

**LO SVILUPPO DELLE TECNOLOGIE ON LINE E LE
RELATIVE PROBLEMATICHE AFFERENTI LA
CONTRAFFAZIONE. IL DIRITTO D'AUTORE
Prime tipizzazioni di fattispecie di contraffazione
e di concorrenza sleale *on line*.**

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. *Hyperlinking*; 2.1. Introduzione; 2.2. Casistica 3. Framing; 3.1. Introduzione; 3.2. Casistica; 4. *Browsing*; 4.1. Introduzione; 4.2. Casistica; 5. *Caching*.

Abstract

*La trattazione si apre con una breve introduzione sull'incidenza che le peculiarità tecnologiche di internet comportano nella tutela della proprietà intellettuale. Il punto 2 è dedicato alla problematica del *hyperlinking* e delle relative implicazioni afferenti al diritto d'autore. Lo stabilire collegamenti ipertestuali con pagine web di altri siti può implicare, se posto in essere senza le giuste cautele, forme di riproduzione non autorizzata di contenuti altrui. Il successivo punto 3 prende in esame la pratica del *framing*, procedura strettamente connessa al *hyperlinking* ma caratterizzata da un più marcato intervento di personalizzazione del soggetto che richiama, con il *framing* appunto, i contenuti di altri siti e li propone come facenti parte del proprio contenuto. In tal caso, l'estrazione di contenuti altrui, se effettuata eliminando ogni riferimento al contesto d'origine, può configurare ipotesi di usurpazione, oltreché di abusiva riproduzione. *Hyperlinking* e *framing* possono comportare anche effetti dannosi sul piano della raccolta pubblicitaria, in quanto l'estrazione selettiva di determinati contenuti consente di tagliare fuori le inserzioni pubblicitarie che ad essi affianca il titolare originario, quale fonte di reddito derivante dalla consultazione di tali contenuti.*

*Il punto 4 tratta delle possibili implicazioni giuridiche del *browsing* ovvero della "navigazione" su internet. Tale attività comporta, per poter avere luogo, una temporanea riproduzione del contenuto dei siti consultati, riproduzione che normalmente dovrebbe essere soggetta a specifica autorizzazione del titolare. Si discute quindi se l'immettere contenuti in rete comporti una licenza di riproduzione implicita per gli utenti che, per consultare tali*

contenuti, li riproducano temporaneamente sul proprio computer; oppure se l'attività di browsing debba andare soggetta al regime delle libere utilizzazioni.

Stessa problematica si ripropone infine per il caching, forma di riproduzione temporanea che la memoria cosiddetta "cache", sia del server del provider, che del computer dell'utente, pone in essere per ottimizzare e velocizzare l'accesso ai contenuti di un determinato sito richiamato. Delle riproduzioni cache si discute la natura di libera utilizzazione in quanto puramente strumentali al browsing, ma se ne evidenziano alcuni effetti negativi, primo fra tutti l'impossibilità da parte del titolare di un determinato contenuto di localizzare e controllare tutte le copie di esso circolanti e, se necessario, di poterle rimuovere. Al titolare del contenuto non basterà infatti eliminare le pagine web memorizzate sul suo server, ovvero quello di origine, perché una quantità indefinibile di copie cache di tale contenuto si troverà memorizzata su diversi server ed altrettanti computer, il cui controllo a tale soggetto è precluso.

1. Premessa

La sempre più approfondita e raffinata conoscenza, da parte degli operatori di internet, degli strumenti di navigazione in rete e di creazione di pagine e siti web consente di allargare l'orizzonte delle soluzioni editoriali e tecniche disponibili per la diffusione dei contenuti. Parallelamente, un uso improprio di tali strumenti, con la piena consapevolezza che di tali strumenti gli operatori oggi dispongono, comporta l'emergenza di problematiche di carattere legale del tutto nuove.

2. Hyperlinking

2.1. Introduzione

Come sappiamo, la caratteristica principale del linguaggio HTML (il linguaggio delle pagine web) è l'ipertesto, ovvero la possibilità di collegarsi da un punto ad un altro di un determinato contenuto "cliccando" su parole attive chiamate hotword. Si può quindi "saltare" da una pagina web ad un'altra, ma anche, quando alla hotword è collegato un indirizzo internet (URL), da un sito web ad un altro.

Il funzionamento stesso della comunicazione via internet è basato proprio sui collegamenti ipertestuali (hyperlinks): si pensi ad esempio alle inserzioni pubblicitarie (i c.d. banner) che si incontrano visitando un determinato sito, cliccando sui quali ci si collega al sito dell'inserzionista. Oppure si pensi a quei siti che, tra gli altri contenuti che offrono, mettono a disposizione dell'utente elenchi di collegamenti (links) con altri siti ove poter trovare informazioni o altro materiale connesso al settore di interesse.

L'utilizzo del hyperlinking si è via via incrementato, tanto da dare vita ai cosiddetti meta-siti, ovvero siti web il cui contenuto è essenzialmente una raccolta di collegamenti ad altri siti ⁽¹⁾. Ma se il collegamento ipertestuale è funzione organica alla natura stessa di internet, sorgono tuttavia conflitti tra il diritto di accedere liberamente alle informazioni sulla rete, da una parte, ed il ritorno economico che da esse si attendono i relativi titolari, dall'altra. I problemi principali nella prassi del hyperlinking sono di due tipi.

Il primo attiene alle violazioni di diritti di proprietà intellettuale, che occorrono nel momento in cui il contenuto tratto da un sito viene presentato nel meta-sito senza i dovuti riferimenti al legittimo titolare dei diritti, ingenerando così nell'utente la convinzione che tale contenuto provenga, in via originaria, dal meta-sito. Si verificano così fattispecie di violazione che vanno dall'usurpazione, al plagio, alla contraffazione.

Vi è poi un secondo problema: ferma restando la non violazione di marchi o di diritti di proprietà intellettuale, fino a che punto è lecito che un meta-sito tragga liberamente contenuti da un altro sito?

⁽¹⁾ Per rendersi conto di quanto questo termine sia invalso nel linguaggio della rete, può essere utile cercare con un motore di ricerca la parola "meta-sito" o, nell'accezione anglosassone "meta-site".

"Meta", prefisso che deriva dal greco, contiene i significati di "con", "oltre", "dopo", "insieme". In talune espressioni, "meta" indica il concetto di "cambiamento" (ad esempio in "metamorfosi"), in altre, significa "basilare, fondamentale, comprensivo di qualcosa di più piccolo". Nella maggior parte degli usi nell'ambito dell'information technology "meta" sta a significare "una descrizione o definizione di qualcosa di sottostante": così come un "meta-dato" è una definizione di altri dati, il "meta-linguaggio" è un linguaggio che descrive il linguaggio. Per fare un altro esempio, il linguaggio informatico dal nome Standard Generalized Markup Language ([SGML](#)) definisce le regole per descrivere la struttura logica di un documento (titoli, paragrafi, ecc...). Lo SGML è appunto considerato un meta-linguaggio, perché fornisce un linguaggio che serve a descrivere un linguaggio.

Si tratta, in altre parole, della pratica del c.d. deep linking: collegarsi ad altri siti “in profondità”, stabilendo, cioè, link verso il “nocciolo” del contenuto di tali siti richiamati, scartandone la “buccia”, rappresentata dalla sequenza di pagine (informative, pubblicitarie, ecc...) che l’utente dovrebbe percorrere prima di arrivare al contenuto in questione, se accedesse al sito richiesto attraverso la porta principale, cioè la home page.

A tal riguardo, va osservato che esistono precise esigenze perché le pagine di un sito web vengano consultate secondo l’ordine logico dato dal titolare del sito (partendo quindi dalla homepage, per passare alle directory, alle sottodirectory, ecc...), anziché essere estratte dal loro contesto, come appunto avviene attraverso l’hyperlinking da un meta-sito. Per esempio, le pagine iniziali solitamente contengono avvisi di carattere legale che dettano le condizioni per l’utilizzo dei contenuti offerti nel sito: l’utente che, attraverso un hyperlink da un altro sito, venga collegato direttamente a tali contenuti, accede ad essi senza conoscere (e quindi senza aver potuto accettare o meno) le relative condizioni di utilizzo. Ancora, le pagine iniziali quasi sempre contengono annunci pubblicitari che generano introiti per il titolare del sito; l’accesso diretto attraverso hyperlink a determinate pagine di tale sito, comporta che gli annunci pubblicitari vengano aggirati, facendo così diminuire gli accessi alle pagine che riportano i banner pubblicitari. Ne consegue che il sito richiamato, ovvero quello che fornisce il contenuto al meta-sito, subisce un danno economico dato dalla diminuzione del proprio valore commerciale (meno contatti nelle pagine inserzionate = deprezzamento degli spazi pubblicitari), mentre il meta-sito fruisce di un ingiusto vantaggio economico per i contatti raccolti grazie ai contenuti dell’altro. Si potrebbero perciò profilare, in assenza di specifiche violazioni del diritto d’autore, fattispecie di concorrenza sleale.

2.2. Casistica

- ***Shetland Times Limited vs. Jonathan Wills and Zetnews Ltd.*** ⁽²⁾.

Questo caso, meglio noto come quello riguardante le testate Shetland Times e Shetland News, si può senz’altro ritenere un caso di scuola in tema di hyperlinking. Si tratta di due testate giornalistiche scozzesi, rivali,

⁽²⁾ Gli atti di causa sono pubblicati nel sito dello Shetland Times all’URL www.shetland-times.co.uk.

entrambi accessibili anche in rete attraverso propri siti web. Nel sito di Shetland News sono presenti hotwords che consentono hyperlinks diretti con articoli pubblicati su Shetland Times. Cliccando sulle hotword (costituite dagli stessi titoli degli articoli), il lettore di Shetland News ne richiama il relativo contenuto dal sito Shetland Times senza rendersene conto, in quanto tale contenuto gli viene presentato senza gli opportuni riferimenti bibliografici e senza le dovute citazioni. L'impressione finale del lettore è quindi quella di accedere a pagine del medesimo sito web.

E' evidente in questo caso la violazione dei diritti di proprietà intellettuale, consistente nel plagio operato da Shetland News nei confronti di Shetland Times, che infatti ottiene gli opportuni provvedimenti cautelari da parte dell'autorità giudiziaria scozzese.

La controversia viene poi composta nel senso che Shetland News potrà seguitare ad effettuare hyperlinks con articoli di Shetland Times a condizione che sia resa ben evidente al lettore la provenienza di detti articoli e la titolarità da parte di Shetland Times e che a fianco di ogni articolo riprodotto sul sito Shetland News vi sia un hyperlink alle pagine iniziali del sito Shetland Times.

• ***Ticketmaster Corp. vs. Microsoft Corp.*** ⁽³⁾

Microsoft pubblica sotto il dominio "seattle.sidewalk.com" un sito web (Sidewalk) che fornisce una guida agli intrattenimenti ed ai ristoranti della città di Seattle. Tale sito contiene un hyperlink al sito Ticketmaster, specializzato in prenotazioni e vendita di biglietti per spettacoli, senza la dovuta autorizzazione del titolare di tale sito. Ticketmaster cita in giudizio Microsoft per violazione del marchio e per concorrenza sleale, sostenendo che Microsoft utilizza il marchio ed il logo Ticketmaster per contrassegnare il proprio hyperlink al sito medesimo, senza autorizzazione. Il link in questione conduce il visitatore del sito Sidewalk direttamente alle pagine web del sito Ticketmaster che contengono le informazioni specifiche riguardanti gli spettacoli di Seattle, evitando di far consultare la homepage del sito Ticketmaster, così come invece avverrebbe nella usuale "navigazione" attraverso il browser. Ticketmaster afferma che Microsoft si rende in questo modo responsabile di "pirateria elettronica" servendosi di un hyperlink che

⁽³⁾ No. 2:97-CV-03055, C.D. Cal., 12/4/1997

consente alla stessa di arricchire il contenuto del proprio sito Sidewalk e, di conseguenza, di incrementare il valore degli spazi pubblicitari sullo stesso disponibili, a spese e discapito di Ticketmaster. Microsoft si giustifica sostenendo di aver dovuto utilizzare il marchio Ticketmaster proprio per rendere al massimo chiaro al visitatore di Sidewalk che il link viene effettuato nei confronti di tale soggetto terzo, evitando confusioni e rischi di contraffazione. Quanto alla liceità del link, Microsoft sostiene che il hyperlinking è lecito in quanto naturale conseguenza della natura stessa e del funzionamento di internet, basato appunto sul collegamento ipertestuale. Inoltre, Microsoft rileva che Ticketmaster avrebbe potuto prendere provvedimenti tecnici per impedire l'accesso al proprio sito da parte del hyperlink di Sidewalk, ma non lo ha fatto ⁽⁴⁾. La controversia è tuttora aperta.

3. Framing

3.1. Introduzione

Il framing ⁽⁵⁾ consiste nell'inserire nel contesto dell'interfaccia grafica di un sito il contenuto richiamato da altri siti tramite link, con l'effetto di ingenerare nell'utente confusione in merito alla fonte di tale contenuto. Il framing si aggiunge quindi al hyperlinking ed attiene in particolare alle modalità con cui il contenuto richiamato attraverso il link viene presentato: attraverso questo processo, il contenuto richiamato viene "incorniciato" all'interno di una pagina web del sito richiamante, pagina che, oltre ad essere in tutto riferibile al sito richiamante, ne riporta nella riga dell'indirizzo internet il nome di dominio. Il risultato è quello di eliminare ogni possibile riferimento al sito dal quale l'informazione viene estratta e presentare quindi il sito richiamante come il titolare effettivo di tale contenuto.

Si può ritenere che simili fattispecie configurano ipotesi di plagio. Le modalità con cui il framing viene attuato non lasciano infatti molti dubbi sulla volontarietà di appropriarsi del contenuto, usurpandone la paternità; a

⁽⁴⁾ per ulteriori approfondimenti degli atti di causa si veda presso il sito del Bureau of National Affairs, Inc, l'URL: www.bna.com/e-law/docs/ticket.html

⁽⁵⁾ Definizione utilizzata negli atti di causa relativi alla controversia esaminata oltre (v. nota 7).

differenza del semplice hyperlinking, non vi è infatti la scusante data dalla inevitabilità di operare link tra siti in un mezzo come internet – che appunto trova nell'ipertestualità la propria caratteristica strutturale fondamentale -, né la possibilità di affermare la propria buona fede evidenziando chiaramente la provenienza del contenuto richiamato con il link. In questo caso, al contrario, l'obiettivo è propriamente quello isolare il contenuto dal suo contesto originario, per renderlo non più riconducibile al legittimo titolare.

Il framing può avere effetti dannosi anche rispetto alle inserzioni pubblicitarie. Infatti, se il hyperlink con una determinata pagina web fa sì che tale pagina sia comunque visibile per intero, ivi inclusi anche gli eventuali banner pubblicitari, con il framing è possibile tagliare fuori dall'area del contenuto estratto che viene resa visibile tutti questi elementi, non funzionali alla fruizione del contenuto stesso, ma fonte di introiti economici per il sito titolare di tale contenuto.

3.2. Casistica

- **Washington Post vs. Total News Inc.** ⁽⁶⁾

Diverse agenzie e testate giornalistiche citano in giudizio un meta-sito, Total News, che contiene hyperlinks collegati ad articoli pubblicati sui loro siti web, per utilizzo abusivo di marchio e per violazione dei diritti di riproduzione ⁽⁷⁾. La doglianza riguarda le modalità con cui Total News effettua tali link ai siti delle parti attrici. Attraverso il hyperlink tradizionale ci si collega a pagine web di un altro sito che riportano il nome di dominio di quest'ultimo nell'apposito spazio posto nella parte superiore della finestra del browser. Pertanto, anche qualora il link non sia autorizzato, il sito cui ci si collega è identificabile dal nome di dominio che appare nello spazio in cui compare l'indirizzo web. Per ovviare a questo "inconveniente" ed eliminare ogni possibile riferimento al legittimo titolare del contenuto estratto, Total News ricorre al framing: anziché indirizzare l'utente direttamente alle pagine web contenenti gli articoli di interesse, il contenuto richiamato dal sito terzo viene presentato all'interno di un riquadro del medesimo sito Total News,

⁽⁶⁾ No: 97-1190, S.D.N.Y., 20/2/1997

⁽⁷⁾ L'atto introduttivo può essere consultato presso il sito del *New York Law Journal* all'URL <http://www.ljx.com/internet/complain.html>

con risultato che, leggendo la riga dell'indirizzo web, appare il nome di dominio "totalnews.com" e viene ancor più rafforzato il convincimento del visitatore secondo cui Total News è il titolare effettivo del contenuto che gli appare davanti. La controversia è stata risolta nel senso di consentire a Total News di effettuare hyperlinks "tradizionali" collegati alle pagine integre dei siti di destinazione, senza possibilità di framing e con tutti i dovuti riferimenti e le necessarie citazioni ⁽⁸⁾.

4. Browsing

4.1. Introduzione

La consultazione di internet avviene, com'è noto, attraverso un software chiamato browser. La parola browser deriva dal verbo "to browse" che letteralmente significa "brucare", ma che in senso figurativo identifica l'azione di colui che scorre le pagine di un libro, leggendone a spizzico il contenuto. Questa immagine è tipica di chi curiosa fra gli scaffali di un negozio di libri o di una biblioteca, estrae i volumi che di volta in volta destano interesse e ne sfoglia le pagine, dandovi una rapida occhiata ⁽⁹⁾.

La consultazione di un libro all'interno di una libreria, al fine di "assaggiarne" il contenuto, non è soggetta al pagamento di diritti, i quali vengono invece pagati (sottoforma del prezzo del volume) solo allorché si decide di acquistare una copia del libro, e cioè quando si acquisisce una riproduzione dell'opera.

L'immagine della libreria peraltro ben descrive ciò che avviene quando si "naviga" tra le pagine web: la consultazione avviene in modo superficiale e frammentario, con continui collegamenti da un sito ad un altro, saltando di pagina in pagina. Inoltre, per la semplice consultazione delle pagine web, l'utente non ha bisogno, né intenzione, di effettuarne riproduzione né distribuzione.

⁽⁸⁾ La transazione può essere consultata presso: www.bna.com/e-law/cases/totalset.html

⁽⁹⁾ Metafora ormai di pubblico dominio, attraverso la quale si pone il medesimo problema anche M.RICOLFI, *Internet e le libere utilizzazioni*, in AIDA vol.V - 1996, Giuffrè, Milano, 1997, pag.126.

Allo stesso modo, per analogia, è logico che la pura consultazione di pagine web pure non sia soggetta al pagamento di diritti, né rientrare tra le attività riservate al titolare dei diritti di proprietà intellettuale. Contrariamente, si potrebbe facilmente immaginare quanto problematica sarebbe la stessa sopravvivenza di internet come medium di comunicazione.

Vi è però un problema di carattere giuridico, che nasce da una caratteristica tecnica tipica dei supporti informatici e digitali. Diversamente dal supporto cartaceo ed altri media tradizionali, per poter leggere un contenuto formalizzato su di un supporto digitale è necessaria una riproduzione, seppur temporanea, di tale contenuto nella memoria del computer. Inoltre, per poter accedere al contenuto via internet, è necessaria una trasmissione – ovvero quindi una forma di distribuzione – del contenuto stesso dal server dell'access provider al computer dell'utente. Ancora, il displaying, cioè l'apparizione a video del contenuto, integra un'ulteriore forma di riproduzione.

Ma se è vero che nel consultare pagine web avvengono sia riproduzione che trasmissione del contenuto delle stesse, è vero anche che dette attività sono esclusivamente strumentali (per consentire il semplice browsing del contenuto), temporanee (durano il tempo necessario al browsing) ed effimere (la memorizzazione avviene sulla RAM del computer, quindi in forma provvisoria e non definitiva: se si spegne il computer, detta memorizzazione viene cancellata). Poiché la soluzione pratica che i titolari di diritti di proprietà intellettuale danno al problema è quella di consentire dette attività per rendere possibile browsing, una veste giuridica che possa giustificare tale soluzione pare essere quella della "implied license", licenza implicita ⁽¹⁰⁾: ovvero, chi mette a disposizione degli utenti della rete le proprie pagine web autorizza implicitamente ed automaticamente tutte quelle forme di utilizzazione del contenuto necessarie a consentire l'attività di browsing ⁽¹¹⁾.

⁽¹⁰⁾ Sul fatto che la riproduzione connessa al browsing non sia libera in sé stessa, ma tragga la sua liceità da comportamenti negoziali delle parti è del medesimo avviso M.RICOLFI, in *Internet e le libere utilizzazioni*, in AIDA vol.V - 1996, Giuffrè, Milano, 1997, pag.127.

⁽¹¹⁾ In tal senso la dottrina americana è pressoché unanime. Tra gli altri, L.ROSE, *Netlaw, your right in the online world*, Osborne- McGrawHill, Berkeley, 1995, pag.86, e D.JOHNSTON, S.HANDA, C.MORGAN, *Cyber Law*, Stoddart, Toronto, 1997, pag. 153 e ss.

La proposta di Direttiva del Parlamento e del Consiglio, adottata dalla Commissione UE “sull’armonizzazione di taluni aspetti del diritto d’autore e dei diritti connessi nella società dell’informazione” ⁽¹²⁾, del dicembre 1997 offre, nel considerando 23, un’altra possibile soluzione del problema: relativamente alla fattispecie del semplice browsing, si prevede un’eccezione al principio per cui la copia temporanea integra una riproduzione soggetta ad autorizzazione dell’autore, in linea di massima riconducendo dette attività riproduttive, strumentali al browsing, al regime eccezionale delle c.d. libere utilizzazioni, ai sensi degli art.65 e segg. legge 633/1941 sul diritto d’autore, e in particolare all’uso personale ex art. 68 della citata legge – unica fattispecie che, con riguardo all’attuale formulazione della citata normativa, pare fornire una giustificazione giuridica del browsing -.

E’ però evidente che per potersi giustificare alla stregua delle libere utilizzazioni, il browsing deve rispettare determinati limiti. Le attività riproduttive connesse al browsing devono rimanere esclusivamente strumentali ad esso; la riproduzione deve, cioè, come si è detto sopra, avere vita fintantoché l’operazione di browsing lo richieda e non fissarsi su di un supporto durevole. Inoltre l’utente dovrà utilizzare la riproduzione effettuata solo ai medesimi fini di consultazione previsti dal browsing (consultazione che potrà anche essere differita nel tempo, come nel caso di chi scarichi dal server le pagine di un sito, si disconnetta dalla rete e consulti tali pagine in un secondo momento) e non dovrà viceversa farne usi diversi ed ulteriori, in particolar modo se tali usi ulteriori abbiano carattere economico ⁽¹³⁾.

4.2. Casistica

- ***Religious Tech. Ctr. v. Netcom On-line Communication*** ⁽¹⁴⁾

Si tratta di un’azione intentata nei confronti dell’operatore di un bulletin board service (BBS) e del relativo access provider per abuso dei diritti di riproduzione e di diffusione relativamente a scritti, tutelati dal diritto d’autore, di proprietà della nota organizzazione a scopo religioso Scientology.

⁽¹²⁾ Documento del 10/12/1997, rif. COM(97) 628 def. – 97/0359(COD).

⁽¹³⁾ Cfr. D.JOHNSTON, S.HANDA, C.MORGAN, *Cyber Law*, Stoddart, Toronto, 1997, pagg.156-157.

⁽¹⁴⁾ 907 F. Supp. 1361, N.D. Cal. 1995

Rimandando al punto successivo ulteriori approfondimenti di questo caso, vale la pena ricordare, riguardo al browsing, la seguente considerazione espressa dall'autorità giudicante: "Al di fuori di un utilizzo a fini commerciali o teso a privare un altrui legittimo profitto, l'attività di browsing rientra probabilmente nel fair use ⁽¹⁵⁾; sarebbe infatti difficilmente prospettabile un mercato di licenze temporanee per tutte le opere digitali che vengono riprodotte sul monitor del computer per consentire l'attività di browsing. A meno che non abbia implicazioni di carattere economico – quale, ad esempio, potrebbe essere il caso di chi legge gratuitamente un'intera opera on line, anziché acquistarne copia dal titolare dei diritti -, il browsing è da considerarsi fair use" ⁽¹⁶⁾.

Questo concetto è determinante: il browsing costituisce fair use allorché non contrasti con il requisito della non concorrenza ⁽¹⁷⁾. Se quindi il browsing viene utilizzato per fruire integralmente di un'opera, con l'effetto di privare il legittimo titolare degli introiti che deriverebbero dall'acquisto di una licenza della stessa, viene meno l'esimente della libera utilizzazione.

E' evidente che il titolare di un contenuto tutelato che renda questo accessibile gratuitamente attraverso proprie pagine web si limiterà a rendere accessibile solo una parte di tale contenuto – salvo che non intenda permetterne un uso gratuito – ovvero in ogni caso manifesterà di esserne il titolare e ne acconsentirà l'uso secondo determinate condizioni. L'utente sarà quindi nel pieno diritto di consultare quel contenuto, nei limiti fissati dal relativo titolare, con l'esimente della libera utilizzazione.

Viceversa, l'utente potrebbe imbattersi in pagine web che contengono il medesimo contenuto - magari per intero -, ma che risultino

⁽¹⁵⁾ Concetto astrattamente assimilabile alle libere utilizzazioni previste dagli art. 68 e ss. della legge 633/1941 sul diritto d'autore. La norma riguardante il fair use è la sezione 107, capitolo 1, del titolo 17 (Copyrights) dello United States Code. Tale norma prevede, con riferimento alla fattispecie in questione, che nel determinare se l'uso di un'opera tutelata dal copyright rientra nel fair use, bisogna tener conto dei seguenti fattori: 1) lo scopo dell'uso, e in particolare se tale uso ha finalità economiche o non profit; 2) la natura dell'opera; 3) l'entità della porzione di opera utilizzata; 4) l'eventuale influenza che l'uso in questione può causare sul valore che l'opera ha sul mercato.

⁽¹⁶⁾ Cfr. il testo della decisione in parola, disponibile presso il sito della New York Law School all'URL: <http://www.cmcnyls.edu/PUBLIC/USCases/NetCom.HTM>

⁽¹⁷⁾ Elemento peraltro essenziale, per potersi parlare di libera utilizzazione, ai sensi dell'art. 68 della legge 633/41 sul diritto d'autore.

chiaramente essere riconducibili a soggetto diverso dal titolare dei diritti di tale contenuto e sia evidente che la riproduzione effettuata da parte di quest'ultimo non è autorizzata dal legittimo titolare; in tale situazione, qualora l'utente, pur consapevole di ciò, decida di utilizzare gratuitamente tale contenuto così propositogli, probabilmente non potrà giustificare il proprio operato invocando la natura di libera utilizzazione del browsing, in quanto è a conoscenza del fatto di fruire gratuitamente di un'opera tutelata contro la volontà del legittimo titolare e pertanto non potrà invocare la propria buona fede e, pertanto, il browsing effettuato in tale contesto non può rientrare nel fair use, secondo il principio delle "unclean hands" ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁸⁾ Con tale espressione si indica un principio, proprio di dottrina e giurisprudenza statunitense, secondo il quale un comportamento illecito della parte che agisce in giudizio per la tutela di un proprio diritto, posto in essere a danno del convenuto e rispetto al medesimo diritto oggetto di pretesa, può incidere sulla stessa fondatezza dei rimedi chiesti dall'attore in giudizio (*Shondel v. McDermott*, C.A.Ind., 775 F.2d 859, 868). Chi agisce ha quindi le "mani sporche" e non ha diritto al rimedio richiesto in giudizio. In altre parole, colui che abbia defraudato l'avversario rispetto alla medesima questione dedotta in giudizio non potrà pretendere che l'autorità giudicante dia rilievo ai diritti dallo stesso affermati. Secondo tale principio, il giudice può non tenere conto delle pretese, seppur in sé fondate, della parte che si sia resa responsabile di una condotta scorretta, falsa o ingannevole, sol quando tale condotta sia riferibile alla stessa questione oggetto di controversia (*Goben v. Barry*, 234 Kan. 721, 676, P.2d 90, 97). V. *Black's Law Dictionary*, USA, 1990.

5. Caching

Nella maggior parte dei browser vi è una funzione che memorizza una copia delle pagine web che vengono man mano consultate, costruendo una cronistoria delle pagine più recentemente visitate. Ciò consente all'utente di ritornare rapidamente a pagine o a siti precedentemente consultati, premendo sul pulsante "back" del menu del browser ovvero selezionando una determinata pagina dalla cartella (solitamente) denominata "cronologia" oppure "history". Grazie al caching si ottimizza l'accesso riducendo la congestione della rete e si compensano così le lentezze date dall'attuale limitatezza della banda di trasmissione.

In particolare, la riproduzione delle pagine web consultate viene immagazzinata in una parte della memoria - detta memoria "cache" - sia del computer dell'utente che del server del provider ⁽¹⁹⁾. Le copie immagazzinate nella memoria cache (che per brevità chiameremo "copie cache") sono solitamente temporanee, con una vita che può variare da pochi secondi a qualche settimana, sebbene possano - tecnicamente - durare anche più a lungo.

Il caching comporta a tutti gli effetti una riproduzione e, come tale, dovrebbe rientrare nei diritti esclusivi del titolare dei diritti di proprietà intellettuale. E' tuttavia evidente la difficoltà di applicare un simile regime ad un'attività - così come il browsing - funzionale al metabolismo di internet. La sopracitata proposta di Direttiva propone di introdurre un'eccezione al diritto esclusivo dell'autore per quanto riguarda il caching, rientrante in una fattispecie di libera utilizzazione in quanto operazione puramente strumentale ⁽²⁰⁾.

Tuttavia le copie cache possono integrare una violazione del diritto di riproduzione esistente in capo a ciascun titolare delle pagine visitate, così come una violazione del diritto di diffusione e/o di distribuzione, qualora evidentemente il loro utilizzo oltrepassi la semplice natura strumentale. Sarà quindi il caso in cui le copie cache vengano memorizzate sul hard disk, laddove tale operazione configurerà una riproduzione soggetta

⁽¹⁹⁾ Si parla nel primo caso di client caching, nel secondo di proxy caching.

⁽²⁰⁾ 23° considerando.

all'autorizzazione del titolare (salvo l'uso personale), oppure il caso in cui dette copie vengano ulteriormente ritrasmesse.

Benché sia una procedura che comporta notevoli vantaggi a livello tecnologico, il caching può tradursi in una minaccia per il titolare dei diritti di proprietà intellettuale di opere in rete.

In primo luogo, il caching impedisce un controllo fedele sull'accesso al contenuto tutelato: infatti, il titolare di tale contenuto potrà avere visibilità solo sugli accessi alle pagine effettuati direttamente sul proprio server, mentre non potrà intervenire su quel "sommerso" di accessi che vengono effettuati alle copie memorizzate localmente.

Secondariamente, il titolare del contenuto non potrà aver il controllo degli aggiornamenti circolanti: copie cache di versioni superate del sito o di singole pagine web che per vari motivi vadano eliminate, non possono essere rimosse. A ciò consegue che, per esempio, il titolare al quale sia stato ingiunto dalle pubbliche autorità di rimuovere un contenuto ritenuto diffamatorio, non potrà eseguire completamente tale ingiunzione per via delle copie cache eventualmente esistenti e potrà quindi rimanere passibile di ulteriore responsabilità per le copie del contenuto diffamatorio ancora circolanti.

Ancora, il caching toglie attendibilità ai sistemi di conteggio degli accessi (ad es. i contatori di utenti) al server del titolare del contenuto, per via degli accessi "paralleli" su copie cache, dei quali, come sopra detto, il titolare non può avere riscontro. Il conteggio degli accessi è determinante per stabilire, attraverso il numero di "contatti" registrati, il valore commerciale dei banner pubblicitari del sito, che spesso costituiscono la principale fonte di reddito per il titolare del sito stesso.

Infine, il caching impedisce la trasmissione di messaggi intermittenti o variabili, come ad esempio gli annunci pubblicitari che di volta in volta appaiono nei banner, seguendo precisi criteri di rotazione ⁽²¹⁾. La copia cache riproduce infatti una "fotografia" della pagina web quale essa si presentava al momento della memorizzazione e non interagisce più con il server d'origine, cosicché i dati che in tale pagina sarebbero soggetti a continua modifica non possono aggiornarsi.

(21) Per una esaustiva trattazione del tema, si veda LSANGER, *Caching on the Internet*, <http://seamless.com/eric/cache.html>.

Naturalmente, così come per il browsing, le riproduzioni cache, per potersi ritenere lecite e non in violazione delle norme sul copyright, debbono avere una finalità specifica ed una vita limitata. Il recente Digital Millennium Copyright Act, emanato dal Congresso degli Stati Uniti nell'ottobre del 1998, tratta specificamente la questione del caching; in particolare, il caching non integra violazione di copyright e quindi alcuna responsabilità per il provider – o comunque per il soggetto che, in via intermedia, memorizzi il contenuto proveniente da un server per ritrasmetterlo ad altro server - purché soddisfi determinate condizioni, tra le quali si ricorda: il fatto che il contenuto rimanga inalterato durante la memorizzazione transitoria; il fatto che il provider si conformi alle disposizioni riguardanti l'aggiornamento o la rimozione di tale contenuto dettate dal soggetto che immette tale contenuto in rete dall'origine; nel caso di contenuti accessibili mediante password o a pagamento, il fatto che il provider si conformi alle regole dettate dal titolare di tali contenuti e non consenta accessi alternativi che consentano di aggirare tali password; il fatto che il provider prontamente si attivi nel rimuovere contenuti che risultino essere stati immessi in rete senza l'autorizzazione del titolare dei relativi diritti ⁽²²⁾.

Mario F. Dotti

⁽²²⁾ Digital Millennium Copyright Act, title II, sec. 202, §512, lett. b).