

VII Commissione

(Istruzione pubblica, beni culturali, ricerca scientifica, spettacolo e sport)

VIII Commissione

(Lavori pubblici, comunicazioni)

Uffici di Presidenza riuniti integrati dai rappresentanti dei Gruppi parlamentari

Senato della Repubblica

Audizione del Presidente Corrado Calabrò

**“sulle recenti problematiche emerse nel settore internet in materia di diritti
d'autore”**

21 luglio 2011- ore 8.30

Onorevoli Presidenti, Onorevoli Senatori,

l'audizione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, da parte degli Uffici di presidenza di codeste Commissioni riunite cade in un momento di assoluta attualità.

Abbiamo infatti approvato il giorno 6 di questo mese un nuovo schema di regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica (delibera n. 398/11/CONS), che abbiamo messo di nuovo in consultazione pubblica.

Ma il più appropriato ed elevato confronto è certamente quello col Parlamento, che ha competenza legislativa in materia. D'altra parte, è proprio in esecuzione del mandato assegnatoci dalla legge che l'Autorità si è mossa su questo sul terreno del diritto d'autore.

L'occasione odierna è quindi quanto mai opportuna anche per una pacata riflessione su temi più ampi di quelli disciplinati dal nostro schema di regolamento.

Un sistema di diritto d'autore appropriato all'era digitale: questo è il punto di arrivo cui tendono, interrogandosi, le Istituzioni di tutto il mondo. Stentando però ancora a trovare soluzioni che siano al tempo stesso efficaci, giuridicamente sostenibili e costituzionalmente corrette. In effetti, la questione è talmente sfaccettata e centripeta che comunque la si affronti si ha sempre la sensazione di un'insoddisfacente aderenza alle variabili in gioco.

E' un problema multiforme, che assume sempre più una valenza sovranazionale – come vado dicendo da anni, proponendo un intervento di quadro dell'ONU¹ – e che solo da poco, grazie anche all'iniziativa dell'e-g8 promossa dal presidente francese Sarkozy, ha iniziato a venire allo scoperto in questa proiezione. Riscrivere le regole della rete coniugando libertà e diritti economici è una sfida ardua, perché la ricerca di un ordine giuridico globale in cui collocare internet, al di là degli ordinamenti dei singoli Stati, è uno dei temi più complessi della cosiddetta globalizzazione giuridica².

La dimensione mondiale del fenomeno si confronta infatti con un diritto ancora figlio degli ordinamenti dei singoli Stati; la tutela del *copyright* va coniugata con la libertà di espressione e d'informazione; l'affermazione di principi di legalità e di contrasto alle violazioni si deve integrare con l'incentivo all'innovazione, alla qualità; qualsiasi

¹ Tesi che ho sostenuto anche di fronte alle medesime Commissioni cui riferisco oggi, il 28 gennaio 2010, in occasione dell'audizione sullo "Schema di decreto legislativo recante attuazione della direttiva 2007/65/CE dell'11 dicembre 2007, che modifica la direttiva 89/552/CEE relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive".

² Cfr, *ex multis*, S. Cassese, *Il Diritto Globale* (2009).

discriminazione nella fruizione di contenuti non deve minare la neutralità della rete; la remunerazione dei servizi di informazione non può presupporre il ritorno degli investimenti nelle reti che abilitano i servizi. E sullo sfondo c'è un'inarrestabile evoluzione tecnologica che cambia continuamente le categorie e i valori in gioco.

Ma il quadro giuridico ha visto un significativo aggiornamento con l'emanazione delle direttive europee, in particolare della direttiva 2000/31/CE, recepita con decreto legislativo n. 70/2003.

In questo contesto europeo gli Stati non possono più esimersi dall'affrontare il tema.

Come ho sottolineato nell'ultima Relazione dell'Autorità in Parlamento, il diritto alla libera circolazione del pensiero nelle nuove forme della tecnologia è indubbiamente un principio fondamentale per la società d'oggi, ma esso non può e non deve strangolare i diritti patrimoniali sulle opere dell'ingegno.

Internet è un'autostrada, non è il pilota dell'automobile. Non è ontologicamente orientato: di per sé non è né il bene né il male. La rete è un "bene comune" che va salvaguardato e regolato per coglierne i benefici e arginarne le esternalità negative. Non sono dell'avviso che internet crei "nuovi" diritti, né tantomeno che imponga di discriminare tra diritti di serie a e di serie b. La rete eleva i diritti fondamentali della persona e dell'impresa ad un livello di maggiore potenzialità e complessità. A tutti gli *stakeholder* spetta contribuire alla difficile ricerca di un percorso equilibrato di convivenza che consenta il raggiungimento di un equilibrio sostenibile a livello di sistema. Affinché l'industria creativa abbia ancora incentivo ad investire e affinché tutti i consumatori possano goderne i prodotti con la più ampia libertà di fruizione e al costo più basso possibile.

È un fatto, non un'opinione, che le possibilità di utilizzazione dei nuovi strumenti digitali insidiano, grazie alla semplicità di produzione e consumo di un file "piratato", il diritto alla remunerazione dei creatori e dei fornitori di contenuti, ivi inclusi i giornali³.

³ Alcuni dati. L'ultima rilevazione commissionata dalla FAPAV (Federazione anti pirateria audiovisiva) ha evidenziato che il 37% del campione ha fruito nel 2010 di copie pirata - digitali e non - di contenuti audiovisivi (+5% rispetto al 2009). I dati della FPM (Federazione contro la pirateria musicale) evidenziano invece come il 23% degli utilizzatori della rete scarichi musica illegalmente, mentre l'Italia è in ritardo rispetto all'UE sulla fruizione dell'offerta digitale legale -tra le cause: l'arretratezza informatica del complesso della popolazione, il costo più elevato dei supporti in Italia (CD, DVD, Blu-ray); la limitata diffusione di forme di pagamento elettronico-. Complessivamente il fenomeno della pirateria digitale rappresenta il 27% del mercato italiano contro la media EU del 23%, con conseguenze sulla creazione di valore, sull'occupazione e sugli incentivi ad investire. Qualcuno rileverà che sono dati di parte. Ma al di là del dato puntuale, l'ordine di grandezza è indubbiamente considerevole.

Non sorprende quindi che alla base dell'Agenda digitale del commissario Kroes, tra le azioni prioritarie per la creazione di un mercato unico digitale, vi sia la protezione del diritto d'autore *on line* (azione n.6), completata da altre azioni volte a promuovere un mercato legale per la distribuzione di contenuti digitali (azioni n.1, 4 e 5). Iniziative cui si aggiungono le attività della DG mercato interno del Commissario Barnier, che ha messo in cantiere un libro bianco sull'argomento entro il 2012.

Il ruolo dell'AGCOM, quale organo istituzionalmente deputato alla vigilanza e alla tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica, è stato via via rafforzato da successive attribuzioni della legge, in particolare, come ho detto, in recepimento di direttive europee⁴.

Tuttavia, pur poggiando –come dirò– su alcuni saldi fondamenti giuridici, ci stiamo muovendo con cautela, seguendo un approccio puntuale, proporzionato e trasparente, nella consapevolezza che si tratta non solo di un inseguimento per codificare una trasformazione repentina, complessa e mutante, ma anche che le soluzioni di volta in volta trovate non potranno rappresentare un ottimo assoluto, ma solo un ragionevole equilibrio tra istanze diverse, anche di natura opposta, continuamente messe in discussione⁵.

Proprio questo orientamento di principio mi aveva indotto a valutare – anche in questa sede - come eccessivamente rigide e preclusive le norme contenute nella prima versione del decreto Romani che faceva obbligo ai fornitori di servizi di media audiovisivi di astenersi dal trasmettere, su qualsiasi piattaforma, programmi oggetto di diritti di proprietà intellettuale di terzi senza il consenso dei titolari, e demandava all'AGCOM l'adozione delle disposizioni regolamentari necessarie per renderne effettiva l'osservanza.

L'Autorità non ha la benché minima propensione a diventare lo sceriffo di internet, come qualcuno ha paventato; né questo sarebbe semplicemente possibile. L'AGCOM intende al contrario utilizzare tutto il suo *expertise* nel tentativo di affrontare innovativamente in maniera organica ed efficace il tema del diritto d'autore sulle reti di

⁴ Cfr. art.182-bis della legge n.633/41 (introdotto dalla Ln.248/2000) che attribuisce all'AGCOM poteri di vigilanza in materia di diritto d'autore; d.lgs. n.70/2003 (di recepimento direttive sul commercio elettronico) che prevede che l'AGCOM possa esigere – al pari di quella giudiziaria – che il prestatore di servizi impedisca o ponga fine alle violazioni commesse; art.32-bis del d.lgs.n.44/2010 (decreto Romani) che prevede che l'Autorità emani le disposizioni regolamentari necessarie per rendere effettiva per la tutela dei diritti d'autore e di proprietà intellettuale per i servizi di media audiovisivi.

⁵ Non paia un'ammissione di debolezza o di eccessivo relativismo e men che mai di rinuncia. E' l'onesto riconoscimento del compito estremamente impegnativo che il regolatore deve affrontare: adeguare costantemente il sistema delle regole a una realtà in vertiginosa evoluzione. Commisurare continuamente le decisioni assunte agli effetti prodotti sulle situazioni in divenire. Altrimenti le regole diventano un letto di Procuste che coarta, deforma, mutila l'innovazione.

comunicazione elettronica. Nel muoverci su questo terreno, ancora solo pionieristicamente esplorato, l'ago magnetico che ha orientato il nostro progetto d'azione è stato il bilanciamento tra una rete libera e aperta e la protezione della proprietà intellettuale⁶.

Lo schema di regolamento approvato lo scorso 6 luglio è stato aperto a una nuova consultazione per 60 giorni, sottoponendolo, così, a un processo valutativo approfondito, articolato e realmente aperto a tutti i contributi e a tutte le voci della società civile, del mondo *web* e di quello produttivo, della cultura e del lavoro, che ben riflette la delicatezza e l'importanza del tema.

Malgrado ciò, l'adozione di tale schema è stata preceduta da una vigilia carica come non mai di tensione, cui la rete ha dato voce amplificandola in un fiume di commenti, cinguettii, grida di allarme, iniziative. Più megafono che piattaforma di discussione, se vogliamo essere obiettivi.

Lo schema elaborato dall'AGCOM sta riscuotendo all'estero vastissimi consensi e viene tenuto a raffronto, come un possibile modello, nei progetti all'esame in vari Stati europei (in particolare Francia, Olanda, Gran Bretagna), presso la Commissione europea e negli Stati Uniti.

Un'ultima considerazione prima di passare alla descrizione succinta del regolamento.

L'Italia ha due primati negativi: agli ultimi posti del *ranking* dei Paesi europei sul fronte dell'accesso ad internet⁷, e ai primi posti a livello mondiale per la pirateria⁸. Sono dati che fanno riflettere.

La descrizione del regolamento

Come dicevo, la soluzione proposta dall'Agcom rappresenta una soluzione mediana tra la libertà della rete e il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale che, attraverso la rete, vengono utilizzati. Da un lato sono state scartate logiche invasive del tipo di quelle adottate in Francia con la legge Hadopi 2 che - rivolgendosi all'utente finale e alle applicazioni *peer-to-peer*- si stanno rivelando al tempo stesso intrusive e poco efficaci; dall'altro rifiutiamo di

⁶ Le nostre riflessioni sono partite dall'indagine conoscitiva pubblicata nel 2010 per proseguire con la susseguente consultazione pubblica sui lineamenti di provvedimento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica (delibera n.668/10/CONS), per giungere, da ultimo, allo schema di regolamento approvato lo scorso 6 luglio (delibera n.398/11/CONS).

⁷ Seguita solo da Spagna, Portogallo, Grecia, Romania e Bulgaria.

⁸ L'Italia è stata inserita dal Governo degli Stati Uniti nella *watch list* dei Paesi dove maggiore è l'incidenza della pirateria informatica e audiovisiva. Una revisione della lista è prevista per il prossimo ottobre.

accettare il principio che internet sia una sorta di “zona franca” , dove i contenuti possono essere impunemente saccheggianti.

Riteniamo, con il testo posto a consultazione il 6 luglio, di aver fugato molte ombre, a volte ingigantite da incubi generati dal sonno della ragione; incubi che non avevano alcuna o poca attinenza col nostro testo. E' vero, il compito che la legge ci assegna è certamente difficile e delicato, ma non più di quello attribuitoci in altre materia sensibili che toccano diritti di libertà, come ad esempio, il compito in materia di *par condicio*: un campo nel quale l'Autorità è riuscita ad adottare decisioni equilibrate e ben ponderate che hanno garantito il pluralismo reggendo al vaglio giurisdizionale. Per non parlare del bilanciamento tra diritto di cronaca e diritti sportivi in esclusiva , competenza che la legge ci assegna, in base al decreto “Melandri”⁹, in un campo nel quale ci viene riconosciuto da più parti di aver bene operato riducendo la conflittualità che prima caratterizzava questo settore, sottoposto a soli accordi volontari tra la Lega Calcio e le emittenti radiotelevisive.

Un intervento per la tutela di diritti di proprietà intellettuale non può avere un contenuto esclusivamente repressivo, ma deve contenere anche una fase propositiva, diretta a suscitare iniziative mirate all'allargamento delle aree dell' utilizzo “legale” e alla maturazione di una cultura del rispetto del diritto d'autore¹⁰.

Le misure poste a consultazione si caratterizzano quindi per un azione innovativa che da un lato punta a favorire l'offerta legale di contenuti accessibili ai cittadini, dall'altro prevede azioni di *enforcement* per la rapida eliminazione dalla rete dei contenuti inseriti in violazione del *copyright*, nel rispetto tuttavia della libertà di espressione e senza alcuna inibizione all'accesso ai siti internet .

Secondo un'indagine della FAPAV¹¹, le motivazioni per le quali si scelgono soluzioni di consumo “illegale” sono concentrate in due aree concettuali: il risparmio rispetto all'acquisto e la comodità di anticipare i tempi rispetto all'offerta “legale”.

⁹ Decreto legislativo n. 9/2008 recante “ Disciplina della titolarità e della commercializzazione dei diritti audiovisivi sportivi e relativa ripartizione delle risorse”.

¹⁰ Dalla recente ricerca del Censis su “ I media personali nell'era digitale” emerge che solo il 25% del campione intervistato si dichiara disponibile a pagare per contenuti di qualità, mentre il 75% ritiene che tutti i contenuti di Internet debbano circolare gratuitamente.

¹¹ Vedi nota 3

Oggi ci sono ostacoli strutturali – veri e propri “colli di bottiglia” - allo sviluppo di un’offerta ampia di contenuti “legali” rappresentati, principalmente, dalle modalità di vendita ed acquisto dei diritti e dalle “finestre di programmazione”.

Sotto il primo profilo , la prassi della cessione in esclusiva dei diritti di distribuzione consente ad uno stesso soggetto di sfruttare un medesimo contenuto sull’intera filiera (VOD, *pay-per-view*, *pay-tv*, *free-to-air*), con la conseguenza di impedire che essi siano offerti da altri fornitori, su altre piattaforme. In alcuni casi i prodotti pregiati (come le serie TV) sono resi del tutto indisponibili *online* per via di accordi di distribuzione a favore dei canali tradizionali. Vi sono poi le politiche degli operatori di creare i cosiddetti *walled garden* che puntano a determinare situazioni di monopolio sul possesso e la messa a disposizione di determinati contenuti.

Sotto il secondo profilo, vi è la criticità rappresentata dalle “finestre di distribuzione” tra cinema, *home video* e le piattaforme distributive, le quali, come oggi dimensionate, stimolano oggettivamente lo sviluppo della “pirateria”: il rilascio ritardato di un’opera su internet fa sì che il contenuto “legale” sia disponibile svariati mesi dopo la prima uscita sui canali distributivi , rendendo appetibile la “copia pirata” che incentiva il consumo illegale.

L’avvento delle nuove tecnologie e l’interoperabilità delle piattaforme trasmissive dovrebbero invece far ripensare tutto il sistema dei diritti in esclusiva e della distribuzione tradizionale in un’ottica innovativa e “convergente”. Un’offerta *online* basata su un catalogo ampio a prezzi accessibili – con la possibilità di scegliere quasi contemporaneamente se vedere un film nuovo al cinema oppure a casa - potrebbe rappresentare il mezzo principale per disinnescare le insidie al diritto d’autore che provengono dall’evoluzione delle tecniche di comunicazione elettronica, mentre l’assenza di un’offerta “legale” sul mercato favorisce la domanda di contenuti audiovisivi che viene soddisfatta dal mercato “pirata”.

Anche l’educazione alla legalità può contribuire alla diffusione di un corretto utilizzo di internet. Recenti studi dimostrano che la maggior parte degli utenti che utilizzano la rete per accedere a contenuti coperti da *copyright* non sarebbe, in realtà, consapevole di commettere un illecito. Massimamente i giovani, che hanno maggiore familiarità con internet rispetto alle altre generazioni.

Da qui l’importanza di una capillare campagna d’informazione – sui *mass media* ma anche a livello scolastico – e di avvertimenti anche *online* ai fruitori del servizio sui rischi

generati dalla pirateria, che diano altresì consapevolezza del fatto che la pirateria è un reato sancito dalla legge italiana.

Tra le altre azioni “positive” previste vi è anche l’elaborazione di codici di condotta dei gestori dei siti e dei fornitori di servizi di media audiovisivi e radiofonici, così come la creazione di un osservatorio per monitorare i miglioramenti della qualità e le riduzioni dei prezzi dell’offerta legale di contenuti.

Azioni che saranno sviluppate con il concorso di tutte le categorie interessate e delle associazioni dei consumatori attraverso l’istituzione di un Tavolo tecnico che supporterà l’azione dell’Autorità nella tutela del diritto d’autore *on line*.

Lo sviluppo di un’offerta legale innesta un circolo virtuoso, ma da sola non risolve il problema.

Nella seconda parte dello schema sono previste quindi le procedure di *enforcement* a tutela del diritto d’autore, che si articolano in due fasi: una relativa al cosiddetto *notice and take down* che si svolge dinanzi al gestore del sito; la seconda dinanzi all’Autorità che si pone come garante della correttezza del funzionamento di un sistema che oggi è attuato solo su base volontaria.

Nella prima fase il gestore del sito, ricevuta la richiesta dal titolare del diritto, può rimuovere lui stesso il contenuto illegale. Accanto a questo meccanismo abbiamo introdotto, innovando rispetto a quanto avviene nella maggior parte dei Paesi europei, anche la procedura della contro-notifica. Questa prevede che il soggetto che ha caricato il contenuto asseritamente illegale (*uploader*) riceva dal gestore del sito l’avviso di notifica della rimozione, cosa che lo mette in condizione, se lo ritiene, di fare opposizione alla rimozione di tale contenuto (*counter notice*). Si tratta di un’innovazione significativa, che può controbilanciare l’iniziativa opposta, qualora abusiva o erronea. Il coinvolgimento dell’*uploader* è stato particolarmente apprezzato dai consumatori, perché oggi, se il gestore del sito rimuove il contenuto su richiesta di una parte, non vi è possibilità di replica, nel rapporto diretto tra le parti.

Qualora l’esito della procedura davanti al gestore non risulti soddisfacente per una delle parti, questa potrà rivolgersi entro 7 giorni all’Autorità, la quale, a seguito di un trasparente contraddittorio della durata di 10 giorni -che consente anche la possibilità di un adeguamento spontaneo senza alcuna conseguenza sul piano sanzionatorio- potrà impartire

nei successivi 20 giorni (prorogabili di altri 15 in casi complessi) un ordine di rimozione selettiva dei contenuti illegali o, rispettivamente, di loro ripristino a seconda di quale delle richieste rivolte all'Autorità risulti fondata. In caso di mancato rispetto dell'ordine impartito, l'Autorità potrà irrogare le sanzioni amministrative pecuniarie previste dalla legge 31 luglio 1997, n. 249¹².

La procedura dinanzi all'Autorità è alternativa e non sostitutiva della via giudiziaria e si blocca se una delle parti decide di ricorrere al giudice. Oltre al fatto che così l'alternativa è rimessa alla parte, con tale meccanismo si scongiura il rischio di sovrapposizione tra pronunce giudiziarie ed amministrative, riconoscendo la preminenza della sede giudiziaria. Peraltro, le decisioni in materia di diritto d'autore potranno essere impugnate dinanzi al TAR del Lazio, come tutti i provvedimenti dell'Agcom.

Le diverse fasi del procedimento delineato dall'Autorità consentono dunque di risolvere le questioni bonariamente, senza arrivare alla lite giudiziaria e, in tal senso, presentano numerose analogie con le procedure di risoluzione extragiudiziarie delle controversie tra utenti e tra utenti ed operatori, che sia la legge 249 del 1997 sia il Codice delle comunicazioni elettroniche affidano all'Autorità nei settori di propria competenza, sulla base delle direttive europee.

Le norme sulla risoluzione extragiudiziarie delle controversie hanno superato il vaglio della Corte Costituzionale, che ha riconosciuto che il tentativo obbligatorio di conciliazione "è finalizzato ad assicurare l'interesse generale al soddisfacimento più immediato delle situazioni sostanziali realizzato attraverso la composizione preventiva della lite rispetto a quello conseguito attraverso il processo"¹³ e che "l'istituto in esame costituisce uno strumento volto ad assicurare un più "elevato livello di protezione dei consumatori e promuovere la fiducia dei consumatori", in linea peraltro con le indicazioni di cui alla raccomandazione della Commissione CE del 4 aprile 2011 (*Sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo*)"¹⁴.

Anche la Corte di Giustizia, pronunciandosi sull'interpretazione del principio della tutela giurisdizionale effettiva rispetto alla normativa italiana, si è espressa nel senso che "le disposizioni nazionali di cui trattasi hanno ad oggetto una definizione più spedita e meno

¹² Stabilita nel minimo edittale in 10.000 euro e nel massimo in 258.000 euro.

¹³ Sentenza della Corte Costituzionale n. 43/2007.

¹⁴ Sentenza della Corte Costituzionale n. 51/2009.

onerosa delle controversie in materia di comunicazioni elettroniche, nonché un decongestionamento dei tribunali e perseguono quindi legittimi obiettivi di interesse generale”.

La nostra procedura è più garantista, addirittura più delle procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di telecomunicazioni, procedure riconosciute pienamente conformi ai principi costituzionali, sulla giurisdizione e in linea con il diritto comunitario secondo una recentissima pronuncia della Corte di giustizia dell’Unione europea¹⁵.

Tornando allo schema di regolamento, nel caso di siti esteri – uno dei punti più controversi emersi dalla consultazione – si è previsto che, qualora in esito all’attività istruttoria svolta, l’Agcom chieda la rimozione dei contenuti destinati al pubblico italiano in violazione del diritto d’autore e il sito non ottemperi alla richiesta, il caso verrà segnalato alla magistratura per i provvedimenti di competenza.

La magistratura, con recenti sentenze¹⁶, si è mossa proprio su questo binario. Sulla base del decreto legislativo n. 70 del 2003, ch’è diretto a regolamentare specificamente l’attività su internet, ha ritenuto legittima la richiesta della parte lesa al prestatore del servizio di rimuovere i contenuti illegali una volta che questi vengano identificati come tali. Non si chiede all’operatore di telecomunicazioni di esercitare un controllo preventivo sui contenuti o di attribuire all’ISP una responsabilità ex ante di tipo editoriale, ma, una volta reso edotto dell’illiceità dei contenuti, la mancata rimozione ex post determina una responsabilità nella contraffazione dei diritti di proprietà intellettuale che giustifica l’ordine all’inibizione del contenuto.

La Direttiva 2000/31/CE (*Direttiva sul commercio elettronico*), recepita col decreto legislativo n. 70, è chiara nell’affermare la possibilità per gli Stati membri di richiedere al prestatore di servizi “di adempiere al dovere di diligenza che è ragionevole attendersi da loro ed è previsto dal diritto nazionale, al fine di individuare e prevenire taluni tipi di attività illecite” (48° considerando). Inoltre, la stessa Direttiva afferma la non responsabilità del

¹⁵ Sentenza della Corte (Quarta Sezione) 18 marzo 2010 C-317/08, C-318/08, C-319/08 e C-320/08.

¹⁶ Caso *Pirate Bay* – sentenza della III Sezione penale della Corte di Cassazione del 23 dicembre 2009; Caso *FAVAP c/Telecom Italia* e Caso *RTI c/You Tube* – ordinanze della IX Sezione civile del Tribunale di Roma del 12 e 15 dicembre 2009; caso *PFA Film c/Yahoo!* – ordinanza della IX Sezione civile del Tribunale di Roma del 20 marzo 2011; Caso *RTI c/IOL* - sentenza del 7 giugno 2011 del Tribunale di Milano.

prestatore di servizi a condizione ch'egli non sia effettivamente al corrente del fatto che l'attività è illecita e che, non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere il contenuto o disabilitarne l'accesso. La direttiva lascia, altresì, espressamente "impregiudicata la possibilità per un organo giurisdizionale o per un'autorità amministrativa, in conformità agli ordinamenti giuridici degli Stati membri, di esigere che il prestatore ponga fine ad una violazione o la impedisca nonché la possibilità, per gli Stati membri, di definire procedure per la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime".

Ci siamo mossi, dunque, sulla base ben salda di direttive europee, nel testo recepito dalla legge nazionale, individuando una procedura contenente misure proporzionate, non velleitarie, praticabili, non comportanti alcuna inibizione amministrativa all'accesso a siti internet, e tuttavia -riteniamo e auspichiamo- in grado di ridurre il fenomeno della pirateria digitale ad una dimensione per così dire "fisiologica".

Può sorgere qualche perplessità – e la preoccupazione è anche nostra- sull'adeguatezza numerica del gruppo di funzionari che l'Autorità potrà adibire a tale specifica attività di vigilanza rispetto all'entità del fenomeno. Ma si è constatato in altri campi –ad esempio nei diritti e nella cronaca sportiva, nella diffusione dei sondaggi demoscopici , per non parlare della par condicio- che l'esposizione alle sanzioni pecuniarie amministrative irrogabili dall'Autorità esercita un'efficace deterrenza.

L'uso di internet, che ha provocato una grande trasformazione nel modo di fruire degli strumenti di conoscenza, si è rivelato un potente mezzo al servizio della libertà di informazione e perciò della democrazia. Nei Paesi del Nord-Africa e del Medio-Oriente Twitter e Facebook hanno fatto da detonatore, o quanto meno da propagatore istantaneo della rivolta contro regimi autoritari. I social network si rivelano ineguagliabili per fare degli individui gruppo. A torto o a ragione (dipende dalle situazioni) l'informazione su internet oggi viene ritenuta più credibile di quella dei telegiornali e dei giornali.

Tali cambiamenti meritano sicuramente grande attenzione e postulano un profondo ripensamento degli strumenti giuridici –e anche culturali- con i quali si sono fino ad oggi affrontati i problemi della tutela della proprietà intellettuale.

Ma in attesa che tali strumenti siano messi a punto, che fare? Lasciare senza tutela i contenuti culturali e le attività imprenditoriali? L'ipotesi può formare oggetto di *workshop* universitari, ma non è accettabile da un'Autorità amministrativa investita di un compito che

non abbiamo chiesto, ma al quale non possiamo e non vogliamo sottrarci. È un compito che le direttive e le leggi vigenti ci hanno attribuito e la legge –per un principio cardine del nostro ordinamento- “va osservata e fatta osservare”.

Basandoci sull’esperienza acquisita in tema di diritto di cronaca – materia nella quale l’Autorità ha bilanciato il valore delle opere acquistate in esclusiva con i diritti e la libertà d’informare e di essere informati, conseguendo ampi consensi per il suo operato – noi abbiamo previsto un sistema di *fair use* che si fonda sulle eccezioni previste dalla legge sul diritto d’autore, laddove giustificate da ragioni precise e compatibili con gli interessi dei titolari dei diritti (artt. 65 e 70 della legge 633/1941).

Nello schema di regolamento ne abbiamo declinato i criteri prevedendo che le eccezioni si applicano : a) all’uso didattico e scientifico; b) al diritto di cronaca, commento, critica e discussione nei limiti dello scopo informativo e dell’attualità; c) in caso di assenza della finalità commerciale e dello scopo di lucro¹⁷; d) in relazione alla occasionalità della diffusione, della quantità e qualità del contenuto diffuso rispetto all’opera integrale, che non pregiudichi il normale sfruttamento economico dell’opera. Viene con ciò riconosciuta, proprio sul piano concettuale, una deroga a criteri troppo rigidi, i cui riflessi a livello di ordinamento generale dovranno essere attentamente valutati e monitorati, ma che corrisponde ad un’esigenza reale e diffusamente sentita di distinguere nettamente l’uso amatoriale dallo sfruttamento dell’opera.

Con ciò credo risulti chiaramente dimostrato che la procedura ipotizzata dall’Agcom non limita la libertà di informazione e di espressione – come paventato – ma assicura piena garanzia dei diritti di cronaca, d’informazione e d’espressione del pensiero.

Ci è di conforto, sotto questo aspetto, la positiva considerazione dei consumatori e anche di parecchi che prima avevano pesantemente criticato l’azione dell’Agcom, e che, dopo l’emanazione dello schema di regolamento, hanno riconosciuto che ora si può guardare con più fiducia al testo.

Nel quadro della generale valutazione positiva riportata all’estero dal nostro approccio, esso ha ricevuto anche una specifica considerazione da parte del Governo statunitense, ch’è

¹⁷ L’assenza dello scopo di lucro è concetto ripreso dal sistema statunitense del *fair use* contenuto nel *Copyright Act*.

tra i più convinti sostenitori di un più vasto e libero accesso ad internet, nel rispetto, però, della proprietà intellettuale¹⁸.

A parte, poi, gli apprezzamenti dei sostenitori della proprietà intellettuale e dell'industria (rilevanti soprattutto per la fiducia che manifestano nella praticabilità dei rimedi prefigurati), anche la stampa, nella sua maggioranza, ha riconosciuto che l'azione dell'Agcom è misurata ed equilibrata¹⁹.

Abbiamo ricercato con tenace impegno un ragionevole punto di incontro tra posizioni tra loro distanti: l'assoluta libertà della rete e la trasposizione ad internet, sic et simpliciter, della strumentazione giuridica ormai datata del diritto d'autore.

Ciononostante, pur nella consapevolezza che il nostro intervento ha posto un tassello importante, sappiamo di essere ancora lontani da una trattazione esaustiva dell'argomento.

Vari sono i nodi ancora irrisolti, che solo il legislatore attraverso una approfondita riflessione può contribuire a sciogliere.

Innanzitutto le norme primarie, pur esistenti, sulle quali fonda l'intervento dell'Autorità, necessiterebbero di una visione legislativa d'insieme.

L'elencazione, poi, delle eccezioni all'applicazione del diritto d'autore dovrebbe essere inclusiva di tutte le potenzialità che il digitale offre. L'Autorità ha effettuato uno sforzo di declinazione del cosiddetto *fair use* utilizzando fundamentalmente la legge sul diritto d'autore, che inevitabilmente risente dei molti anni trascorsi e che è stata concepita con riferimento ad una dimensione prevalentemente cartacea.

Inoltre è opportuna una riflessione ampia sulle diverse responsabilità dei soggetti coinvolti nella diffusione dei contenuti. Il riferimento è in primo luogo agli *internet service provider* (isp) che trasportano sulle proprie reti i contenuti fino all'accesso dei singoli fruitori. E' fuori di dubbio che questa sia la cerniera più importante del meccanismo di

¹⁸ In questo senso mi ha scritto l'Ambasciatore degli Stati Uniti a Roma.

¹⁹ In definitiva, la procedura ipotizzata dall'Agcom risulta presidiata dalle seguenti garanzie:

- non si rivolge all'utente finale né alle applicazioni peer-to-peer e perciò non è invasiva della privacy, né velleitaria;
- non prevede alcuna misura di inibizione di siti internet, ma esclusivamente la rimozione selettiva del materiale coperto da diritto d'autore;
- non limita la libertà di espressione e di informazione, di cronaca, commento, discussione, diffusione a fini didattici, nonché ogni uso non lesivo del normale sfruttamento dei contenuti;
- non lede alcuna garanzia di contraddittorio tra le parti coinvolte, prevedendo tempi adeguati nell'interesse di tutte le parti coinvolte e ponendosi in via alternativa e non sostitutiva dell'azione giudiziaria;
- prevede che anche l'uploader possa essere coinvolto nel contraddittorio, a sua garanzia, differentemente da quanto avviene nei principali Paesi europei.

diffusione dei contenuti. La giurisprudenza sempre più consolidata che ho citato²⁰ ne riconosce una responsabilità successiva ad un accertamento di illegalità dei contenuti trasportati. Si tratta di un'efficace applicazione del concetto di *safe harbour* che è alla base del sistema statunitense. Come vogliono le direttive comunitarie, gli ISP non sono responsabili *ex ante* del traffico, ma lo diventano *ex post* qualora un'autorità qualificata (l'autorità giudiziaria o l'autorità amministrativa avente funzione di vigilanza) accerti la violazione del diritto d'autore nei contenuti diramati sulle loro reti e li renda edotti della violazione in atto, chiedendo loro di rimuoverli. L'inazione dopo il richiamo configura il favoreggiamento di reato ed integra quindi, a sua volta, un reato. E' da valutare se, nell'interesse di tutte le parti coinvolte, una richiesta di inibizione all'accesso del contenuto da parte anche dell'Autorità amministrativa preposta possa essere più rapida e in compenso, laddove eseguita, valga a evitare (o almeno ad attenuare) la ricaduta in sede penale.

Ciò richiama direttamente il tema dei siti localizzati all'estero. Il problema della giurisdizione competente limita fortemente la possibilità di intervento sulla fonte dei contenuti in violazione. Pertanto un intervento sugli ISP è la sola strada efficacemente percorribile.

Questi gli aspetti che ci permettiamo di segnalare all'attenzione del legislatore: non una riforma organica del diritto d'autore, che rischierebbe di vedere la luce in un mondo post-digitale, ma un intervento di razionalizzazione e di collegamento tra le norme esistenti che definisca meglio alcuni dei temi aperti e chiarisca senza incertezza in che misura l'azione amministrativa possa essere un valido strumento di intervento, corredato dalle necessarie garanzie, al fine di realizzare un'azione rapida, incisiva e ben calibrata. Dalla consultazione pubblica potranno emergere ulteriori considerazioni da sottoporre alla valutazione del Parlamento.

Conclusioni

Combattere una battaglia con armi inadeguate conduce ad una sconfitta sicura, per di più con dispiego di energie, e, al contempo, avvalora il mantenimento di posizioni di retroguardia chiuse alla comprensione del fenomeno da contrastare. Sono sempre stato convinto che non si possa usare una mentalità ottocentesca, che andava bene per il cartaceo,

²⁰ Nel cui solco è anche il recente intervento della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Cagliari che in data 19 aprile 2011 ha emanato un ordine nei confronti degli ISP per l'inibizione dell'accesso in Italia al sito web estero Btjunkie, sulla base dell'art. 14 del decreto legislativo n. 70/2003.

per regolare, con giudizi di valore tipo *vintage*, un fenomeno, quale quello della pirateria digitale, in vertiginosa evoluzione tecnologica.

Ma questo non può costituire una giustificazione per non fare. Che il principio della rete libera si risolva in un *Far web*, non è un esito degno di un Paese che creda nel diritto anziché nella sopraffazione del più svelto e del più spregiudicato.

Noi stiamo facendo la nostra parte, mettendoci alla prova.

Ci permettiamo di auspicare tuttavia, nel contempo, che anche il Parlamento nella sua sovranità affronti le principali questioni aperte che si collocano oltre l'orizzonte dell'azione amministrativa.

Solo in questo modo internet potrà integrare e far convergere – realmente e per tutti - diversi media, ampliando a dismisura le loro possibilità. Non ne segnerà la fine, ma ne aumenterà il valore.

Corrado Calabrò