspectives*, Berlin, Springer, 2015, pp. 65-98.

¹² Corte giust. CE, 29 gennaio 2008, caso *Promusicae c. Telefonica de Espana SAU*. Per un approfondimento si rinvia a F. PIZZETTI, *Il caso del diritto d'autore*, Torino, pp. 2013, 83 e ss.

¹³ Corte giust. CE, sez. VIII, 19 febbraio 2009, C-577/07, *LSG – Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH c. Tele2 Telecommunication GmbH*, in *Racc.*, 2009, I-227, par. 43.

¹⁴ Corte giust. UE, sez. III, 24 novembre 2011, C-70/10, *Scarlet Extended SA contro SABAM*, in *Racc.* 2011, I-11959.

¹⁵ Corte giust. UE, 19 aprile 2012, C-461/10, *Bonnier Audio AB e altri c. Perfect Communication Sweden AB*.

Il rifiuto da parte dei provider di fornire i dati personali degli utenti, identificati attraverso gli indirizzi IP ricavati dai titolari dei diritti, ha costituito un argine ai pervasivi strumenti di tutela del copyright, ma, al contempo, ha fornito una rinnovata sensibilità e aperto il dibattito sul concetto di dato personale, determinandone un significativo ampliamento.

È stata attribuita nuova importanza all'indirizzo IP, visto come moderno strumento di identificazione degli utenti che, sebbene solo indirettamente, costituisce un elemento essenziale per procedere all'associazione con la rete telefonica da cui ricavare il nominativo del soggetto¹⁶.

Del resto, anche il Garante ha sempre ribadito la contrarietà alla comunicazione degli indirizzi IP a soggetti privati titolari dei diritti d'autore, salvo il caso in cui la richiesta provenga da autorità giudiziarie o di polizia sulla base di specifiche disposizioni di legge.

La qualificazione di questi elementi come dati personali è stata segnata da un percorso interpretativo interessante – frutto di nuove elaborazioni giurisprudenziali – basato su una lettura estensiva della direttiva 95/46. Un percorso che oggi ha trovato un proprio riconoscimento rinvenibile tra le definizioni indicate dal Regolamento europeo per la protezione dei dati personali¹⁷. Il GDPR, infatti, ricomprende espressamente nella definizione di dato personale anche un identificativo online¹⁸; anche se di questo non viene fornita una nozione esplicita, la disposizione, se letta in combinato con alcuni considerando dello stesso Regolamento, sembra poter ricomprendere anche l'indirizzo IP nel raggio di tutela¹⁹.

Tirando le somme, quindi, dalla c.d. *copyright wars era* è derivato un *trend* consolidato che trova riconoscimento anche nei recenti interventi europei di riforma.

¹⁶ Corte giust. UE, sez. II, 19 ottobre 2016, C-582/14, Patrick Breyer contro Bundesrepublik Deutschland, in *Dir. Inf.*, 2016, 4-5, pp. 748 e ss. *Contra* si era espressa la High Court irlandese nel 2010, nella causa EMI Records & Ors contro Eircom Ltd, la quale aveva negato che gli indirizzi IP raccolti a fini di contrasto al copyright potessero costituire dati personali.

¹⁷ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, c.d. GDPR.

¹⁸ Cfr. art. 4, co. 1, n. 1) del GDPR.

¹⁹ A tal fine si veda in particolare il considerando 30 del GDPR.

3. Il vento di riforma europeo

I fenomeni in crescita di violazione del diritto d'autore impongono un elevato livello di enforcement al fine di salvaguardare l'industria creativa. Tuttavia, gli strumenti di repressione delle violazioni non possono porsi a scapito delle tutele fondamentali dell'individuo, né essere subordinati alle esigenze probatorie di un giudizio civile²⁰.

Ecco che, allora, l'impossibilità di delineare un confine netto tra tutela delle opere autoriali e protezione della privacy ha vivacizzato i recenti interventi legislativi europei, focalizzando il dibattito su questi temi in modo parzialmente difforme rispetto agli orientamenti giurisprudenziali richiamati.

La nuova Direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale²¹ ha inteso introdurre nuovi obblighi per i prestatori di servizi della società dell'informazione che memorizzano e forniscono pubblico accesso a grandi quantità di opere o altro materiale caricati dagli utenti. Questi soggetti sono oggi chiamati ad adottare, in collaborazione con i titolari dei diritti, misure volte a garantire il funzionamento degli accordi con essi conclusi per l'uso delle loro opere o altro materiale, ovvero dirette a impedire che talune opere o altro materiale, identificato dai titolari dei diritti mediante la collaborazione con gli stessi prestatori, siano messi a disposizione sui loro servizi. Misure, quelle imposte, che riguardano più propriamente il riconoscimento dei contenuti, ma che non sembrano allontanare quel monitoraggio o filtraggio delle attività degli utenti tanto osteggiato dalla giurisprudenza. Un orientamento che si registra non solo nella direttiva sul diritto d'autore, ma anche analizzando la modifica della direttiva sui servizi audiovisivi²². Certo le finalità sono diverse: nel primo caso si intende arginare la violazione del copyright, nel secondo caso si vuole garantire la protezione di minori verso i

²⁰ In tali casi non sembra trovare applicazione l'art. 156-*bis*, l. 633/1941, in tema di elementi di prova. Sulla non applicabilità dell'articolo indicato, si esprime anche la sentenza resa nel caso Peppermint e già richiamata.

²¹ Il testo della direttiva è stato approvato il 26 marzo 2019.

²² Direttiva (UE) 2018/1808 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 recante modifica della direttiva 2010/13/UE relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi), in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato.

contenuti dannosi. Un metodo, quello adottato dal legislatore europeo, che, tra l'altro, non appare pienamente in linea con le disposizioni della direttiva e-commerce, in cui la responsabilità dei provider è limitata alle infrazioni di cui questi abbiano effettiva conoscenza ovvero ai casi in cui, dopo esserne venuti a conoscenza, non rimuovano i contenuti lesivi o non ne disattivino l'accesso.

4. Quali prospettive?

La predisposizione di strumenti efficaci di tutela del diritto d'autore online resta uno dei temi centrali per il legislatore europeo. Lo scopo è quello di consentire un accesso semplificato ai contenuti, ma anche di circoscrivere eventuali criticità legate alla sostenibilità economica dell'intero comparto produttivo e distributivo delle opere autoriali. Tuttavia, nel modello attuale, non si può prescindere da una considerazione di fondo: l'irrilevanza dell'individuazione del singolo e della sua identità. Le piattaforme, infatti, non sono interessate al tratto strettamente personale (e quindi inviolabile), quanto alle abitudini di consumo e, più in generale, a quelle economiche del soggetto.

Tale circostanza consente, in punto di analisi giuridica, di rilevare come il sinallagma che si instaurava tra identificazione *soggettiva-comportamento-violazione* appaia ora sostituito da un diverso rapporto, quello tra *patrimonio-violazione-effetto*. Un aspetto che permette anche di intravedere un nuovo e più efficace strumento punitivo-rimediabile, immaginando azioni volte a colpire l'*infringer* sugli aspetti economici, aggredendone il patrimonio in virtù della violazione perpetrata a danno dei titolari del diritto d'autore. In tal modo, ne verrebbe salvato l'aspetto identitario e le relative conseguenze in termini di diritto alla tutela dei dati personali. D'altronde, in un'epoca in cui tutto è dematerializzato, non sembra più così utile identificare il soggetto, quanto intervenire direttamente sul suo patrimonio. Così come l'art. 1382 cod. civ. utilizza la clausola penale con funzione di determinare preventivamente l'entità del danno che si potrebbe subire in caso di inadempimento o ritardo, allo stesso modo potrebbe avvenire per la tutela del copyright, prevedendo un meccanismo automatico, qualora si dovesse verificare una violazione dei diritti di privativa. Un sistema che richiederebbe all'utente l'indicazione preventiva di un determinato mezzo di pagamento, circostan-

za ormai non più così inusuale all'interno dei servizi della Rete e che indurrebbe il soggetto a un utilizzo probabilmente più responsabile. Certo, anche i dati di pagamento consentono, al pari di un indirizzo IP, di individuare il soggetto e sono anch'essi tutelati dalla disciplina in materia di dati personali. Se però si considera che l'intento non è quello di risalire al soggetto fisico, una violazione della privacy potrebbe essere superata. Del resto, non si tratta di identificare il soggetto cui notificare la sanzione relativa al comportamento contestato, quanto di prevedere un meccanismo puramente automatico fondato ad esempio sul richiamato sistema di clausola penale. Si tratta di un'ipotesi ancora da costruire, ma che potrebbe rappresentare anche uno strumento altamente deterrente verso comportamenti illeciti.

L'Autore esamina il rapporto tra il diritto alla protezione dei dati personali e il diritto d'autore nell'ambito del contemperamento tra le esigenze, anche di riservatezza, dei fruitori dell'opera e quelle di tutela della proprietà intellettuale dei soggetti titolari dell'opera utilizzata, che alla luce della veloce diffusione in Rete dei contenuti richiede una soluzione legislativa più agile, in grado di soddisfare l'interesse patrimoniale dei secondi e quello personale dei primi.

The Author examines the relationship between privacy and copyright in the context of the balancing between the confidentiality needs of the users and protection of the intellectual property, which because of the fast spreading of contents in Web requires a more agile legislative solution that can satisfy the patrimonial interest of the authors and the personal interest of the users.